

EXAMEN
Respuesta magistral

Preguntas

1. Explique por qué la normatividad del derecho es un problema para una teoría del derecho moderno y cómo lo solucionan
 - (a) La “teoría simple”;
 - (b) H L A Hart en *El Concepto de Derecho*;
 - (c) Hans Kelsen en *Teoría Pura del Derecho*.

El derecho moderno se entiende como artificial, no natural. Su existencia es, entonces, una cuestión de hecho (social). Pero los hechos por sí mismos no pueden fundar normas, lo que se conoce como el “principio de Hume”: un conjunto de premisas puramente fácticas no puede justificar una conclusión normativa. Por consiguiente, si la existencia del derecho es consecuencia de la ocurrencia de ciertos hechos (sociales), entonces la consecuencia parece ser que no puede ser normativo.

La teoría “simple” de Bentham y Austin, el primer intento de descripción teórica del derecho desde una óptica moderna, llega precisamente a esta conclusión y busca ofrecer una explicación del derecho que lo muestre como puramente fáctico. Los conceptos fundamentales de la teoría del derecho, que parecen ser normativos, son explicados en términos fácticos: soberanía, derecho, deber, etc. En la formulación de Hart, la teoría simple explicaba la noción de “tener una obligación” reduciéndola a “verse obligado”.

Hart, por su parte, explica la normatividad del derecho por referencia a la regla de reconocimiento, la regla de reconocimiento es una práctica social, caracterizada por su aspecto externo (la uniformidad general en la conducta) y un aspecto interno (la comprensión de los participantes de que la uniformidad en la conducta es debida, que se manifiesta en una actitud crítica frente a la conducta desviada). Desde el punto de vista de los participantes en una práctica social de este tipo, dotada de aspecto interno, al interior de la práctica hay normatividad. Como la regla de reconocimiento es la que reconoce a las demás reglas del sistema, de éstas puede decirse que son “válidas” y por consiguiente que son normativas.

Kelsen, por su parte, intenta explicar al derecho desde la óptica del derecho, desde esa óptica, es claro que derecho se entiende a sí mismo como normativo, lo que se aprecia, por ejemplo, en que usa constantemente un lenguaje propiamente normativo. Como para Kelsen la validez de una norma solo puede ser dada por otra norma, las normas del sistema jurídico se ordenan, según sus relaciones de validación, en cadenas, las que convergen en la primera norma positiva, de modo que la validez de todo el sistema normativo depende de la validez de la primera norma. La explicación kelseniana, entonces, nota que la perspectiva del derecho, que es como ya hemos observado, normativa, asume que esa primera norma positiva era válida. Kelsen busca identificar y nombrar ese presupuesto. Y como la validez de una norma solo puede provenir de una norma anterior, lo que se supone al asumir la validez de la primera norma es una norma anterior que la ha validado. Es norma anterior es una norma que funda la validez de todo el sistema y que es supuesta por las participaciones que asumen frente al mismo una postura normativa. De ahí "norma fundamental hipotética".

2. Explique en qué consiste la distinción entre la constitución (o: el derecho) como máquina y como norma, y por qué esta distinción es importante.

La constitución es vista como una máquina cuando es pensada fundamentalmente como una manera de organizar y distribuir los poderes con la finalidad de que su forma normal de operación implique ciertos resultados. Esto puede ser claramente ilustrado con la noción de separación de poderes y su relación con la libertad. Dada la separación de poderes, la idea era que cada uno de esos poderes tendría razones y tendencias a controlar a otros cuando estos se excedieran en los suyos. Este control recíproco implicaría la protección de la libertad. Dada esta comprensión, una constitución pensada como máquina no requiere un control externo, y se controla a sí misma, en el sentido de que es la disposición de los órganos poderes y procedimientos la que implicará que en los hechos los resultados constitucionales sean los buscados,

La constitución es entendida como una norma cuando su función principal es calificar de "lícito" o "ilícito" la acción de quien corresponda (poderes públicos, etc.). La pregunta, desde este punto de vista, es qué garantiza el cumplimiento de la constitución. Y la respuesta no puede quedar entregada a los mismos órganos cuya conducta puede ser lícita o ilícita. En este sentido una comprensión de la constitución como norma lleva naturalmente a la exigencia de

un control externo, típicamente a cargo de un órgano como un tribunal constitucional.

La distinción es importante porque aunque ambas ópticas no son necesariamente excluyentes y pueden bien ser complementarias, la constitución debe pensarse en algún momento como máquina, la que es una manera de pensarla que ha caído en desuso. Debe pensarse como máquina precisamente porque ella no puede descansar en el control externo, si no fuera por otra razón porque ese control externo requerirá a su vez ser externamente controlado en una regresión al infinito que muestra la necesidad de pensarla al menos también como máquina.

Responda una de las siguientes preguntas, a su elección:

- 3. Explique qué quiere decir que una teoría del derecho sea “atomista” y cómo la noción de Regla de Reconocimiento de Hart permite superar una concepción atomista del derecho.**

Que una teoría sea atomista quiere decir que explica el derecho por la vía de explicar la noción de norma jurídica. El derecho es un conjunto de normas jurídicas, cada una de las cuales se explica en sí misma. La teoría simple de Bentham y Austin es, por cierto, una teoría en este sentido atomista: el derecho es el conjunto de mandatos del soberano, y cada uno de esos mandatos debe satisfacer ciertas condiciones para ser contado como parte de “el derecho” (así, debe contener una declaración de voluntad, debe provenir de quien es habitualmente obedecido, debe contener una sanción, etc).

Con la introducción de las reglas secundarias, y especialmente de la regla de reconocimiento, Hart niega el atomismo. En efecto, La existencia de las reglas secundarias implica que entre las reglas hay relaciones que constituyen un sistema, lo que se hace evidente al considerar la función de la regla de reconocimiento: las reglas jurídicas pertenecen al sistema jurídico en virtud de que son validadas por la regla de reconocimiento, Ya no se puede decir que el derecho es un conjunto de normas y que cada norma se explica a sí misma, porque la explicación de su juridicidad está en las relaciones que ella tienen con otras normas.

- 4. Explique la importancia de distinguir, como lo hace Hart, entre reglas de cambio y regla de reconocimiento.**

Las reglas de cambio especifican los procedimientos y los órganos competentes para dictar, modificar o derogar las reglas del sistema; la regla de reconocimiento establece los criterios para reconocer como parte del sistema a las demás normas. En principio, parecería que satisfacer las condiciones fijadas por las reglas de cambio podría ser el criterio de reconocimiento de las nuevas reglas, por lo que la distinción entre ambas parecería una duplicación innecesaria.

Sin embargo, esto no es así, La regla de reconocimiento no identificar a las demás normas por el hecho de que ellas hayan sido dictadas mediante un ejercicio correcto de las reglas de cambio, porque esa constatación es en los hechos difícil de hacer y puede bien ser polémica. En vez de atender a los criterios de cambio, la regla de reconocimiento atiende a un momento especial, normal ante un acto formal de validación, para reconocer las reglas desde el momento en que ese evento ocurre, Esto significa que es posible que sean reconocidas reglas que sin embargo no se han dictado en conformidad con las reglas de cambios. De este modo es posible explicar la noción, por ejemplo, de "ley inconstitucional".

La diferencia es importante precisamente porque la diferenciación entre reglas de cambio y reconocimiento permite que la identificación del derecho sea imparcial, no polémica. En efecto, en muchos casos (especialmente hoy dado que entre los criterios constitucionales de cambio parecen también criterios substantivos de respeto a los derechos constitucionales, etc.) la satisfacción de las reglas de cambio puede ser una cuestión polémica. Los criterios de reconocimiento, por su parte, necesitan ser de operación no-polémica.