

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Introducción al Derecho I

Cuarta sesión : “El concepto de Derecho”

Ayudantes: Eduardo Achú M, Andrés Salinas U.

Apuntes complementarios a la cuarta sesión de ayudantías: “Los derechos en serio”, de Ronald Dworkin, y “El concepto de derecho”, de Herbert Hart.



Ayudantía de Hart¹
“El Concepto de Derecho”

Herbert Hart (1907-1992)

Nuestro primer autor fue Barrister de 1932 a 1940. Trabajó como profesor de filosofía en New College, Oxford. Fue elegido profesor titular de la cátedra de jurisprudencia en Oxford en 1952 y ejerció hasta 1969. Realizó trabajos sobre la lectura del positivismo y la separación de ‘la ley y la moral’ en Harvard entre los años 1956-1957.

Entre sus publicaciones podemos encontrar:

- Liberty and Morality (1963).
- Nine essays (Criminal law).
- Punishment and responsibility .

Renunció a su cargo en 1969, siendo sucedido por Ronald Dworkin.

I.- The Law

Para Hart, la ley asume diversas formas, entre ellas:

- Reglas que prohíben o hacen obligatorias ciertos tipos de conducta bajo amenaza de aplicar una pena.
- Reglas que exigen que indemnecemos a quienes hemos dañado de ciertas maneras.
- Reglas que especifican que es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u acuerdos que confieren obligaciones.
- Tribunales.
- Legislatura.

Problemas Planteados:

¿Qué es el derecho? (no es igual a órdenes respaldadas por amenazas)

- a) Caso de Delincuente que obliga a alguien a ejecutar un determinado acto, en tal caso de considerarse que se genera una obligación se tendría que los hechos acerca de creencias y motivos, serían necesarios para la verdad del enunciado: tenía una obligación.
- b) Órdenes militares.

¿Norma sancionadora?

¿Reglas?

¹ Apunte sólo para efectos de complementar lo visto en la respectiva sesión. En ningún caso reemplaza la lectura y estudio del respectivo texto.

Distingue dos teorías de Justicia:

- Moral (separa el deber de la moralidad, el tener que de la moralidad).
- Normativa.

Hart distingue dos tipos de reglas:

a) Reglas que prescriben una conducta.

Las reglas que prescriben una conducta a su vez se dividen en:

- Regla de conducta convergente.
- Regla social (tener que, deber).

b) Reglas que describen o especifican la norma prescrita.

Hart, al igual que Austin refiere a la norma jurídica como coacción pero le agrega el carácter de organizada, pues se adhiere a un tener que o a un deber. Por tanto ¿Cómo debe resolver el juez?

El juez toma la regla como guía y la trasgresión como razón y justificación del castigo al trasgresor.

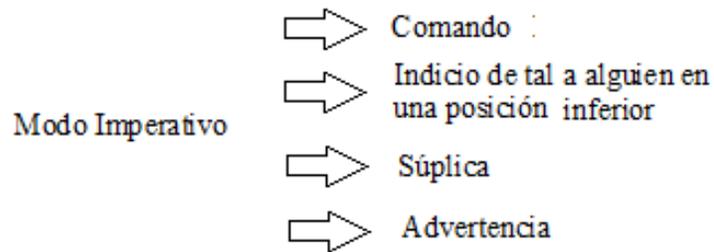
Hart pretende encontrar la naturaleza de la norma y encuentra que esta posee un alcance, el cual corresponde a un conjunto de expresiones que prescribe la norma, ello en palabras simples, "existe una grado de incertidumbre en la norma".

Dado lo anterior (la naturaleza de la norma) se encuentra con tres problemas:

- ¿En qué se diferencia el Derecho de las órdenes respaldadas por amenazas?
- ¿Qué diferencia la obligación jurídica de la moral?
- ¿Qué son reglas y en que medida el derecho es una cuestión de reglas?

Como punto de partida, el autor limita al derecho; "*per genus et differentiam*", el derecho es la familia general de las reglas de conducta.

Para comprender mejor el pensamiento de Herbert, resulta de conveniencia dar una aproximación al trabajo de Austin, "*The province of jurisprudence determined*".



Ejemplo de Austin: Asaltante (ordena) coacciona al oficinista.

Commands: amenaza de daño para forzar la obediencia. (Tener presente la distinción entre mandato y comando que en el texto, se utiliza de forma indiferente bajo la palabra commands).

Crítica de Hart: Comando como expresión más cercana que posee la autoridad determinada, que a la fuerza ejercida.

II.- El derecho como órdenes coercitivas (Austin)

Ejemplo: La ley penal, refiere a un tipo penal.

Esto se traduce en una generalidad de conductas aplicada a una clase general de personas.

- a) Norma.
- b) Directivas oficiales individualizadas (cara a cara).

Si las directivas primarias no son obedecidas por un individuo particular, los funcionarios pueden recordarla y exigir su cumplimiento, (ejemplo; el inspector de impuestos internos, ante el incumplimiento de una obligación imponible).

II.- Sobre la norma jurídica (Austin).

En ausencia de reglas especiales en contrario las normas jurídicas son válidamente creadas aún cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta que normas han sido dictadas y quienes son los afectados por ellas.

Tiene una característica que otorga diferencia, de permanencia o persistencia.

Austin refiere al hábito general de obediencia, que refleja estabilidad y continuidad del sistema jurídico.

III.- Sobre el sistema jurídico.

El sistema jurídico aludido por Hart, es de un estado moderno, caracterizado por un cierto tipo de supremacía dentro del su territorio y de independencia respecto de los otros sistemas. Lo

anterior no incluye al derecho internacional como ordenamiento, ya que los estados no pueden ser llevados ante los tribunales sin su previo consentimiento.

IV.- Noción de soberano, para Herber Hart.

Órganos supremos.

El autor distingue tres características que difieren en una norma:

- Origen.
- Contenido.
- Aplicación.

Hart estima que las reglas de contenido, definen las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas.

Hart define legislación como el ejercicio de potestades jurídicas operativas o efectivas en la creación de derechos subjetivos y deberes.

Concepto de Reglas

Para los efectos de nuestro estudio, entenderemos por reglas: *aquellas directrices que ordenan la conducta del individuo siendo esta un modo prescrito jurídicamente o social.*

Podemos distinguir en dos tipos:

Las reglas primarias

Son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones.

Características:

- Confieren deberes.
- Refieren a acciones.
- Son determinantes e inicialmente prohibitivas.

Las reglas secundarias

Son dependientes de las reglas primarias; estas señalan que los seres humanos pueden haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación.

Características:

- Confieren potestades públicas o privadas.
- Prevén actos que conducen no simplemente al movimiento sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.

- Refieren a obligaciones jurídicas.

Hart se encuentra con un problema mayor al intentar fundamentar la validez de la norma al alejarse de la noción de Soberano desarrollada por Austin, lo que lo lleva a buscar en la obligación la suficiencia.

Desarrolla un remedio a la falta de certeza, que es lo que da el carácter de válida a la norma en un grupo social.

Regla de reconocimiento: Indicación afirmativa de que la regla es del grupo.

Regla de Cambio: Situación dinámica de las reglas primarias.

Regla de Adjudicación: Facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria.

Su función es identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir.

- Dan potestad al juez.
- Definen un grupo imperante de conceptos, juez, tribunal, jurisdicción, sentencia.

Validez y eficacia (no las define)

Hart estima que el “enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que un sistema es generalmente eficaz”.

La forma mas simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una regla de reconocimiento.

I.- Concepto de Derecho y Obligación jurídica

Nominalistas

Derecho: Conjunto de normas esperando a ser aplicadas por el juez.

Obligación jurídica: vínculo invisible con que las normas envuelven a las personas.

Los nominalistas denominan a la actividad que efectúan los jueces como "Jurisprudencia mecánica".

Positivismo Jurídico

Derecho: Normas jurídicas que establecen permisos y prohibiciones, son válidas en cuanto autoricen el uso de la fuerza pública para su respeto.

Obligación jurídica: Aquello que la norma válida exige o prohíbe hacer.

John Austin

En cada grupo social hay un soberano, y las normas jurídicas serian los mandatos generales de dicho soberano.

Obligación jurídica: seguir el mandato del soberano.

Mandatos confusos: Se autoriza a los jueces para dictar nuevas órdenes o adaptar antiguas. Si el soberano no dice nada respecto a las nuevas disposiciones de los jueces se entiende que las aprueba.

Críticas Austin

- En una sociedad compleja nadie tiene un poder "absoluto"
- No nos permite distinguir entre las normas de "Derecho" y las ordenes de un Gánster

Herbert Hart

Normas primarias: Aseguran derechos o imponen obligaciones.

Normas secundarias: Como y quienes pueden formar, modificar o extinguir normas primarias

Supera la crítica de Austin: Para dictar normas no basta con tener la fuerza física, es necesario ser AUTORIDAD, lo cual proviene de una norma jurídica secundaria.

² Apunte sólo para efectos de complementar lo visto en la respectiva sesión. En ningún caso reemplaza la lectura y estudio del respectivo texto.

Normas válidas:

- Prácticas aceptadas como norma de conducta, (costumbre en la cultura del common law)
- Porque proviene de una norma secundaria

De lo anterior se concluye que las comunidades primitivas sólo tienen normas primarias. En las comunidades modernas la validez de las normas secundarias emanaría de una norma superior: La Constitución.

De esta forma en nuestro ordenamiento jurídico el Artículo 1º del Código Civil nos señala:

*Artículo 1. La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la **Constitución**, manda, prohíbe o permite.*

Con lo cual se reconoce que la constitución es quien contiene el procedimiento por el cual se puede crear una norma válida en nuestro sistema.

II.- Directriz política, principios y normas jurídicas.

Directriz política

Estándar que proponen un objetivo a ser alcanzado, generalmente de carácter político, económico social.

Principio

Estándar a ser observado por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad.

Los principios engloban a las normas jurídicas, señalan en qué sentido deben interpretar los jueces las normas jurídicas.

Ejemplo de principios en el ordenamiento civil: Protección de la buena fe, rechazo al enriquecimiento sin causa, autonomía de la voluntad.

Norma jurídica

Aplicación en el caso concreto. Se aplica en la medida que se cumplan los supuestos de hecho.

Las normas jurídicas pueden ir contra un principio, establecen excepciones a los mismos

Ejemplo: Una norma podría autorizar a que las personas se queden con el dinero que encuentren en la calle → excepción al rechazo del enriquecimiento sin causa.

Diferencias entre normas jurídicas y un principio jurídico:

- Un principio puede tener más peso que otro, en caso de conflicto. En cambio las normas

jurídicas siempre tiene el mismo valor, siempre que sean del mismo rango.

- Una norma jurídica debe manifestarse por escrito en nuestro ordenamiento jurídico. En cambio un principio no necesariamente debe estar reconocido en una norma expresa.

III.- ¿Principios jurídicos tiene igual fuerza obligatoria que las normas jurídicas?

Los positivistas señalan que cuando nos encontramos frente a una norma dudosa cabe la discrecionalidad del juez, y ahí cabe la pregunta de si es o no legítimo que decidan en base a principios.

La discreción podemos entenderla como “la posibilidad de elegir entre dos o más opciones igualmente validas”. Pero sólo es lógico hablar que una persona tiene discreción cuando está sometida a otra autoridad.

Discreción en sentido débil

Cuando el funcionario debe tomar la decisión en base a estándares que le da su autoridad. También es discreción en sentido débil cuando la decisión tomada por la autoridad no es revisable por un superior.

Discreción en sentido fuerte

Cuando se puede tomar una decisión sin sujetarse los estándares de decisión que de la autoridad.

Ninguna discrecionalidad, ni la débil ni la fuerte, implican libertad sin límites ya que siempre hay que sujetarse a estándares de racionalidad, eficacia y justicia.

Discrecionalidad del Juez:

Para los positivistas hay discreción si la norma no es clara y precisa, se aplicaría discreción en sentido débil, pero esto sería un sin sentido para Dworkin ya que los jueces cuando aplican la “discrecionalidad” no lo hacen en bases de estándares jurídicos que dicte la autoridad.

Cuando hay discrecionalidad judicial lo que hacen los jueces es aplicar principios, por tanto habría una discrecionalidad en sentido fuerte, los jueces deben sujetarse a los principios jurídicos ya que estos les resultan vinculantes.

El autor toma como base el sistema del *common law*, en donde nos encontramos que existen con normas consuetudinarias. En ese contexto podríamos sostener que esas normas sólo se ven amparadas en los propios principios jurídicos, los cuales serian su fuente y la vez garantía, y por eso los principios tendrían igual validez que las normas.

En cuanto a los principios, su origen, no pueden aplicarse las normas de reconocimiento de Hart, es decir, no podemos encontrar su validez en una “norma secundaria” que autorice un principio. Generalmente se citara una ley o una sentencia donde se subsumen dichos principios.

Pero hay que recordar que Hart señaló que las fuentes de las normas válidas no sólo se encuentran en una “norma secundaria” sino que también en las costumbres que la comunidad considera como prácticas “jurídicamente” obligatorias.

Lo anterior nos llevaría a señalar que Hart reconoce que siempre habrá una primera norma que no tendrá su origen, validez, en una norma secundaria sino en una costumbre aceptada.

Principios = Derecho, para Dworkin.

IV.- Casos difíciles

Hart parte de la base que los jueces deben aplicar las leyes, no crearlas. Pero el mismo derecho consuetudinario lleva a que existan leyes vagas, y en tales casos el juez DEBE crear ley

Argumentos políticos: Miran a las metas de la comunidad.

Argumentos de principios: Miran al interés derechos particulares o generales.

Las leyes creadas en el congreso, por regla general, se fundamentaran en argumentos políticos. Pero el juez cuando las aplica debe utilizar argumentos de principios.

En los casos difíciles, donde no hay “norma aplicable”, el juez debe utilizar argumentos de principios al crear una ley.

Críticas al juez como legislador:

- Sería antidemocrático, ya que los jueces no son elegidos por los ciudadanos. El autor señala que esta crítica sería más fuerte cuando la ley tuviera su origen en argumentos políticos.
- Aplicaría una “ley” retroactivamente, ya que sancionaría un hecho ocurrido acaecido con anterioridad a la norma que estaría creando. Dworkin considera que esta crítica solo sería aplicable en caso que se creen las leyes basadas en argumentos políticos. Pero tratándose de argumentos de principios estas leyes siempre serán válidas, dado los principios de equidad y justicia que persigue.