

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

1988

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 6
1 9 8 8

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 72.199

Diseño Gráfico: Alland Browne E.
Impreso en
EDEVAL

Errázuriz 2120 - Valparaíso

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1988

LECTURAS DE FILOSOFIA
JURIDICA CHILENA
DEL SIGLO XX

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1987 - 1989)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Correa Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, correspondiente a 1988, y que sigue a los números anteriores que han venido publicándose desde 1983.

A este N° 6 se le ha dado el título de *Lecturas de Filosofía Jurídica Chilena del Siglo XX*, en atención a que una de las secciones o partes en que aparece dividido, bajo el título a su vez de "La Filosofía Jurídica Chilena en la Primera Mitad del Siglo XX", reproduce una selección de textos, hecha por Manuel Manson Terrazas, de autores que han contribuido en Chile a la filosofía jurídica y social durante los primeros cincuenta años del siglo en curso. En cuanto al criterio empleado por el antologista para la selección de estos textos, el lector puede remitirse a lo que Manuel Manson expresa en la "Presentación" de su antología. Por otra parte, una segunda selección de lecturas similares, también correspondientes a la primera mitad del siglo XX, se publicará el año próximo en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7.

En la sección *Estudios* de este Anuario se publican diversos trabajos inéditos de interés, en tanto que en la parte llamada *Debate* se incluye un artículo de Manuel Manson, en el que este autor critica algunos planteamientos formulados por Alfonso Gómez-Lobo, en su trabajo sobre "Derecho natural: un análisis contemporáneo de sus fundamentos", que fue publicado en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 3, de 1985.

La tercera sección, titulada *Lectura*, reproduce el trabajo "El Derecho", de Antonio Hernández Gil, con el que se inicia el primer tomo de las obras completas de este autor, que se están publicando desde 1987 por Espasa-Calpe, en Madrid.

La parte llamada *In Memoriam* reproduce necrologías sobre Aníbal Bascuñán, Carlos León, Carlos Cossio, Theodor Viehweg y Michel Villey, cuyos decesos hemos tenido que lamentar en el último tiempo.

El volumen concluye con una parte reservada a *Recensiones*

y otra a *Informe*. En la primera se publican comentarios sobre diversos libros de interés, y en la segunda se incluye un informe del ex presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Aulis Aarnio.

En cuanto al *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 7, de 1989, estará dedicado a la memoria del profesor Aníbal Bascañán Valdés, fallecido en 1988, y Socio Honorario de nuestra corporación. Los estudios y trabajos para este volumen, que tanto pueden recaer o no sobre la obra y pensamiento del jurista en cuyo homenaje será editado, se esperarán hasta el 1° de septiembre de 1989, y deben ser remitidos a la Casilla 211-V, de Valparaíso. A esta misma casilla pueden ser solicitados éste y los números anteriores del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, los que pueden asimismo ser adquiridos en la librería "Andrés Bello", de Santiago.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social reitera sus agradecimientos a las Facultades de Derecho del país que han colaborado en la publicación de este nuevo número de su Anuario, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, y a su Escuela de Derecho, en cuyo taller de imprenta —EDEVAL— se llevó a cabo la impresión del volumen.

Valparaíso, diciembre de 1988.

E S T U D I O S

estructura legal dentro de la cual la creación es ejercitada. En una novela legal católica la "mejor" novela es la novela "real".

Finalmente, los novelistas en una novela legal en serie católica están conscientes de su rol como creadores originales o cuando actúan como intérpretes, porque la tradición está claramente definida y tiene generalmente jerarquía legal estatutario. Existe un acuerdo general acerca del proceso de creación de nuevos capítulos, como asimismo respecto de la interpretación de ideas ya desarrolladas.

Conclusión.

La novela legal en serie es una metáfora incompleta que no puede ser usada para ilustrar ciertas complejidades que caracterizan el proceso de adjudicación. El balance que Dworkin hace de las características de la fase "creativa" de este proceso es muy vago. No hay allí ningún criterio que permita resolver los conflictos que surjan entre novelistas (jueces). Tampoco contiene una cuenta clara acerca de las decisiones judiciales, ni explica satisfactoriamente cómo se conecta esta función con el público. Incluso más, la novela legal en serie de Dworkin representa la función judicial como un fenómeno interno sin conectar esta función con los hechos sociológicos e históricos externos con los que obviamente se relaciona. Asimismo, el criterio de buena, mejor y peor novela, que es fundamental en la concepción de Dworkin está lleno de ambigüedades. Lo mismo puede decirse de su autodeclarado "protestantismo", que parece mucho más conectado con ciertas instituciones de lo que Dworkin cree estar. Finalmente, su teoría parece inadecuada para explicar un sistema legal caracterizado por una estructura institucional diferente, tal como la que yo he llamado novela legal "católica", que puede asemejarse a un sistema de derecho civil o continental.

HART Y SU CONCEPTO DE DERECHO

CARLOS PEÑA GONZALEZ *

I

1. Interesa ante todo, destacar que las palabras que siguen no pretenden encarar ni crítica, ni, tampoco, exhaustivamente las ricas reflexiones que, en torno al fenómeno jurídico, ha llevado a cabo Herbert Lionel Adolphus Hart (1907). Se trata —apenas— de exponer las líneas básicas de su reflexión las que, por otra parte, se cogen del texto, hoy famoso, "The Concept of Law" (1961), sin que ello signifique, empero, olvidar que en algunos respectos la obra del filósofo oxoniano ha experimentado importantes desarrollos por la influencia, sobre todo, de Joseph Raz y Dworkin, las que, al parecer, se hallarían incorporadas en "Commands and authoritative Legal reasons" (En *Essays on Bentham*).

2. Intentando, ahora, si no explicar, sí, al menos, caracterizar o señalar la metodología empleada por Hart, digamos que ella se emparenta con un específico modo de hacer filosofía —la filosofía analítica— cuyos orígenes inmediatos han de buscarse en la obra del "segundo Wittgenstein" (particularmente "Los cuadernos azul y marrón" e "Investigaciones Filosóficas") y, especialmente, en la obra de John Langshaw Austin (1911-1960), ("Palabras y Acciones", "Ensayos Filosóficos").

El análisis filosófico se caracteriza básicamente más que por un determinado repertorio de problemas y de respuestas a esos problemas, por un específico modo de examinar los mismos, modo ese que, en términos generales, acentúa la atención sobre el len-

* Profesor de Derecho Civil y de Introducción al Derecho en la Universidad Diego Portales. El texto que aquí se presenta constituyó un apunte que se discutió con mis alumnos de Introducción al Derecho del año académico 1987. En ese carácter, pues, se publica.

guaje en su utilización ordinaria. Es, en suma, y como expresara Ferrater Mora, un modo de analizar los problemas filosóficamente, más que un repertorio de preguntas y respuestas "filosóficas" a esos problemas.

Llaman, sobre todo, la atención, algunos rasgos formales del análisis filosófico que lo distancian grandemente de los modos sistemáticos y conceptualmente imperialistas de lo que podríamos llamar filosofía continental o europeo continental. Resalta, en primer lugar, la utilización de un lenguaje llano, claro y simple que rehúye la jerga especializada de raigambre metafísica; destaca, también, en segundo lugar, el análisis de ejemplos y la propuesta de modelos hipotéticos sencillos que son, uno tras otro, abandonados al surgir y al reelaborarse el modelo o situación hipotética; llama la atención, en tercer lugar, el énfasis que este tipo de reflexión pone en el modo a cuyo través usamos el lenguaje, así como también, la atención (y esto es manifiesto en el caso de Hart) al contexto social en el que el dicho lenguaje ordinario se emplea; aparece destacadamente, también, en cuarto lugar, la cuidadosa atención que el análisis pone en el cúmulo de matices y distinciones —a menudo sutiles— que efectuamos al usar las palabras, atención ésta que, al decir de quienes practican el análisis, constituye, si no la solución, al menos el punto de partida para la solución de los problemas. "Muchas distinciones importantes —expresa al respecto Hart— pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa". No sólo lo dicho, pues, importa, sino también, lo que "por sabido se calla", al tiempo de abordar los problemas.

Todo lo anterior, se revela en el texto de Hart, el que, por lo mismo, aparece como un texto desprovisto de reflexión metafísica o esencialista (estos asuntos serían, las más de las veces, seudo problemas o malentendidos lingüísticos, cuya disolución es tarea terapéutica de la filosofía) y, en cambio, más preocupado de clarificar los problemas, analizarlos o desconstruirlos para luego, y obteniendo una suerte de moraleja intelectual de esa tarea, proponer más que una respuesta única y reduccionista, un conjunto de elementos a cuyo través el asunto buscado (en el caso de Hart el concepto de derecho) llega a clarificarse.

Por lo dicho —y como se verá— el intento filosófico-jurídico de Hart es, en varios de los múltiples sentidos que esa palabra admite, "positivista".

I I

3. Quizás valga la pena que, antes de seguir a Hart en su análisis del concepto de derecho (cuestión que emprenderemos en los apartados III y siguientes del presente texto), nos detengamos a considerar si —y en qué sentido— el filósofo oxoniano puede ser llamado un positivista.

La tarea no es, en verdad, difícil, pues el propio Hart se ha encargado de auscultar los diversos significados que la palabra "positivismo" admite en la teoría jurídica contemporánea (en su ensayo "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral") y, a la vez, ha enunciado las tesis centrales y mínimas del positivismo que él está dispuesto a defender (en su conferencia "El nuevo desafío al positivismo jurídico").

4. En el primer ensayo citado, Hart ausculta en la teoría jurídica contemporánea al menos cinco —quizá haya más— significados de "positivismo".

- "1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos.
- 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser.
- 3) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer; y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los fenómenos sociales, y de la crítica y evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, "funciones" u otros.
- 4) La pretensión de que un sistema jurídico es un "sistema lógicamente cerrado" en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, estándares morales.

5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías “no cognoscitivas” en ética”).

Enfrente de esos cinco significados de positivismo que el propio Hart advierte, una cosa salta, por lo pronto, a la vista, a saber, que Hart sólo comparte algunos de esos enunciados y no comparte, en cambio, otros. Su teoría, en efecto, y como se verá, es una larga confrontación con el primer enunciado, a extremo tal que podría, incluso, decirse que su propia teoría está pensada por *contraposición* a ese enunciado; a lo cual habría que agregar que Hart tampoco comparte el cuarto (opondrá a él la tesis de la “discreción judicial”) y le parece irrelevante el quinto, en la medida, como se verá, que para Hart *no es* requisito del positivismo sustentar una opinión escéptica en punto a problemas metaéticos.

En cambio, Hart comparte, sin duda alguna, los enunciados segundo y tercero, o sea, Hart comparte la opinión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral y, a la vez, está convencido —y “El Concepto de Derecho” es buena muestra de ello— de que el análisis, o estudio del significado, de los conceptos jurídicos es algo que posee autonomía metódica y conceptual y que, además, es algo que “vale la pena” hacer.

5. En el segundo de los textos que arriba se citaron —o sea, en “El nuevo desafío al positivismo jurídico”— Hart advierte que no cabe preguntar *qué es* el positivismo jurídico, sino que, en cambio de ello, y supuesto que no existe una definición única, verdadera o al menos unánime, ha de preguntarse más bien, “¿Qué entenderemos por Positivismo Jurídico o por Positivismo en Filosofía Jurídica?”.

Intentando responder a esa pregunta —la segunda, y no la primera— Hart selecciona tres tesis acerca de la naturaleza del derecho a las que tanto los autores considerados positivistas (incluido él), como sus críticos antipositivistas, atribuyen una importancia central. Las tres tesis positivistas de Hart son las siguientes: *Primera*, que existe una separación conceptual entre derecho y moral; *segunda*, que, para existir, un sistema jurídico ha de poseer algún tipo de práctica social que establezca los “criterios últimos o test últimos de validez jurídica”; *tercera*, que en todo sistema

jurídico habrá siempre incompletitud y que, en consecuencia, el Juez, al menos en algunos casos (los “casos difíciles”, para usar el giro de Dworkin) ejerce un “poder de creación de derecho”. Detengámonos, ahora, brevemente, en aquellas tres tesis.

La *primera* —o sea, la que postula la separación conceptual, entre el derecho y la moral— *no es una tesis empírica* (no niega, pues, que, en el hecho lo jurídico y lo moral estén, en efecto, relacionados); *no es una tesis ética* (ni favorece, ni desfavorece la afirmación de que el contenido del derecho debe ser coincidente con los contenidos de la moral); *no es, tampoco, una tesis meta-ética* (no se pronuncia acerca de si los enunciados éticos pueden o no ser justificados a la luz de la razón); *es, en cambio, una tesis puramente metódica* (en el sentido etimológico de “método”), según la cual es preferible usar un criterio de identificación de normas jurídicas que no incluya criterios morales de iniquidad o de justicia (o sea, un criterio conceptual amplio) antes que un criterio de identificación que los incluya (o sea, antes que un criterio conceptual restringido), y ello por la sencilla razón de que el primer criterio —y no así el segundo— amplía el campo de observación y, al evitar la confusión conceptual entre derecho y moral, favorece, y no entorpece, la crítica moral de los sistemas jurídicos, sin sustituir esa crítica moral (como ocurrirá, de ordinario, con el segundo criterio), por una pérdida del nombre “Derecho”, con lo que, en definitiva, se comete el error de simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que las reglas jurídicas dan lugar.

La *segunda*, a su turno, o sea, la que postula la existencia de un criterio último de validez jurídica, conducirá a Hart a enunciar su famosa “regla secundaria de reconocimiento” la que, a diferencia de la “norma fundamental” de Kelsen, es caracterizada empíricamente por Hart al modo de una “práctica social” y no, en cambio, postulada como un principio trascendental de raigambre neokantiana o vaihingeriana como —se sabe— acaece en Kelsen.

La *tercera*, en fin, o sea, la tesis que postula la incompletitud del derecho y el consecuencial poder de creación del mismo por parte de los jueces, ha sido formulada por Hart como la tesis de la “discrecionalidad judicial”. ¿Qué quiere decir Hart cuando afirma —y está dispuesto a defender— que los jueces poseen

“discreción”? Cuando Hart afirma que los jueces poseen “discreción”, está diciendo, a lo menos, las siguientes cosas:

Por una parte, está afirmando que los jueces —algunos jueces; en particular, los superiores cuyas resoluciones no pueden ser revisadas— “tienen la última palabra al establecer qué es derecho”, o sea, está estableciendo que las decisiones de algunos jueces son *definitivas* o, si se prefiere, que *los jueces son los que, al cabo, dicen qué es derecho, lo que, como es fácil de advertir, es distinto al postulado realista de que “el derecho es lo que dicen (o hacen) los jueces”*. Por lo mismo —va a insistir Hart— no puede afirmarse que los jueces sean los únicos que dicen lo que es derecho; pero, en cambio, sí puede afirmarse que los jueces son los únicos que dicen lo que es derecho por modo definitivo y con status oficial. Así —y parafraseando un tanto el ejemplo del propio Hart— el fútbol puede jugarse con árbitro o sin él. En el primer caso —un partido de fútbol sin árbitro— serán los propios jugadores los que decidirán cuándo, en conformidad a las reglas del fútbol, hubo un “gol” válido; en el segundo caso, a su turno —un partido de fútbol con árbitro— será un único sujeto —el árbitro— el que podrá decirlo por modo “oficial” y con “autoridad”. Ahora bien. Nada nos habilita para que sin deformar el fútbol, digamos que en el primer caso el fútbol *es* lo que dicen los jugadores, y, en el segundo caso, para que, del mismo modo, digamos que el fútbol *es* lo que dice el árbitro, ni, tampoco, nada nos habilita para que, mezclando ambas situaciones, nos atrevamos a decir que los jugadores, cuando aplican las reglas del fútbol, “predicen” las decisiones del árbitro, porque ello significaría que cuando los jugadores, iracundos, agreden al árbitro, lo agreden *porque* ellos (los jugadores) se equivocaron al “predecir” lo que el árbitro haría, cuando, en cambio, como todos concederán, lo que en verdad acaece es que lo agreden porque, a su enojoso juicio, el árbitro no *aplicó bien* las reglas del fútbol. Sólo en un caso podría decirse que el fútbol es lo que dice el árbitro y que los jugadores predicen lo que el árbitro hará, a saber, cuando la única regla de aquel trabajoso juego (que, en rigor, no sería ya fútbol), fuera: “juéguese como el árbitro diga que se juegue”.

Por otra parte, cuando Hart postula la tesis de la “discrecionalidad judicial”, está también afirmando que las normas jurídicas

no son aplicadas mecánicamente por los jueces, sino que, en atención a la “textura abierta” que ellas presentan, el juez ha de recurrir, al aplicarlas, a su discernimiento, no actuando como si hubiera una única respuesta correcta, sino, más bien, procurando establecer una elección en orden a alcanzar un compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Por último, cuando, en fin, Hart enuncia que los jueces poseen discreción, está, también, afirmando que, en ocasiones, el derecho —por la inevitable falta de previsión e, incluso, por la relativa indeterminación de propósitos por parte de quienes lo producen— guarda silencio frente a ciertos casos, los que, así, han de ser resueltos por el juez no en conformidad a directivas obligatorias provenientes del propio derecho, sino, en cambio, en conformidad a razones que, si bien pueden ser jurídicas por su proveniencia o contenido, no son, empero, jurídicamente debidas, tanto porque de ordinario puede no haberlas, cuando porque cuando las hay (vgr., en la forma de los “principios” de Dworkin), las hay de modo múltiple, contrapuesto, e incluso, contradictorio, sin que las reglas jurídicas provean al juez de criterios para resolver las antinomias que se planteen entre las dichas razones o principios, motivo ese por el cual, afirma Hart, al Juez, a menudo, le será necesario escoger o elegir entre diversas razones o principios, sin que ello signifique contradecir el conjunto de las reglas, todo lo que, en fin, ha de entenderse en el sentido que los dichos poderes del juez son —como el propio Hart se encarga de establecerlo— “intersticiales”, o sea, relativos sólo a algunas “fisuras” o “hendeduras” que el derecho presenta entre bloques de ordinario más o menos compactos, y relativo, también, a normas que al ser producidas, poseen un alcance menor que el que posee el derecho legislado, esto es, un alcance que —para representarnos la situación— pudiéramos decir se “cuela” por los intersticios de este último.

Dicho lo anterior, intentemos ahora, con la paciencia que el asunto requiere, seguir a Hart en su búsqueda de un concepto de derecho, la que, como será fácil de advertirlo, se endereza, en lo fundamental, a establecer cómo y por qué el Derecho es antes que nada y por sobre todo una cuestión de reglas.

6. Lo primero que Hart pasa a establecer, es la recurrente perplejidad intelectual que es posible advertir respecto de la pregunta ¿Qué es derecho?, perplejidad esa que —dirá más adelante Hart— se asemeja en mucho a la confesada por San Agustín con respecto al tiempo. “¿Qué es, pues, ‘tiempo’? Si nadie me lo pregunta lo sé; si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé”.

Antes de intentar, entonces, una respuesta apresurada a esa pregunta, pasa Hart a contra-interrogarla, esto es, a preguntar lo preguntado. Dicho de otra manera: Hart encara la pregunta ¿qué es derecho?, no como el testigo conminado a responder, sino como el juez que, con el pliego de posiciones en la mano, escudriña al testigo que tiene enfrente. “Obviamente —expresa— lo mejor es posponer toda respuesta a la pregunta (.) hasta que descubramos qué es lo que realmente ha desconcertado a quienes la han hecho o tratado de contestar, aun cuando su familiaridad con el derecho y su capacidad para reconocer ejemplos de él sean indiscutibles”. ¿Qué es lo que se quiere saber con esa pregunta? ¿Cuáles son los problemas recurrentes que ella abriga? Esos problemas, según los ausculta Hart, son los siguientes: Primero, la diferencia que guarda el derecho con las órdenes respaldadas por amenazas; Segundo, las diferencias que median entre la obligación jurídica y la obligación moral; Tercero, qué son las reglas y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas.

7. En orden a clarificar esos tres problemas y proveerlos de una solución, descarta Hart el uso de una definición por género próximo y diferencia específica, esto es, descarta Hart como posibilidad para echar luz sobre esos asuntos, la filiación del derecho en un conjunto en el que se incluyera guardando al mismo tiempo, con respecto a él, alguna característica que lo distanciara con respecto al resto de los elementos de ese mismo conjunto.

Descarta, pues, Hart, una respuesta del tipo: “el derecho pertenece al universo normativo y se diferencia con respecto a las restantes normas de ese mismo universo, por la coercibilidad que sus normas presentan”. Las cuestiones que subyacen a la —en apariencia— sencilla pregunta ¿qué es derecho? “son demasiado distintas entre sí y demasiado fundamentales para ser susceptibles de

este tipo de solución”. En cambio de ella, propone Hart la posibilidad de aislar un conjunto central de elementos que formarían una parte común de las respuestas que las tres preguntas que se expusieron apetecen. Ese conjunto central de elementos —el “punto de vista interno” y el derecho como “unión de reglas primarias y secundarias”, según veremos— los expondrá Hart paulatina y progresivamente a propósito del examen crítico que llevará a cabo de la solución que a la pregunta qué es derecho expuso Austin, según el cual la noción clave en la comprensión del derecho es la idea de “mandato” u orden del soberano respaldada por amenazas. Esta idea austiniana, sometida al agudísimo análisis de Hart, irá mostrando sus deficiencias y, al modo de una parábola intelectual o filosófica, nos enseñará cuáles son los elementos que, explicitados, ayudarán a disipar la perplejidad conceptual del gremio de los juristas.

Nosotros nos ahorraremos ese brillante desarrollo (pretender parafrasearlo o abreviarlo sería, en verdad, desquiciarlo) y mostraremos, en cambio, sus resultados.

8. La primera dificultad con que se encuentra la noción del derecho como órdenes o mandatos coercitivos, es la variedad de normas jurídicas, muchas de las cuales no se asemejan al modelo del mandato. Bajo tres aspectos la variedad de normas jurídicas se distancia de la noción de ‘orden soberano respaldada por amenazas’. En primer lugar, el *ámbito de aplicación* de las reglas; en segundo lugar el *contenido* de las mismas; en tercer lugar, su *origen*. Por lo primero, esto es, por el ámbito de aplicación, aun una ley penal (el tipo de regla más cercana a la noción austiniana) se distancia del modelo en cuestión, puesto que, a diferencia de la orden, se aplica incluso a quienes la dictaron, siendo, de esa suerte, y si se quiere mantener la noción de orden, una mixtura de ‘orden’ y ‘promesa’ (el artificio de distinguir en el legislador un aspecto público —en ejercicio del cual dicta la orden— y uno privado —por cuya virtud queda sometida a la misma— supone la introducción de una nueva regla que tampoco queda explicada por el modelo del mandato). Por lo segundo, a su vez, esto es, por su contenido, hay también distancia entre el modelo del “mandato soberano” y la variedad de reglas jurídicas, puesto que hay reglas que, en vez de imponer deberes, otorgan potestades o —co-

mo por ejemplo las reglas del título II del libro IV del C.C. Chileno— confieren la facultad discrecional (no el deber) de crear otras reglas (las contractuales) y que, a su turno, no se hallan amparadas en sanciones (la nulidad, pues, no equivale, por muchos motivos que no podemos considerar aquí, a una sanción). Por lo tercero, es decir, esta vez, por su modo de origen, hay reglas que son producidas de un modo muy diverso a la dictación de una orden, tal sería el caso de la costumbre (la contraobjeción de que la costumbre es una especie de “orden tácita” del legislador o soberano, es desechada por Hart pues la noción de “voluntad tácita” supone conocimiento y decisión de no interferir —como lo hace un general cuando guarda silencio frente a la orden dada por un subordinado suyo a la tropa—, conocimiento y decisión ese que es empíricamente improbable que concorra en la legislatura).

Expuesta la variedad de normas o reglas que en la mayoría de los sistemas jurídicos es posible advertir y que, como se vio, parecen desmentir la noción del derecho como “órdenes respaldadas por amenazas”, pasa luego Hart, al análisis del otro aspecto de la noción austiniana, a saber, la de que el derecho es fruto del soberano y que, donde hay sistema jurídico, es posible advertir una relación entre los súbditos que prestan obediencia habitual al soberano y un soberano que no presta obediencia habitual a nadie.

De esa concepción —esto es, de la concepción del soberano— selecciona Hart dos rasgos centrales que someterá a crítica: primero, la idea de “hábito de obediencia”; segundo, el carácter ilimitado del soberano. En lo que sigue, nos detendremos en ambas; pero enfatizaremos más el primer aspecto y su crítica, o sea, insistiremos en el análisis y crítica de la idea de “hábito de obediencia” que mediaría en la relación entre súbdito y soberano.

9. El concepto de “hábito de obediencia” (dejando a un lado, por lo pronto, la ambigüedad de la voz “obediencia”) resulta, en extremo, débil para explicar la continuidad del derecho. Si, en efecto, suponemos la existencia de un soberano (“Rex I”) y un hábito persistente de obediencia hacia él por parte de los súbditos, esto es, si suponemos que los súbditos cumplen con regularidad lo que Rex I les manda, en términos de que resulte empíricamente

probable que las órdenes futuras de Rex I sean, también, obedecidas, si suponemos todo esto, e imaginamos, luego, que Rex I fallece y es sustituido por su hijo Rex II quien, entonces, comienza, ahora, a dictar órdenes. ¿Cómo explicar la obediencia a Rex II? Parece evidente que no podremos decir de la primera orden de Rex II que ella es derecho, puesto que, habiendo sucedido a Rex I no existe todavía un hábito de obediencia hacia él. Sólo después de un tiempo, si constatamos que las órdenes de Rex II son reiteradamente obedecidas, podremos, si hemos de ser coherentes con la teoría del soberano, decir que Rex II es habitualmente obedecido y, que, en consecuencia, es recién ahora, soberano tal cual lo fue su padre.

Ahora, si bien la situación descrita —con un interregno jurídico en la transición de un soberano a otro— es empíricamente posible, señala Hart, ello no se compadece con la mayoría de los sistemas jurídicos, donde resulta característico que el poder de creación del derecho se halle asegurado mediante reglas que sirven “de puente de transición” entre un legislador y otro regulando la situación por adelantado y especificando las condiciones para ser legislador y el modo de especificar, cómo se determinará quién es.

Comúnmente, se dirá, así, que el sucesor tiene “título” o la “facultad” para suceder (lo que no es posible explicar en términos de hábito) y que, en consecuencia sus órdenes (en especial las primeras) son, desde ya, ‘derecho’ (law) en la medida que, como se dijo, tuvo la ‘facultad’ (right) de emitirlos.

Esa ‘facultad’ del legislador que sucede a otro, *para producir ‘derecho’ desde ya*, no puede ser explicada mediante la idea de la “obediencia habitual”. Ello por las siguientes dos razones: primera, porque el simple hecho del hábito de obediencia a un legislador, no puede —según la afirmación humeana— conferir ‘derecho’ alguno al sucesor; segunda, porque la obediencia habitual al legislador 1 no permite fundar ninguna probabilidad de que se prestará, luego, obediencia habitual al legislador 2. ¿Cómo se explica, pues, la persistente continuidad del derecho? Ella se explica, responderá Hart, por la existencia de una práctica social compleja que, como se vio, no puede ser descrita en términos de “hábitos de obediencia”. ¿Cuál es esa práctica? Esa práctica es “la acep-

tación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder". ¿Qué es esa práctica? ¿Qué es la aceptación de una regla?

La respuesta a esa pregunta nos conducirá a un elemento clave del análisis hartiano: la idea de que toda regla posee un "aspecto interno". Idea esta que junto a la primera —a saber, la existencia de variedad de reglas— conforman, en lo elemental, el concepto de derecho de Hart.

10. La persistente continuidad del derecho, nos dijo Hart, sólo se explica *por la aceptación de una regla* (la regla según la cual el legislador 2, en el ejemplo, tiene 'derecho' a suceder). ¿En qué consiste esa práctica?

Hart la clarifica distinguiendo la noción de "regla" (que es relevante para la comprensión de los sistemas jurídicos) y la noción de "hábito" (que es claramente insuficiente para la comprensión de ese mismo fenómeno).

En primer lugar, existe un hábito toda vez que la conducta de los miembros de un grupo converge de hecho, tal cual ocurre con el hábito de ir al cine los sábados o cepillarse los dientes o fumar, sin que la desviación respecto a esa convergencia conductual suscite la crítica. Esa mera convergencia de hecho, empero, no basta para constituir una regla. Cuando hay una regla, por el contrario, las desviaciones son consideradas generalmente como deslices y la amenaza de desviación es combatida por una creciente presión social hacia la conformidad que se manifiesta en forma de crítica.

En segundo lugar, toda vez que hay regla, la crítica que se formula se considera justificada, precisamente, por la existencia de la regla. La regla es, así, considerada una *buena razón* para la crítica.

En tercer lugar, la regla se distancia del hábito en que la regla, a diferencia de este último, posee un aspecto interno. ¿En qué consiste este aspecto interno tan destacado por Hart y tan central en su discurso?

El "aspecto interno" de la regla, no es muy distinto a los dos caracteres que denantes se anotaron; pero dada la importancia de esta noción en la totalidad del concepto de derecho develado por Hart, conviene que nos detengamos pormenorizadamente en él.

Para que exista una regla social, señala Hart, es necesario que ella posea un "aspecto interno". Este, a su vez, presenta los siguientes rasgos: primero, toda vez que hay una regla "*por lo menos algunos* tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo".

Segundo, es menester que lo anterior se manifieste en términos de *crítica* hacia las desviaciones, *exigencia de conformidad* hacia las pautas de conducta y en el reconocimiento de que esa crítica y esas exigencias están *justificadas*; tercero, el punto de vista interno que han de manifestar al menos algunos de los miembros del sistema, se expresa en una típica terminología normativa: "yo debo", "deber", "tú tienes que", "él debería", "correcto", "incorrecto", etcétera.

Ahora bien. Efectuada la distinción entre hábito y regla (que se obtuvo, como se vio, sometiendo a análisis ejemplar la noción austiniiana de "hábito de obediencia") y determinado el aspecto interno de las reglas, pasa Hart, sobre el supuesto de este último, a examinar tres cosas:

- a. la idea de obligación (o la interpretación predictiva);
- b. la idea de obligación jurídica; y
- c. el punto de vista interno y externo acerca de las reglas.

En ese mismo orden las examinaremos brevemente, no sin antes referirnos a la crítica que Hart formula a la "teoría del soberano".

IV

11. Clarificado lo anterior —esto es, dilucidada ya la crítica formulada por Hart a la idea de "hábito de obediencia"— resta, ahora, y antes de exponer el conjunto de consecuencias que de ese análisis se sigue, examinar la reflexión que el filósofo de Oxford emprende enfrente de la idea del soberano.

12. Como denantes se dijo, el modelo imperativista del derecho auscultado y, a la vez, criticado por Hart, supone que donde hay sistema jurídico es posible verificar una relación entre los súbditos que prestan obediencia habitual a un soberano, el que, a su turno, no presta obediencia habitual a nadie, siendo, por lo mismo, "ilimitado".

Antes de someter a análisis aquella idea, Hart, en un gesto discursivo que le es muy propio, procede a *precisarla*. La teoría del soberano —expresa— afirma a lo menos dos cosas: por una parte, señala que “la existencia del derecho implica la existencia de un tal soberano”, esto es, que donde es posible verificar la existencia del derecho, es posible, por lo mismo, verificar la existencia de un soberano; por otra parte, esa teoría sostiene que el soberano es *jurídicamente* ilimitado, o sea, la teoría no afirma que el poder del soberano no tenga *ningún* límite, sino que, cosa distinta, se limita a afirmar que no posee límite *jurídico* alguno, en suma, que el poder del soberano si bien puede poseer límites de hecho, no posee ninguno de derecho, o, como expresa el propio Hart glosando aquella idea, que el soberano “no tiene el deber jurídico de abstenerse de dictar” ninguna legislación, o, si se prefiere, que el contenido de las órdenes del soberano, no forman parte de su test de reconocimiento.

13. Así planteada, la teoría del soberano es seductora por una razón de utilidad, pues, como es fácil de advertir, parece resolver fácilmente los problemas de *diferenciación* de las normas jurídicas frente de otras reglas, diversas, de conducta, y, junto con ello, parece resolver fácilmente también, los problemas de *independencia* de los sistemas jurídicos: *porque* hay un soberano, el sistema es independiente y *porque* lo dijo el soberano tales órdenes son normas jurídicas y no otra cosa.

Con todo —y no siendo la facilidad en rigor, un criterio de verdad o corrección de los enunciados— pasa Hart a observar críticamente aquella teoría, la teoría según la cual donde hay derecho, hay, por lo mismo, un soberano jurídicamente ilimitado.

14. Sostiene Hart, en primer lugar, que hay dos sentidos de la expresión “límite”. Un primer sentido (que pudiéramos llamar ‘deóntico’) según el cual hay límite toda vez que existe el deber jurídico de hacer o no hacer algo (el sentido, vgr., en que decimos “Ud. no puede andar en bicicleta por la vereda”); un segundo sentido (que pudiéramos llamar ‘performativo’) según el cual hay límite toda vez que no hay competencia para hacer o no hacer algo, (el sentido vgr., en que decimos “Ud. no puede dar órdenes a un regimiento”, o, si se prefiere, el sentido en que Genaro Carrío habla de los “límites del lenguaje normativo”).

Ahora bien, según el autor oxoniano, el soberano (si lo hay) posee límites al menos, en el segundo sentido, esto es, en el sentido de reglas que establecen incompetencias —aunque no “deberes”—; reglas que, al cabo, *constituyen* al soberano antes que limitarlo, o sea, reglas que *hacen* al soberano y fuera de las cuales el propio concepto de soberano se deshace o se desquicia: “Las reglas —expresa Hart— son *constitutivas* del soberano, no simplemente algo que debemos mencionar en una descripción de los hábitos de obediencia del soberano” (la descripción de esas reglas constitutivas en términos de “hábitos de obediencia”, tropezaría con el conjunto de dificultades e incongruencias que denantes, más arriba, se examinaron).

Mas, la teoría del soberano encuentra, todavía, otra dificultad. Esta vez empírica. Como ya se vio, el soberano no carece de ‘límites’ en el segundo sentido que en el uso de esa palabra es posible advertir, a lo cual habría que agregar, ahora, según Hart, que tampoco carece de “límites” en el primer sentido en que esta palabra se usa, esto es, según el filósofo de Oxford hay “potestades” (o sea, ejercicio del poder dentro de límites de competencia) que, no obstante serlo, se encuentran igualmente limitadas. “En el mundo moderno —advierte Hart— hay muchos sistemas jurídicos en los que el cuerpo que normalmente se considera como legislatura suprema dentro del sistema, *está sometido a limitaciones jurídicas en el ejercicio de sus potestades legislativas*; sin embargo, tal como concederán los juristas prácticos y los teóricos, las normas sancionadas por tal legislatura dentro del ámbito de sus potestades limitadas son obviamente derecho (Law)”.

La alternativa que la teoría del soberano posee para explicar aquel hecho —escapando, de esa suerte, a su fácil refutación empírica— es distinguir entre “legislatura” (los sujetos que *de hecho* dictan o producen normas) y “soberano” (el ente por virtud de cuya delegación la legislatura dicta o produce normas). En suma, la contraobjeción al argumento empírico es la siguiente: la legislatura jurídica limitada, no refuta la teoría del soberano pues la “legislatura” *no es* el “soberano”, hallándose éste, más bien, “detrás”, de la “legislatura” y, por lo mismo, los “límites” de esta última (en los dos sentidos de la expresión “límite”) pueden, ilimitadamente esta vez, ser cambiados, a su arbitrio, por el soberano.

Más, esa explicación (si lo que ella intenta es hacer coherente la teoría del soberano con la realidad de los sistemas jurídicos modernos) obligaría a entender por "soberano" al conjunto de los electores que, por modo indirecto, configuran a la legislatura y, con ello, en vez de defender el modelo imperativista del soberano, la teoría, en verdad, se autoaniquila renunciando a ese modelo: no habría ya "soberanos" y súbditos", sino un solo soberano autodisciplinado, ascético, que formula órdenes para sí mismo. "De este modo —concluye Hart— la imagen orginariamente clara de una sociedad dividida en dos segmentos: el soberano libre de limitación jurídica que da órdenes y los súbditos que habitualmente obedecen, ha sido reemplazada por la imagen borrosa de una sociedad en la que la mayoría obedece órdenes dadas por la mayoría o por todos. Sin duda que aquí no tenemos ni "órdenes" en el sentido original (expresión de la intención de que *otros* se comporten de cierta manera), ni obediencia". Por lo mismo —observemos— los modelos de creación "autónoma" del derecho —como vgr., el de Kelsen— o no son coherentes con un modelo imperativista del derecho, o, al menos, carecen de todo valor informativo, siendo, apenas, argumentos encaminados a la persuasión política.

V

15. Provisto de los elementos centrales de su análisis —a saber, "variedad de reglas" y "aspecto interno" de las mismas"— pasa Hart, luego, como se dijo, a discutir el fenómeno obligacional. Para ello, erige, nuevamente, a un adversario: a Austin y su noción predictiva de vínculo obligatorio.

16. Si, como se vio denantes, el derecho se concibe bajo el modelo (erróneo según Hart) de "órdenes del soberano amparadas por amenazas", esto es, amparadas en el anuncio de males próximos, es bastante claro, entonces, que la obligación ha de concebirse, también, en esos términos. De esa suerte (y sobre el supuesto de la noción austiniana), decir de alguien que "posee una obligación" equivale a emitir un *enunciado predictivo acerca de hechos*, concretamente, equivale a decir que ese sujeto posee un alto riesgo o probabilidad de sufrir un castigo o mal, por parte de otros sujetos, en caso de desobedecer la orden en cuestión.

17. Ese concepto "predictivo" del fenómeno obligacional, le

parece a Hart inadecuado por las siguientes dos razones: primera, porque cuando estamos en presencia de una obligación, el incumplimiento de la misma no sólo permite suponer que sobrevendrán sanciones, sino que permite afirmar, además, que esas sanciones están *justificadas*: la existencia de una obligación no sólo es la premisa de una predicción, también es una *razón justificativa* de la sanción, razón ésta que se sustenta en el aspecto interno de las reglas que ya se destacó; segunda, porque si fuera verdad la explicación predictiva, debiéramos decir (lo que no hacemos en el lenguaje ordinario) que cuando hay suficientes hechos para formular la predicción contraria (como la huida del delincuente, por ejemplo) no había, en verdad, obligación: del deudor que huye y se oculta eficazmente no diríamos que incumple una obligación, sino que no tenía obligación en absoluto porque la probabilidad de que se le apliquen sanciones no sería empíricamente plausible.

Por lo anterior —concluye Hart— puede afirmarse lo siguiente: a. el enunciado de que alguien tiene una obligación *supone pero no afirma* ciertas probabilidades; b. el enunciado de que alguien tiene una obligación "aplica una regla general (aceptada) a un caso particular" declarando que este caso particular queda comprendido en la regla; c. la idea de obligación, pues, supone la existencia de reglas; d. por lo mismo, hay que distinguir —en base a la práctica social de las reglas— entre quién se "ve obligado" (situación de la víctima frente al asaltante) y quién "tiene una obligación" (situación del deudor).

Parafraseando a San Agustín, Hart podría decir perfectamente: "Desterradas las reglas ¿qué son los reinos sino inmensas bandas de ladrones? y, por su parte, ¿qué son las bandas de ladrones sino pequeños reinos?"

Con todo, advierte Hart, no puede afirmarse que toda vez que hay reglas hay obligación. Es menester que tras las reglas haya una presión social seria o importante para que las concibamos como reglas que dan origen a obligaciones (reglas de obligación).

Por lo mismo —agregará Hart de cara, ahora, a la noción de obligación jurídica— nos inclinaremos a hablar de reglas jurídicas que dan origen a obligaciones también jurídicas, cuando entre esas formas de presión, serias o importantes, *ocupen un lugar pro-*

minente o sean usuales, las sanciones físicas. (Convendría decir, a este respecto, desde ya, que la nota de coactividad es asignada por Hart no a las reglas, sino al conjunto de las reglas que llamamos "sistema jurídico", en términos tales que la regla es jurídica no por su coactividad, sino por su pertenencia a un sistema usual o predominantemente coactivo).

Esclarecido lo que "obligación" y "obligación jurídica" significan, pasa Hart, ahora, a establecer dos puntos de vista, posibles de asumir, acerca del derecho: el "punto de vista externo" y el "punto de vista interno". Se asume el punto de vista externo, cuando, desconociendo o descartando la existencia de reglas se efectúa un puro registro de cierta regularidad conductual (al modo de un extraterrestre que observase una partida de ajedrez); se asume, por su parte, el "punto de vista interno", cuando aceptándose la existencia de reglas, ellas se *usan* (no simplemente se *mencionan* como en el caso del punto de vista externo no extremo que no consideramos aquí*) como *guías* de la conducta social, como *fundamentos* de ciertas peticiones o reclamaciones y como *razón o justificación* de las sanciones.

18. Una teoría que quiera captar la compleja práctica social en que consiste un sistema jurídico y que, por lo mismo, quisiera comprender los enunciados normativos de validez, obligatoriedad, facultad y justificación, debe situarse en el punto de vista interno. Desde un punto de vista externo, en cambio, no será posible distinguir entre las puras regularidades conductuales o hábitos y las obligaciones y la conducta llevada a cabo en un contexto de reglas.

Un ejemplo podrá aclarar aquella distinción.

Supóngase que un extraterrestre, en su primera visita a nuestro planeta, presencia una partida ajedrez ignorando, por cierto, las reglas, pues el tal juego no existe en el planeta de que es oriundo. Puesto a describir el fenómeno, ¿qué cosas diría? Sin duda, muchas. Observaría el ceño fruncido y reconcentrado de dos sujetos que miran un plano cuadrículado, el movimiento de los brazos y la aprehensión de ciertas figuras por parte de las manos. Observaría, también, ciertas regularidades como que el caballo es mo-

* Sería el caso del "dogmático teórico" y no del "práctico del derecho".

vido en movimientos quebrados, el alfil en forma oblicua, y que, al iniciarse la partida, el primer movimiento es avanzar cuatro casilleros la pieza que se halla delante de otra coronada al modo de un Rey. Podría, claro está, decir esas y otras muchas cosas. Lo que no podría hacer es describir "ajedrecísticamente" el fenómeno: que la partida se abra con peón cuatro rey, tendrá, para él, el mismo significado que el hecho de que la figura con forma de caballo se mueva en forma quebrada y no podrá advertir, pues, cuando los jugadores estaban "obligados" a mover la pieza de cierto modo (caso del caballo) y cuando, en cambio, tenían el mero "hábito" de hacerlo (caso del peón cuatro rey). En suma, al inquisitivo extraterrestre se le escapará el *juego del ajedrez*.

Supóngase, ahora, que es un ajedrecista quien observa la partida de dos de sus colegas. El, como buen ajedrecista que es, conoce y acepta las reglas. El podrá —a diferencia del extraterrestre— distinguir los "estilos" o "hábitos" del juego, de las jugadas prescritas en las reglas del ajedrez. Podrá, también, formular críticas a sus colegas cuando ellos actúen por modo extra-ajedrecístico, fundará esa crítica en las reglas del ajedrez y la expresará en una típica terminología normativa. En suma, *nuestro ajedrecista-espectador captará el juego del ajedrez y el significado ajedrecístico de las regularidades conductuales*.

De más está decir que el extraterrestre en cuestión usó el punto de vista externo, en tanto el ajedrecista-espectador el punto de vista interno.

A juicio de Hart, una teoría "predictiva" de la obligación se parece, en mucho, a la posición del extraterrestre del caso propuesto. En cambio de ella, una postura cognoscitiva que privilegie, sobre todo, el punto de vista interno resultará más eficaz para captar y describir la complejidad de la estructura y el discurso jurídicos. Porque "lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reco-

nocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas”.

VI

19. Disponiendo ya Hart, de los elementos centrales de su análisis (que serán sustitutivos de una definición del derecho), se encamina ahora, el filósofo oxoniano a establecer las características propias de un sistema jurídico. Adelantando, desde ya, la conceptualización de Hart, digamos que para él *un sistema jurídico aparece* —para emplear aquí la descripción de Luhmann— *como una variedad de reglas primarias y secundarias, que poseen unos mismos criterios de pertenencia e identificación y que se hallan unidas al través de una relación autocompensatoria*. Expliquemos esto.

Como denantes se dijo, existen reglas de obligación jurídicas, cuando entre las formas de presión vinculadas a su incumplimiento, ocupan un lugar prominente o son usuales, las sanciones físicas, aun cuando ellas no aparezcan centralizadas ni orgánica, ni procedimentalmente. Ese conjunto de reglas de obligación, presentan, además, según Hart, otros dos caracteres: se les reputa importantes y se les cree necesarias para la vida social y se reconoce, generalmente, que la conducta exigida por ellas sigue siendo exigida no obstante hallarse en conflicto con los intereses del sujeto sobre que imperan.

Verificándose la presencia de esas reglas de obligación (que Hart, llamará “primarias”, en un sentido, como se ve, harto distinto al de Kelsen) nos inclinamos, dice Hart, a decir que estamos en presencia de un sistema rudimentario o primitivo de derecho.

Mas, la complejidad y la diferenciación funcional de los órdenes sociales, hace insuficiente esa noción si, lo que se quiere, es caracterizar a sistemas jurídicos contemporáneos.

20. En los actuales sistemas jurídicos, en efecto, aparecen no sólo reglas primarias de obligación como las que se vieron, sino un conjunto de reglas secundarias que guardan con las primeras, como se dijo, una relación compensatoria (explicada por Hart de modo evolutivo) del triple defecto o insuficiencia que presentan las reglas primarias:

En primer lugar, las reglas de obligación aparecen *asistemá-*

ticamente, toda vez que no poseen un criterio de identificación o pertenencia, al no haber ni procedimientos ni órganos que permitan establecer su existencia. Padecen, pues, de un defecto de certeza.

En segundo lugar, las reglas de obligación aparecen *relativamente estáticas*, toda vez que se producen por modo lento y difuso y a resultas de la interacción social al no haber, como se dijo, ni órganos ni procedimientos reglados para dictarlas. Padecen, pues, de un defecto de inmovilidad.

En tercer lugar, las reglas de obligación aparecen, en términos de la presión social que las ampara, como difusas, toda vez que la determinación del incumplimiento y el posterior acaecimiento de la sanción, no aparece ni orgánica ni procedimentalmente reglado. Padecen, pues, en orden a las sanciones de un defecto de ambigüedad orgánica y procedimental.

21. Esos tres defectos, habrían sido evolutivamente evitados por los sistemas jurídicos por la aparición del *conjunto de reglas secundarias*, cada una de las cuales viene a corregir una insuficiencia de las reglas primarias de obligación:

La regla de reconocimiento, corrige el defecto de certeza, en la medida que provee de un criterio de identificación de las normas que se traducirá, comúnmente, en un conjunto de características cuya verificación en una regla, indica que se trata de una regla del sistema.

Las reglas de cambio, por su parte, corrigen el defecto de inmovilidad en la medida que establecen las formas o procedimientos para introducir o derogar nuevas o antiguas reglas;

Las reglas de adjudicación, a su turno, esto es, el tercer tipo de reglas secundarias, corrigen el defecto de ambigüedad que poseen las reglas primarias a resultas de su difusividad, en la medida que establecen quiénes y a través de qué procedimientos, determinarán la transgresión de las normas primarias y el subsiguiente castigo por lo mismo.

Lo anterior, como se adelantó denantes, hace aparecer al derecho *como un entrelazamiento evolutivo y compensatorio de reglas primarias* (las reglas de obligación) *y de reglas secundarias* (las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación).

22. De todas esas reglas, en conjunto autocompensadas, la

regla de reconocimiento aparece, a primera vista, como la más relevante en términos funcionales y cognoscitivos. Ella, en efecto, permite, al parecer, identificar la existencia de una regla, tarea ésta, como se comprende, previa a la tarea posterior de clasificación y producción de la misma (Para emitir o producir una regla, será menester, antes, identificar las reglas de cambio). Se justifica, pues, que nos detengamos un momento en ella y la examinemos en relación a otra —la norma fundamental de Kelsen— con la que guarda pareja estatura teórica y práctica. Procedamos, al efecto, del modo más simple posible: enumeremos los caracteres que Hart asigna explícitamente a la regla de reconocimiento.

22.1. La función que Hart asigna, en múltiples lugares de su obra, a la referida regla, es la de proveer una identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación;

22.2. La regla de reconocimiento aumenta su complejidad (es decir, acrecienta los caracteres que, en conjunto, conforman el test de identificación de reglas), en relación directa al desarrollo evolutivo de los sistemas jurídicos;

22.3. Así, en un sistema jurídico moderno, donde hay una variedad de fuentes del derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja, incluyendo, por lo mismo, provisiones para probables conflictos entre los diversos criterios los que, así, aparecen en un *orden de subordinación y primacía relativas* (vgr., la costumbre subordinada a la ley);

22.4. Que los diversos criterios (constitutivos de otras tantas “fuentes”) aparezcan subordinados unos a otros, *no significa que deriven unos de otros*, por el contrario, todos derivan de la regla de reconocimiento que incluye, a la vez, a todos esos múltiples criterios;

22.5. Por lo anterior, la regla de reconocimiento es una regla última que otorga unidad al resto de las reglas del sistema;

22.6. Esa regla de reconocimiento, raras veces es explicitada en la práctica de un sistema jurídico, aunque, sin embargo, siempre es *usada* por quienes identifican y aplican el derecho, pudiendo decirse, por ello, que el uso de la referida regla es característico del punto de vista interno y, por ello, al usarla, surge la típica terminología normativa;

22.7. Así, la noción de “validez jurídica” aparece como un

enunciado típicamente interno que aplica a una regla cualquiera, una regla de reconocimiento por lo común no expresada, aunque siempre aceptada;

22.8. Por lo mismo, decir que una regla es válida “es reconocer —expresa Hart— que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, *es una regla del sistema*”. Por lo mismo, junto con otorgar *unidad* a los sistemas jurídicos, la regla de reconocimiento establece un criterio o test de *pertenencia* a los mismos;

22.9. La regla de reconocimiento, pues, confiere *unidad, pertenencia y validez* a las reglas del sistema;

22.10. Ella misma, empero, no es válida ni inválida. El enunciado de “validez” es un enunciado del punto de vista interno siendo, la frontera del punto de vista interno, la propia regla de reconocimiento;

22.11. Preguntar por la regla de reconocimiento, por consiguiente, es traspasar las fronteras del punto de vista interno y situarse, entonces, en un punto de vista, ahora, externo el que, como se dijo, se atenderá a las regularidades conductuales compulsándolas empíricamente. Si se pusiera en duda la existencia de la regla de reconocimiento, “ella podría —dice Hart— ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones”;

22.12. Así —y en orden a precisar las reglaciones entre “validez” y “eficacia”— puede señalarse que quien emite un enunciado (interno) de validez, presupone la verdad del enunciado externo de que el sistema es generalmente eficaz. La eficacia *general* del sistema es, pues, el supuesto o quicio de los enunciados de validez acerca de sus normas particulares, resultando, entonces, que no existe relación necesaria entre la validez de una regla particular del sistema y la eficacia de esa misma regla, salvo, claro está, que la eficacia o uso efectivo sea un criterio de identificación y pertenencia de la norma admitido por la regla de reconocimiento. Por consiguiente, el enunciado de que una regla es válida (es decir, el enunciado de que la regla satisface el test del reconocimiento) no resulta contradictorio con el enunciado de que la misma regla es ineficaz (es decir, con el enunciado de que la re-

gla es frecuentemente desacatada), salvo, claro está, que el test de reconocimiento incluya la eficacia como uno de los criterios de validez, en cuyo caso, los dos enunciados sí serían contradictorios pues la norma no podría ser, al mismo tiempo, válida e ineficaz.

23. En orden, ahora, a precisar las diferencias o similitudes que la "regla de reconocimiento" guarda con la "norma fundamental" de Kelsen, digamos lo siguiente:

23.1. Tanto la norma fundamental, como la regla de reconocimiento, explican la *unidad* de un conjunto de reglas, la *pertenencia* de las reglas a ese conjunto y la *validez* de las mismas, tornándolo, al cabo, en un sistema u ordenamiento normativo (dejamos, por lo pronto, sin discutir aquí las diferencias que sería posible señalar entre "sistema" y "ordenamiento", diferencias que, en todo caso, desde el punto de vista neokantiano asumido por Kelsen, no podrían establecerse desde que conocer un objeto es constituirlo);

23.2 Tanto la norma fundamental, como la regla de reconocimiento, son, así, reglas "supremas" o "últimas", en el sentido que confieren validez, pertenencia y unidad sin que, por su parte, exista un criterio, a su vez normativo, para establecer su validez, su unidad y su pertenencia que no sea, claro está, la paradoja (tan cara a la teoría de sistemas) de la autorreferencia;

23.3. Con todo, las reglas de reconocimiento y la norma fundamental, poseen un diverso status teórico y discursivo. La "norma fundamental" es de raigambre epistemológica, sea bajo la forma de principio lógico-trascendental "lógicamente imprescindible" de la "Teoría Pura del Derecho" (1960), sea bajo la forma de una "ficción útil" o de un "modelo de imposibilidad" (que permitiría constituir "modelos posibles") de la "Teoría General de las Normas" (1979). La "regla de reconocimiento", en cambio, es la frontera, para decirlo como lo diría Luhmann, entre la "reflexión" del sistema (en verdad, autorreflexión) y la "observación" del mismo, o, para decirlo esta vez en palabras de Hart, entre el punto de vista interno y el punto de vista externo;

23.4. Por lo anterior, la "norma fundamental" aparece como categoría de un "jurista trascendental" o como "ficción útil" de un "jurista ficticio", en tanto que la "regla de reconocimiento"

aparece como una *práctica* empíricamente verificable y, en ese sentido, externa y supuesta en el discurso del jurista real;

23.5. En cuanto la "regla de reconocimiento" es, al cabo, un asunto empírico, ella es, también, *contingente* en lo que respecta a su contenido, lo que no ocurre con la "norma fundamental" que, en cuanto posee un contenido *necesario* resulta tautológica.

CONCLUSIONES

1. En vez de una definición del derecho, Hart nos ofrece un conjunto central de elementos, con cierto grado de contrastabilidad empírica a cuyo través es posible, a su juicio, dilucidar buena parte de los problemas discursivos de la teoría jurídica;

2. Ese conjunto central de elementos se halla constituido por las reglas primarias y secundarias y por el aspecto interno de las mismas así como, también, por el punto de vista interno a su respecto;

3. En lo que concierne a la relación que Hart advierte entre las reglas primarias y las secundarias, cabe decir que ella parece ser *evolutiva* y *compensatoria*, en la medida que surgen (o surgirían) a resultas del aumento de "complejidad" (Luhmann) del sistema social y en una sucesiva rectificación de las primeras por parte de las segundas las que son, así, "compensatorias";

4. Con todo, al establecer Hart la dicha compensación entre unas y otras, parece hacerlo de un modo unilateral, en la medida que, como se dijo, las secundarias "compensan" a las primarias;

5. Esa "compensación unilateral", nos parece, es correcta si lo que se trata de establecer es el surgimiento evolutivo de las reglas secundarias por relación a las primarias; pero no resulta igualmente correcta si lo que se quiere establecer es la caracterización relacional de ese conjunto de normas una vez ya producido;

6. Desde un punto de vista de "compensación unilateral", las reglas secundarias son, con respecto a las primarias, "metarreglas"; mas, una vez producida esa compensación, esas "metarreglas" resultan, en conjunto, autoreferentes, en la medida que el conjunto de reglas secundarias se compensan también entre sí to-

da vez que, por ejemplo, la regla de adjudicación, para ser tal, requiere que se le identifique, primero, para lo cual será necesario echar mano de la regla de reconocimiento y, al tiempo de emitirla o producirla, será necesario echar mano de la regla de cambio;

7. Por lo mismo, el derecho aparece mejor descrito no como, simplemente, una "unión" de reglas primarias y secundarias, sino como un *entrelazamiento* —para coger otra vez terminología de Luhmann— autopoietico y autocompensado (sistémico) de reglas primarias y secundarias, en conjunto usualmente coactivo, autorreferido y constituido en subsistema del sistema social total merced a una frontera de sentido constituida por una regla última de reconocimiento.

8. Se trata, en primer lugar, de un sistema autopoietico y autocompensado, en la medida que produce sus elementos (las reglas) al través de sus propios elementos (las reglas), como resultado de una diferenciación funcional que le permite, por vía de compensación simultánea, absorber cada vez mayor complejidad de su medio (el sistema social);

9. Se trata, en segundo lugar, de un sistema autorreferido, en la medida que su reflexión, el discurso jurídico, al modo de la dogmática teológica, tematiza sus elementos (las reglas) sobre el supuesto de esos mismos elementos (el aspecto interno de las mismas);

10. Se trata, en tercer lugar, de un subsistema del sistema social total, del que se diferencia por el "sentido", sentido éste que viene dado por la regla de reconocimiento que, así, permite delimitar sus acciones (los actos jurídicos en un sentido lato) de otras acciones sociales posibles; y

11. En suma, el sistema jurídico (subsistema del sistema social) "*actúa*" (esto es, relaciona sus elementos con sus propios elementos) en una relación compensatoria; "*reflexiona*" (esto es, se autotematiza al interior de su frontera de sentido) en el discurso jurídico-normativo o dogmática en un sentido lato y, por último, "*funciona*" (esto es, se relaciona con otros subsistemas) a través de la coactividad y el aseguramiento de expectativas.

LA "TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS" DE KELSEN Y LA LOGICA FORMAL

MANUEL MANSON

1

En su obra póstuma sobre las normas —*Allgemeine Theorie der Normen* (1979)⁽¹⁾, recientemente traducida al portugués por José Florentino Duarte—⁽²⁾ Kelsen formula varias modificaciones a los planteamientos expuestos en la segunda edición de su *Reine Rechtslehre* (1960)⁽³⁾, traducida al castellano por Roberto J. Vengero en 1979⁽⁴⁾.

Las modificaciones se refieren especialmente a los siguientes temas: (a) norma fundamental; (b) conflictos normativos; (c) lógica y derecho. Pero ya habían sido, en lo principal, introducidas mediante estudios posteriores a la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*, tales como "Derogation" (1962)⁽⁵⁾, "Die Funktion der Verfassung" (1964)⁽⁶⁾ y "Recht und Logik" (1965)⁽⁷⁾.

2

El último Kelsen expresa que la 'norma fundamental' es "una norma ficticia", "una pura o 'verdadera' ficción en el sentido de la vaihingeriana filosofía del como-si, que se caracteriza porque no sólo contradice la realidad sino que también es contradictoria en sí misma"⁽⁸⁾. Según dice Kelsen, "no es una hipótesis —como la califiqué casualmente— sino una ficción, que se distingue de una hipótesis por el hecho de que la acompaña, o debería acompañarla, la conciencia de que no corresponde a la realidad"⁽⁹⁾.

En rigor, no sería la norma fundamental la 'contradictoria', sino la suposición —que propiamente no será una hipótesis— de