Curso de Teoría del Derecho, año 2012

Guía de lectura elaborada por Diego González Camejo y Sebastián Amor González

*El concepto de Derecho* - H.L.A. Hart

**(Reseña biográfica)** Herbert Lionel Adolphus **HART** (1907-1992) estudió jurisprudencia en la Universidad de Oxford (Inglaterra). Ejerció la abogacía entre 1932 y 1940, en ese año se incorporó al Servicio de Inteligencia Británico, allí se vinculó con filósofos de la Escuela Analítica como Ryle y Hampshire. A partir de 1946 se desempeñó como profesor de Filosofía y de Jurisprudencia en Oxford. En 1961 escribió *El concepto de Derecho,* obra que es considerada uno de los aportes más importantes a la Teoría del Derecho del siglo XX. En 1968 se retiró de la actividad docente y eligió como sucesor en su cátedra al norteamericano Ronald Dworkin. En 1994 su hija compiló como obra póstuma *Post Scriptum al concepto de derecho,* editada por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz (María Isolina Davobe: "El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart Perspectiva tridimensional" disponible en: www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/859/685 fecha de consulta 01/04/2012).

**(*problemas recurrentes*)** En el primer capítulo (punto 3 "Definición") de *El concepto de Derecho,* Hart define cuáles son los problemas que enfrentan el aplicador y el teórico del Derecho:

"¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?

¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?

¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?"

La obra de Hart pretende ofrecer una respuesta a cada una de estas preguntas, el curso está enfocado a la reflexión a partir de la primera y la última de las cuestiones formuladas.

En cuanto a la primera pregunta corresponde remitir al esquema teórico propuesto por John Austin y Hans Kelsen que Hart denomina: las normas como órdenes respaldadas por amenazas del soberano (ver punto 2 del Capítulo I "Tres problemas recurrentes"). El esfuerzo de Hart demostrará las dificultades de tal esquema teórico y los correctivos que son necesarios para conferir a la teoría los elementos de análisis que permitan captar el fenómeno jurídico en su totalidad.

El modelo utilizado por Austin supone el análisis del microcosmos de un individuo que realiza una conducta por la amenaza de otro, por ejemplo un asaltante. El enfoque analítico de Hart pone el énfasis en una diferencia conceptual que está apoyada en una distinción lingüística, como indica Carlos Santiago Nino:

> "Según Hart, la afirmación 'se vio obligado a entregar el dinero' es un enunciado sobre hechos psicológicos del agente, sobre su creencia de que si no entrega el dinero sufriría algún daño y su deseo de no sufrir tal daño, aun a costa de la pérdida del dinero.
>
> En cambio, para la afirmación 'tenía la obligación o el deber de entregar el dinero', no es suficiente ni necesaria la ocurrencia de ciertos hechos psicológicos. Puede ser que el agente no tenga ningún temor de sufrir un daño (por ejemplo, si sabe que su evasión de impuestos no será descubierta) y, sin embargo, ser posible afirmar que tenía una obligación (de pagar el impuesto, en el ejemplo)." (*Introducción al análisis del derecho,* Barcelona: Editorial Ariel, 2003, pág. 190/191)

El esfuerzo del autor está encaminado a demostrar que no puede conceptualizarse al derecho solamente como un sistema de reglas primarias de obligación, esto es, entender que el individuo está amenazado por la sanción que el Estado puede imponerle ante el incumplimiento de su deber. Hart caracterizará a estas normas de obligación como reglas primarias, frente a sus deficiencias organizará su teoría a partir de las reglas secundarias (de cambio, de adjudicación y de reconocimiento).

En el capítulo V indica:

> "[…] hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas." (pág. 99).

Para ampliar véanse:

Segunda parte, Capítulo III "Obligación" en GUASTINI, Riccardo: *Distinguiendo – Estudios de teoría y metateoría del derecho,* Barcelona, Gedisa, 1999.

Capítulo 3 "Obligaciones y prescripciones" en MENDONCA, Daniel: *Las claves del derecho,* Barcelona, Gedisa, 2008.

**(el giro lingüístico)** No es posible entender la propuesta teórica de Hart sin un acercamiento a la filosofía del *giro lingüístico*. La continuidad que supone en el pensamiento occidental el denominado paradigma de la *conciencia* es interrumpida en el siglo XX por una nueva forma de entender la relación entre el pensamiento y el lenguaje, asignándole un papel central a las estructuras lingüísticas. Las producciones de autores como L. Wittgenstein y J.L. Austin son las principales influencias que recibirá Hart, especialmente, en la concepción del significado como uso y la conceptualización de los juegos de lenguaje.

Al analizar las *Investigaciones filosóficas* de Wittgenstein, Victorino Zecchetto indica:

> "El punto de vista de los juegos lingüísticos conduce a un cambio profundo en el modo de pensar del lenguaje: - […] Wittgenstein formuló este principio: '*el significado de una palabra es su uso en el lenguaje'*. O sea, el sentido de un término depende de su ubicación dentro de cada juego lingüístico, no solo de la noción formal de las palabras […] el lenguaje no es una entidad fija, *sino flexible*; se construye y se desmonta a partir de las variables cotidianas, de las costumbres y circunstancias que hacen variar los usos y los sentidos de los signos lingüísticos […].
>
> [Los juegos lingüísticos] *circulan bajo consignas comunitarias*, es decir, están sujetos al consenso de la sociedad que los utiliza. […] Allí los vocablos y los significados están sujetos a la evolución y a los cambios de las épocas y de los contextos. […] La mayor o menor eficacia (propiedad/corrección) lingüística está dada por el uso que se instala en la comunidad" (págs. 173/174).

El propósito de Hart, a partir de estos marcos teóricos y de acuerdo a lo que expresa al finar del capítulo I, no consiste en formular una definición de qué es el derecho en el sentido de cuál debe ser el uso correcto del término, sino hacer avanzar a la Teoría del Derecho a partir de un análisis de la estructura de un sistema jurídico a través de las diferencias entre fenómenos sociales como la coerción, el derecho y la moral (*El concepto de derecho,* pág. 21).

Estos elementos teóricos son relevantes al momento de analizar el concepto de **textura abierta del Derecho** que Hart expone en el capítulo VII de *El concepto de derecho.*

Para ampliar véanse:

WITTGENSTEIN, Ludwig: *Investigaciones filosóficas,* Barcelona, Editorial Crítica, 2008.

ZECHETTO, Victorino: *La danza de los signos – nociones de semiótica general,* Buenos Aires, Ediciones La crujía, 2003.

***(el derecho como unión de reglas primarias y secundarias)*** Hart plantea el caso ideal de una sociedad regida solamente por normas de obligación o mandatos en los términos del esquema de análisis de Austin y Kelsen. Detecta tres defectos o problemas que debería enfrentar una estructura social que se rige estrictamente por normas de obligación, a partir de los cuales formula las *reglas secundarias*.

*Primer defecto: falta de certeza*

Un sistema que cuenta exclusivamente con reglas de obligación solo resulta funcional a una "[…] pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, [que] puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales." (Hart, pág. 114).

La falta de certeza consiste en que "[…] las reglas que el grupo observa no forman un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. […] Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella." (Hart, pág. 114/115 – el subrayado no está en el original).

El remedio que Hart propone es la conceptualización de **las reglas de reconocimiento** (en cuanto a la procedencia de la formulación en singular o plural véase AGUILÓ, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)* Barcelona, Ariel, 2000, pág. 35).

"La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos una 'regla de reconocimiento' ('*rule of recognition'*). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas." (pág. 117).

Las reglas de reconocimiento se constituyen en reglas secundarias del sistema jurídico, se refieren a las reglas primarias de obligación (ver Hart pág. 117), su objeto es determinar cuáles reglas pertenecen al sistema jurídico, expresa el criterio último de validez (en cuanto a la noción de sistema jurídico y su implicación con la conceptualización de las reglas de reconocimiento véase Hart pág. 118).

Indica Hart que respecto de las reglas de reconocimiento no es posible predicar su validez, corresponde analizar su existencia como práctica social compleja: "Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, 'existir' aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a cierto criterio. Su existencia es una cuestión de hecho." (pág. 137 - el subrayado no está en el original).

*Segundo defecto: el carácter estático de las reglas*

En una sociedad regida por reglas primarias se verifica un segundo problema, Hart lo caracteriza en estos términos: "En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad." (pág. 115).

"El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos **'reglas de cambio'**. La forma más simple de tal regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores." (pág. 119).

*Tercer defecto: ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas*

"El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación." (pág. 116).

"El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas

secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una norma primaria.” A este tipo de reglas Hart las denomina **reglas de adjudicación**, consisten en: “Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir.” (pág. 120).