

Hart (1907-1992) y El concepto de Derecho (1961)

El derecho como unión de reglas primarias y secundarias y la textura abierta del derecho.

Serrana Delgado

Curso Filosofía del Derecho – Vigna – 2012

Bases epistemológicas

- Positivismo jurídico: distinción entre el derecho que es y el que debe ser
- Filosofía del lenguaje ordinario de Austin y Wittgenstein.
- Un ensayo de jurisprudencia analítica y sociología descriptiva (distinción de Bentham) y no un ensayo de crítica del derecho.
- Enfoque tridimensional: jurisprudencia analítica, hecho social y derecho natural mínimo.

El derecho como unión de reglas primarias y secundarias

- Modelo simple del derecho como órdenes respaldadas por amenazas (órdenes, obediencia, hábitos y amenazas).
- Otras variedades de normas que no consisten en la imposición de deberes a los individuos (potestades públicas y privadas).
- Crítica a la teoría predictiva (probabilidad o riesgo).
- Tener la obligación y sentirse obligado
- Distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo.

Defectos del modelo simple de derecho.

1. Falta de certeza.
2. Carácter estático de las reglas.
3. Difuso control social.

Reglas secundarias

1. Regla de reconocimiento.

- Regla secundaria de identificación de las reglas primarias.
- Conjunto de criterios para identificar el derecho o las fuentes del derecho
- No es una regla de derecho positivo sino que es “mostrada” por la manera de hecho en que se identifican las reglas.
- Como criterio de validez
- Como regla última.

Reglas secundarias

2. Reglas de cambio. Modificación de las reglas primarias del sistema o su eliminación (aplicable al poder estatal, legislación, y al poder del individuo, poder normativo negocial o potestad privada).
3. Reglas de adjudicación. Además de la definición de los individuos, define al procedimiento a seguir , los conceptos fundamentales de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia.

La textura abierta del derecho (Waismann).

- El núcleo de certeza. Ejemplos claros o paradigmáticos.
- El halo de vaguedad, o zona de penumbra o zona marginal (textura abierta).
- El ejemplo del automóvil y el parque.

Formalismo, conceptualismo o literalismo ante las reglas

- El paraíso de los conceptos
- El derecho es lo que la ley dice
- Actividad judicial automática
- El juez es la boca muda de la ley.
- El juez realiza un silogismo modus ponens.
- Crítica: en base a la textura abierta del derecho que pone énfasis en la idea de elección y de discrecionalidad.

Escepticismo ante las reglas

- Hablar de reglas es un mito.
- Lo que importa es la predicción de la decisión de los jueces.
- Versión moderada: las leyes son sólo fuente de derecho, pero no son derecho mientras no sean aplicadas por los jueces.
- Las normas son sólo juguetes vistosos.

Crítica al escepticismo

- Las reglas secundarias son las que estipulan que la decisión de un juez es una decisión dotada de autoridad y por lo tanto evoca la noción de regla.
- Esta concepción pone la mira exclusivamente en reglas primarias.
- Los individuos ven en las reglas razones para su acción.