Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Primer semestre 2010

Teoría del sistema jurídico
Prof. Fernando Atria

2° Control parcial

Respuesta magistral

1 EXPLIQUE POR QUÉ HART SOSTIENE QUE LA NULIDAD NO ES UNA SANCIÓN, Y (2) POR QUÉ ESTA CUESTIÓN ES, DESDE SU PUNTO DE VISTA, TEÓRICAMENTE IMPORTANTE.

Según Hart, hay una diferencia radical entre la función que cumplen las reglas que confieren potestades legislativas y definen la manera de su ejercicio (por dar un ejemplo), y las reglas del derecho penal (que son las normas que más se asemejan al modelo de órdenes respaldadas por amenazas en la construcción teórica de Austin). Esta diferencia se aprecia al notar que, tratándose de una regla que impone deberes, es posible distinguir en principio dos elementos: el deber impuesto por la norma y la sanción imputada a quien infringe el deber. Pero esta distinción no es posible tratándose de la nulidad, porque “nulidad” es simplemente ausencia de reconocimiento de lo alguien, pretendiendo ejercer una potestad, ha intentado hacer. Cuando una norma jurídica da potestades, lo que hace es disponer que cuando se realicen ciertos actos dichos actos serán jurídicamente reconocidos; si dichos actos no se realizan de un modo suficientemente adecuado, lo que se intentó producir es “nulo”, esto es des-conocido. La ley no puede dar facultades sin establecer condiciones de reconocimiento. La nulidad es la formalización jurídica del hecho de no haberse reunido dichas

condiciones. En este sentido la nulidad no es separable de la norma que confiere potestades.

Así, por ejemplo, si una medida obtiene en un cuerpo legislativo (en el Congreso Nacional: compuesto por el Senado y por la Cámara de Diputados) de la concurrencia del voto a favor de la mayoría de los senadores y diputados (tratándose de una ley ordinaria), y es así debidamente aprobada, no debe decirse que los senadores y diputados que votaron a favor a favor de ella han ‘obedecido’ la regla que requiere que las decisiones sean tomadas con ese quórum, ni tampoco puede decirse que los que votaron en contra han desobedecido tal regla.

Hart sostiene que la nulidad no es una sanción porque ésta cumple con una función completamente distinta a la de una sanción. La nulidad no puede ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo para que una persona se abstenga de (hacer o no hacer) una actividad prohibida por una regla determinada. Tales reglas – denominadas “primarias” – cumplen la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes dicha regla se aplica, con independencia de sus deseos. La sanción que la norma imputa a las infracciones de tales reglas primarias (su finalidad) busca crear un motivo para que los individuos se abstengan de hacer una actividad en particular.

Esta cuestión es teóricamente importante puesto que concebir a la nulidad como una sanción ignora por completo la función (por definición distinta) que cumplen las reglas secundarias (con respecto a las normas primarias) al interior del sistema jurídico, a saber: la de conferir a los particulares facilidades para crear y dar forma, mediante un determinado procedimiento y bajo ciertas condiciones, a sus relaciones jurídicas. El objeto de este tipo de normas no es el de disuadir una conducta determinada, sino más bien el de definir las condiciones y

límites dentro de los cuales el ejercicio de la potestad (que puede ser pública o privada) será válido

2 EXPLIQUE CUÁL ES, SEGÚN HART, EL ERROR FUNDAMENTAL DE LA QUE DENOMINA “TEORÍA SIMPLE”, Y POR QUÉ LA TEORÍA SIMPLE INCURRE EN ÉL.

Hart dice que “La raíz del fracaso [de la teoría simple] es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber, las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho” (El Concepto de Derecho, p.101). Esto puede expresarse diciendo que la teoría simple pretende reducir el derecho a la facticidad, es decir, negar la dimensión normativa del derecho.

Todos los conceptos centrales de la teoría simple son conceptos fácticamente caracterizados. Así, el derecho es un conjunto de mandatos reforzados por amenazas de un soberano habitualmente obedecido por una determinada comunidad. Esta habitual obediencia nos da el conjunto de ciudadanos que son objetos de dirección de las normas jurídicas emanadas del soberano, y es esta habitual obediencia la que le otorga a un sujeto la calidad de soberano capaz de dictar mandatos (independiente de su contenido) acompañados de amenazas y así también explica la identificación de todas las expresiones de deseo de este soberano como las partes de un único sistema jurídico. Esta simplificación del significado de una norma jurídica y del sistema jurídico al que pertenecen, según Hart, se traduce en la imposibilidad de la teoría simple de comprender y desde ahí describir correctamente lo que debemos entender como sistema jurídico. Esto es, como un conjunto de normas (mandatos, prohibiciones, facultades) que creadas de acuerdo a las

potestades que otorga una determinada norma de segundo orden, le otorgan la autoridad de normas jurídicas obligatorias. Es decir, normas obedecidas no por miedo a una amenaza sino que por respeto y reconocimiento de una determinada autoridad, a diferencia de los mandatos otorgados por un ladrón de banco quien con una pistola en la sien del cajero le ordena le entregue todo el dinero que hay en la caja. Esto según Hart, respondería más la situación de verse obligado que a la de estar obligado a algo.

Esta definición reduccionista de la teoría simple es desde donde parte toda la construcción de Bentham y Austin y que, por lo tanto, fundamenta los consecutivos errores en su teoría. Así, no sólo reconocemos mandatos en los contenidos de las normas jurídicas, ni tampoco sólo sanciones en las consecuencias de desobedecer una determinada norma jurídica, ni es la habitual obediencia a un soberano lo que determina la existencia de un determinado sistema jurídico ni el que una norma emane del sujeto habitualmente obedecido (“soberano”) es la explicación de la identificación de dicha norma jurídica como parte de determinado y único sistema jurídico.

La razón por la que la teoría simple adopta esta perspectiva reduccionista fue el intento de ofrecer una explicación moderna (es decir, positivista) del derecho: si el derecho es (a la manera moderna) un conjunto artificial de reglas, la pregunta es en virtud de qué el primer acto de creación tiene, adicionalmente a su dimensión fáctica (lo que Kelsen llama el “sentido subjetivo”) una dimensión normativa (un “sentido objetivo”). Es decir, sui en el origen del derecho hay un acto de creación, la pregunta es por qué el hecho de que alguien haya decidido crear derecho es suficiente para concluir que hay normas, y no sólo hechos. Las opciones parecen reducirse a dos: o hay normas porque el que realizó el primer acto de creación de derecho estaba autorizado para ello (con lo cual la normatividad del derecho se

funda en la existencia de derecho antes del primer acto de creación de derecho, lo que corresponde a la visión medieval conforme a la cual el derecho no se crea, se descubre) o el primer acto de creación de derecho es sólo un hecho. Y si el primer acto de creación de derecho sólo puede ser caracterizado fácticamente, lo mismo ha de decirse para el segundo acto, y así sucesivamente, el derecho sería un orden fácticamente caracterizado. Y para evitar la primera posibilidad, la teoría simple elige la segunda.