

Respuesta de Hart a Dworkin (Post Scriptum) con relación a la regla de reconocimiento:

Para esta respuesta hay que recordar los principales planteamientos de ambos autores. En primer lugar, Hart indica en su libro *The Concept of Law* que las reglas son necesarias para establecer y mantener un sistema jurídico coherente y predecible. Sin reglas, el sistema sería impredecible -afectando la certeza jurídica- caótico, y arbitrario. Es por esto que sin reglas no habría forma de garantizar la igualdad ante la ley. Para esto indica que las normas deben cumplir con ciertas características. Estas deben ser:

- Obligatorias: deben tener un carácter imperativo y deben ser obedecidas por todos los miembros del sistema jurídico.
- Generales: deben aplicar a un conjunto de situaciones o casos similares, no deben atender a casos particulares.
- Prospectivas: deben aplicar a situaciones futuras, no a situaciones pasadas.
- Claras y precisas: deben ser claras y precisas para que puedan ser entendidas, obedecidas y aplicadas por todos los miembros del sistema jurídico.
- Coherentes: deben ser coherentes entre sí, para evitar contradicciones y garantizar la predictibilidad del sistema jurídico.
- Flexibles: deben poder ser cambiadas o adaptadas a medida que cambian las circunstancias sociales y políticas, pero deben ser cambiadas de manera formal y respetando los procedimientos del sistema jurídico.

Ahora bien, en el Post Scriptum, se señala la problemática de los casos difíciles (cuando no existe regla aplicable al caso concreto). Hart en este texto reconoce una relación entre el derecho y la moral contingente, o sea, que en ciertos casos el juez puede recurrir a principios para fallar en el caso de que no haya regla aplicable o sea un caso difícil. Sin embargo no reconoce la relación intrínseca entre el derecho y la moral como lo hace Dworkin. Este último reconoce los principios como parte del ordenamiento jurídico y por ende, como algo institucionalizado.

Dworkin sistematiza la teoría positivista en tres tesis, para luego desarrollar objeciones a cada una de ellas, demostrando así lo equivocado de la posición positivista de Hart:

a) Tesis del pedigree: El derecho de una colectividad consiste en un conjunto de reglas que pueden ser identificadas y distinguidas por un criterio específico, por tests que no tienen relación a su contenido, sino que a la forma en la cual se adoptan. Después esta tesis es criticada porque la regla de reconocimiento no reconoce los principios.

b) Tesis de discreción: el conjunto de reglas jurídicas válidas agota el contenido del derecho, por lo cual, si un caso no está claramente cubierto por dicha regla, no puede ser decidido “aplicando el derecho” sino que a partir de la discreción del oficial o del juez. De aceptar esta tesis, de acuerdo a Dworkin se producen serios problemas en cuanto a la democracia y al estado de Derecho.

c) Tesis de obligación: decir que alguien tiene una obligación jurídica equivale a decir que su situación está comprendida en una regla legal válida que le obliga a hacer algo o abstenerse de algo. Dworkin sostiene que en los hechos, los jueces no se desentienden simplemente cuando no existe regla aplicable, sino que buscan de forma ardua y consistente alguna forma de justificación de su decisión. Por ello, el positivismo no podría describir de forma correcta lo que es el Derecho. También, esta tesis es criticada por que existen otras normas jurídicas que son los principios del derecho, los cuales obligan al juez.

Recordando esto entonces hay que volver a qué es la regla de Reconocimiento: Es una práctica social que identifica el derecho válido. La regla de reconocimiento requiere de un consenso para reconocer validez y otorgaría iguales criterios de prueba. Como los principios carecen de consenso o criterios de prueba, la regla de reconocimiento no podría incluir principios. La regla de reconocimiento es comprendida como una regla convencional constituida por la práctica de los funcionarios judiciales, encargada de aplicar criterios de validez, para determinar si las normas particulares pertenecen al sistema. La regla de reconocimiento no es para solucionar problemas particulares.

Respuesta a pregunta sobre ponderación de Alexy:

Alexy identifica al final de su teoría sobre la argumentación jurídica como discurso racional límites específicos al discurso jurídico. Presenta los siguientes problemas:

1. Las soluciones a las que se llega con el discurso racional son múltiples, hay varias que son válidas y pueden estar incluso en contradicción. Entonces, la pretensión de corrección del discurso jurídico es limitada (por las fuentes del derecho, el tiempo, los participantes, entre otros). Esto no desacredita su teoría porque (I) no todas las respuestas son posibles (delimitación negativa) y no es posible defender una teoría fuerte de principios o teorías de única respuesta, (II) la relativización de los participantes permite que los valores puedan modificarse mediante avanza el discurso racional y (III) es difícil que el procedimiento para verificar premisas correctas se realice en la práctica pero es posible hacerlo hipotéticamente.

2. La teoría de Alexy ve su utilidad en un Estado de Derecho, y debe poder conjugar los dos sistemas jurídicos, el de procedimientos y el de normas. El segundo es el lado pasivo y se divide en normas y principios. Alexy acepta una teoría de los principios parecida a la de Dworkin, donde no sólo hay una diferencia de grado sino también conceptual. Según Alexy “Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente (Alexy, 1988d, pp. 143-144)” y les corresponde la **subsunción**. Por otro lado, los principios: “son normas que ordenan que se realice algo en

la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados (ibidem,, p. 143)”. Por tanto, a estos últimos les corresponde la **ponderación**.

Este resumen nos sirve para entender el sistema de ponderación. Alexy aboga por una teoría débil de los principios, donde no es posible ordenarlos jerárquicamente, pero se puede establecer un orden débil donde haya una aplicación de estos ponderada (y que puedan servir como fundamento para decisiones jurídicas; y se evita la arbitrariedad). Es orden tiene tres elementos:

1. Sistema de condiciones de prioridad (soluciona colisiones entre ellos en casos prácticos y para nuevos casos. Rige principio de universalidad.).
2. Una estructura de ponderación que entiende los principios como mandatos de optimización por **posibilidades fácticas** (Óptimo de Pareto en el sentido de “ “una medida M está prohibida con respecto a P y P si no eficaz para proteger el principio P, pero es eficaz para socavar el principio P ”; y la segunda, que “una medida M está prohibida en relación con P y P , si existe una alternativa M que protege a P al menos igual de bien que M pero que socava menos a P ” (Alexy, 1988c, p. 37)”) o **jurídicas** (Un principio de proporcionalidad“ “Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” (Alexy, 1988d, p. 147)”).
3. Sistema de prioridades prima facie. Se pueden modificar a futuro las prioridades entre ellos pero quién lo desee tiene la carga de la prueba.

La teoría de ponderación se identifica especialmente en materias de Derecho Constitucional, en el marco del Derecho Moderno y Estados democráticos.

El método de ponderación permite resolver una eventual vulneración de los derechos fundamentales entendidos como principios y exige que se cumplan ciertos subprincipios:

i. Finalidad legítima:

La regulación o medida en análisis debe tener por objetivo un fin constitucionalmente legítimo.

ii. Idoneidad de la medida:

Corresponde al examen sobre la medida que se pretende establecer para alcanzar un fin legítimo.

Es el primer elemento donde se analiza la relación de los medios con el fin. En caso de corroborarse la idoneidad, esto es, la eficacia de la medida para alcanzar el fin legítimo, la regla positiva establece que se proceda al siguiente subprincipio de la necesidad; mientras que, en caso de resultar ser una medida ineficaz, se está frente a una situación de no proporción.

iii. Necesidad de la afectación o gravamen:

Este examen busca precisar si existe o no un medio menos lesivo para alcanzar el fin legítimo. Es decir, si es posible alcanzar el fin legítimo por un medio alternativo que constituya una menor afectación del bien jurídico o principio: “invita [al juez] a imaginar o pronosticar si ese mismo resultado podría obtenerse con una medida menos lesiva” (Prieto).

iv. Proporcionalidad en sentido estricto:

Consiste en acreditar la existencia de un balance entre los beneficios que se obtienen de la concreción del fin legítimo a través de la medida analizada, y los perjuicios, gravámenes o nivel de afectación de principios o bien jurídico que se causen.