

H.L.A Hart: El Concepto de Derecho
Guía de Lectura
(segunda parte)

II. Preguntas:

Capítulo IV
Soberano y súbdito

Este capítulo termina de revisar y criticar las deficiencias de la Teoría imperativa del derecho de John Austin. Particularmente, se desarrolla la noción de *soberano* en la cual descansa, esto es, aquel que es habitualmente obedecido por los súbditos, sin tener que a su vez obedecer a alguien más.

La crítica que Hart realiza a este aspecto de la teoría de Austin se encuentra dividida en cuatro subsecciones, que se indican a continuación.

1) El hábito de obediencia y la continuidad del derecho

Respecto de esta subsección, Hart establece sus objeciones en torno a la idea de que no basta la mera existencia de un hábito general de obediencia, es decir, el hecho de que los dictámenes de un soberano sean generalmente seguidos por sus súbditos para garantizar la *continuidad* y *persistencia* de la autoridad y el derecho, respectivamente; ello puesto que, pueden surgir una serie de cuestiones contingentes por las cuales el paso de un soberano a otro no implica el mero acto del traspaso de poder un hábito de obediencia hacia el nuevo soberano ni la continuidad de aquellas reglas que hayan sido dictadas por el soberano anterior.

Para ilustrar este punto Hart crea una comunidad ficticia, la cual es mandatada por un soberano “Rex”; respecto de la existencia de Rex es que Hart establece una serie de cuestionamientos hacia la continuidad del poder frente a diferentes situaciones contingentes como por ejemplo la muerte de “Rex” y el cambio de poder hacia “Rex II”.

Responda:

1. ¿Por qué el hábito de obediencia hacia un soberano no garantiza la continuidad de estos hacia otro?
2. ¿Considera posible establecer algún tipo de regla que garantice la obediencia continua ante un cambio de soberano? ¿Qué tipo de regla sería?

2) La persistencia del derecho

Este punto se basa principalmente en la crítica que Hart realiza a Austin, enfocándose en el fenómeno de la persistencia del derecho, es decir, en el hecho de que aquellas normas dictadas por un legislador sigan siendo teniendo un status jurídico relevante aun en ausencia de dicho legislador. Las objeciones de Hart en este punto versan principalmente respecto de las ideas de aceptación tácita por parte del soberano y del reconocimiento por la práctica de los tribunales de una determinada norma dictada en el pasado.

Para una mejor comprensión de este punto, puede ser de ayuda el ejemplo de las decisiones de un árbitro en dos fases distintas de un campeonato (79 pág.).

Responda:

1. ¿Porque motivo la aceptación tácita del soberano no es suficiente para explicar la persistencia del derecho?
2. ¿Deja de ser parte del ordenamiento jurídico una norma que no es aplicada por los tribunales?

3) Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa

La idea del soberano presentado por Austin implica necesariamente la ausencia de limitaciones al mismo ente. No obstante lo anterior, acorde a dichos postulados es posible que frente a la existencia de un determinado soberano existiese otro soberano a quien le deba obediencia, de esta manera, se desfigura la idea de la soberanía, dado que al obedecer a otro se pierde dicho carácter.

Frente a lo anterior Hart establece una serie de consideraciones que desacreditan la teoría simple del soberano como poder ilimitado; dichas consideraciones se pueden encontrar sintetizadas en las páginas 87-88.

Responda:

1. ¿Cómo deben ser entendidos los límites jurídicos a la potestad legislativa?

4) El soberano detrás de la legislatura

En esta última subsección del capítulo Hart predispone una respuesta ante quienes puedan considerar la existencia de un soberano detrás de la legislatura, la cual en el mundo moderno, generalmente está jurídicamente limitada. Si, tal como ejemplifica Hart, el soberano ilimitado sería el electorado y no así un cuerpo único a quien se le reconoce el hábito de obediencia, la idea misma de la soberanía de Austin se transforma hasta desfigurarse. Si el electorado es el soberano, sería admitir que la mayoría de la sociedad obedece a sí misma; más aún, tal comprensión del electorado no da una respuesta satisfactoria, dado que dicho postulado se sustenta bajo la idea ya refutada del

hábito de obediencia. Por ello Hart plantea que es necesaria la existencia de una norma que confiera potestades y no así la existencia de un soberano con poder ilimitado.

1. Sintetice aquellas razones por las que el concepto de súbdito y soberano son refutadas por Hart.

Capítulo V

El derecho como unión de las reglas primarias y secundarias

El capítulo número cinco es fundamental para el CD. En este capítulo Hart finalmente detalla la idea que ha venido anunciándose y preparándose en los capítulos precedentes, acerca del derecho como un sistema complejo de normas que se caracteriza por su diversidad y en particular, por la forma en que se unen dos tipos de normas.

Un nuevo punto de partida

En este capítulo Hart presenta la necesidad de un nuevo punto de partida de la teoría positivista; en una visión donde el derecho es un sistema complejo que comprende dos clases de reglas: las primarias (coercitivas) y las secundarias (potestativas).

Responda:

¿Cuáles son las reglas secundarias? En qué se diferencian de las primarias.

La idea de la obligación

En este subcapítulo la teoría que explica el derecho como algo únicamente comprendido por reglas primarias es criticada, pues no diferencia el “verse obligado” del “tener una obligación” (tanto en obligaciones morales como jurídicas). La diferencia entre la coacción y estar bajo una regla (verse obligado vs. tener una obligación respectivamente) es algo importante en el capítulo, pues adentrándose al aspecto interno y externo de las reglas, Hart explica cómo, desde el punto de vista externo, el sentido de los enunciados internos acerca de las reglas es usado para conducir y explicar la vida social y la estructura de la sociedad.

Responda:

1. ¿Cuáles son las perspectivas que se le pueden dar a las reglas y cuál es su importancia?

Los elementos del derecho

Hart cierra el capítulo haciendo su crítica final a las reglas primarias, toda vez que aquellos sistemas compuestos exclusivamente por normas primarias, generan necesariamente ciertos problemas importantes, los cuales verán su solución en las reglas secundarias.

Responda:

1. ¿Cuáles son los problemas de un sistema primitivo, compuesto exclusivamente por normas primarias? ¿Cuáles serían sus soluciones?
2. ¿En qué consiste cada tipo de regla secundaria?

Capítulo VI
Los fundamentos de un sistema jurídico

En el capítulo sexto, Hart aborda el gran problema del positivismo, la cuestión de cuáles son los fundamentos últimos de validez del sistema y cuál es la relación entre validez y eficacia de una norma jurídica y un orden jurídico.

Reglas de reconocimiento y validez jurídica

El capítulo inicia explicando las reglas de reconocimiento como fundamento de validez del sistema jurídico. Las reglas de reconocimiento se expresan de distinta manera en las sociedades simples y las complejas, teniendo un reconocimiento y una aplicación diferente.

El texto ve en las reglas de reconocimiento una distinción, ya aplicada en el capítulo anterior, respecto de su punto de vista interno y externo, para distinguir entre el enunciado interno y el externo de la regla de reconocimiento, con el objetivo de explicar la relación entre validez y eficacia de las normas, separando la noción de la ineficacia de una norma particular de la noción de ineficacia de un sistema jurídico en general.

Según Hart, las reglas de reconocimiento (como reglas que proporcionan criterios para la determinación de validez de otras reglas pero que no está subordinada a criterios de validez jurídica de otras reglas) no son susceptibles de enunciados de validez, sólo susceptibles de enunciados de valor (legitimidad) o de eficacia, es decir, son la regla última del sistema que contiene al menos un criterio supremo de validez, aunque explica que este criterio último de validez no tiene por qué dar una potestad ilimitada, y se diferencia de Kelsen.

Responda:

1. ¿Como se expresan las reglas de reconocimiento en las sociedades simples? ¿Como lo hacen en las complejas?
2. Por qué para comprender la regla de reconocimiento es importante distinguir entre el juicio de validez y el de existencia de la regla.

Nuevas Preguntas

Una vez que se deja atrás el hábito de obediencia a un soberano de poder ilimitado como el fundamento último del sistema jurídico, el nuevo comienzo hartiano lo sustituye por una regla de reconocimiento que otorga a las reglas del sistema jurídico los criterios de validez. Con esto, surgen nuevas preguntas.

Responda:

1. ¿Qué preguntas surgen a partir de este fundamento último del sistema jurídico basado en la regla de reconocimiento?
2. ¿Cuáles son los puntos de vista a través de los cuales podemos comprender la regla de reconocimiento?
3. ¿Cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico?

La Patología De Un Sistema Jurídico

Finalmente el capítulo termina analizando las variaciones que se pueden presentar en la congruencia entre el sector público (los funcionarios con adhesión a las reglas de reconocimiento) y el sector privado (los individuos con obediencia generalizada).