

H.L.A Hart: El Concepto de Derecho Guía de Lectura

I. Introducción

Herbert Lionel Adolphus Hart (en adelante H.L.A Hart) es uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Nació el 18 de junio de 1907, en Harrogate, Inglaterra y estudió derecho en New College (Universidad de Oxford) graduándose en 1932, con máximos honores. Una vez egresado, ejerció como abogado privado hasta el comienzo de la Segunda Guerra Mundial (año 1940), momento en el cual decidió integrarse al Servicio de Inteligencia Británico (MI5).

Una vez finalizada la guerra, en el año 1945 se le ofreció incorporarse a New College como profesor ayudante y tutor en filosofía, para posteriormente ocupar la cátedra de teoría del derecho (*jurisprudence*), como académico. Posteriormente, en 1973 se desempeñó como principal de Brasenose College (Oxford), jubilándose en 1978. Finalmente, falleció el 19 de diciembre de 1992, en Oxford.

Su influencia en la filosofía del derecho se ha extendido más allá del sistema anglosajón y su libro “El Concepto de Derecho” (1961) (en adelante, CD) es lectura obligada de todo curso de teoría del derecho. En dicha obra, Hart desarrolla su teoría sobre el positivismo jurídico, enfatizando el carácter artificial del derecho, esto es, compuesto por reglas hechas por humanos, y argumentando que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. El CD es un libro de su tiempo, como señala Leslie Green: “su lenguaje, ejemplos y método descansa en Inglaterra, y más específicamente, en Oxford, de los cincuenta”. Siguiendo el método propio de la jurisprudencia analítica según la cual el análisis del lenguaje es clave para la comprensión del derecho, Hart discrepa de la concepción tradicional de las normas como mandatos y órdenes. Nos presenta a través del análisis del concepto de derecho, la variedad de reglas y la importancia de las reglas secundarias; introduce nociones como la zona de penumbra, el punto de vista interno y externo, la regla de reconocimiento, entre otras definiciones que se vuelven parte de lo que es hoy la teoría del derecho.

Hoy debemos leer y releer a Hart. Y para ello, sigamos su consejo a las y los estudiantes del derecho: “en el caso de cualquier jurista de renombre, es recomendable postergar la cuestión sobre si sus afirmaciones sobre el derecho son literalmente verdaderas o falsas, y examinar primero las razones que presenta para apoyar sus conclusiones y, en segundo lugar, la teoría o concepto de derecho que pretende desplazar o desafiar”.

II. Preguntas

Capítulo I Preguntas persistentes

Si bien no está considerado en el *Syllabus* del curso, el capítulo primero de su obra es relevante para comprender el problema que aborda en ella.

Lo primero que nos hace notar es que existe una persistencia sobre la pregunta “¿*Qué es derecho?*”, tal pregunta ha tenido numerables respuestas, pero ninguna ha sido capaz de definir con certeza lo que es el derecho. Esta interrogante caracteriza el estudio del derecho, en comparación a otras disciplinas donde no ha existido mayor polémica acerca de su objeto. Más aún, la persistencia de esta pregunta en el ámbito teórico, contrasta con la facilidad que las personas comunes tienen para dar ejemplos de lo que constituye el derecho. La mayoría de la ciudadanía es capaz de identificar las características centrales de un sistema jurídico, e.g. reglas prohibitivas de ciertas conductas bajo sanción; reglas de responsabilidad para reparar el daño causado; reglas para ejecutar acciones como testamentos o contratos; tribunales que determinen cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas; y, la legislación que hace nuevas reglas y deroga otras.

La perplejidad que nos provoca una pregunta en apariencia simple, como la definir nuestro objeto de estudio, se ejemplifica en la cita que Hart incluye sobre la noción de tiempo para San Agustín: “*Qué es pues ‘tiempo’? Si nadie me lo pregunta lo sé, si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé*”.

Hart pospone responder a la pregunta “¿Qué es derecho?” hasta desarrollar lo que ha provocado la complejidad para responder esta pregunta; tales problemas los expone en el segundo apartado del capítulo y se sintetizan en 3 preguntas:

1. *¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas y qué relación tiene con ellas?* (p. 8).
2. *¿En qué se diferencian la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?* (pp. 9-10).
3. *¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?* (pp. 10-16).

En los capítulos II, III y IV, Hart revisa las deficiencias de la teoría imperativa del derecho de Austin, cuyos elementos se detallan en los capítulos V y VI. Finalmente, su objetivo no es dar una definición exacta de derecho, sino que avanzar en el desarrollo de la teoría del derecho a través de un mejor análisis de la estructura distintiva de los sistemas jurídicos, así como precisar las semejanzas y diferencias que tiene el derecho con otros tipos de órdenes sociales, como el poder y la moral (p. 21).

Responda:

1. ¿Cuáles son los problemas que identifica Hart para encontrar una respuesta a la interrogante sobre qué es el derecho?

Capítulo II **Normas, mandatos y órdenes**

El propósito de Hart es exponer y criticar una teoría positivista del derecho de gran influencia que se identifica en general con la que presenta Austin, en su libro *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Por ello, si bien se basa en su teoría, explica los puntos en los que ésta es dudosa o contradictoria (p. 23).

Por ejemplo, el concepto de mandatos y hábitos otorgado por Austin como “*la situación en que se emplea la amenaza del daño, y nada más que ella, para forzar la obediencia*” y su equiparación a la orden, es equívoca (pp. 25-26). Es esencial entender los motivos por los cuales la considera así.

La situación del asaltante quien ordena “*entrégueme el dinero o disparo*”, representa la coacción de un individuo mediante una amenaza, que sería la situación en la que, de acuerdo a Austin, se presenta como mandato. Hart nos señala dos características que le debemos añadir a esta situación para que pueda reproducir las características del derecho (pp. 27-32). Tales características nos permiten construir la definición que nos entrega Hart de sistema jurídico (p. 32), pero debemos tener presente que tal definición no es definitiva, pues como él mismo nos señala, más tarde se encargará de examinarla de forma crítica.

Responda:

1. ¿Qué características son necesarias en la coacción bajo amenaza para poder reproducir las características del derecho?
2. ¿Qué definición nos entrega Hart acerca de “sistema jurídico”?
3. Diferencie la definición de “mandato” de Austin con la definición presentada por Hart.

Capítulo III **La diversidad de normas jurídicas**

En el tercer capítulo de su obra se presenta y justifica la insuficiencia de identificar el derecho con una orden respaldada bajo amenazas (Austin) y a la imposibilidad de subsumir todos los supuestos normativos a una norma última (Kelsen).

Hart divide sus críticas en tres partes, las cuales se abocan respectivamente al contenido de las normas jurídicas, ámbito de aplicación y modos de origen.

El contenido de las normas jurídicas

Inicialmente, se debe comprender que las disposiciones de carácter penal se encuentran más próximas a la comprensión del derecho como un mero orden bajo amenazas, no obstante surgen una serie de cuestionamientos respecto de si la totalidad de las normas pudiesen tener un carácter coercitivo.

En el apartado la “*nulidad como sanción*” Hart critica la idea de concebir la nulidad como un símil a la sanción, de esta manera, plantea una serie de cuestiones por las cuales la nulidad no debiese ser homologada a la sanción penal. Para efectos de la comprensión de este punto de la obra de Hart puede resultar ilustrativo el ejemplo de la página 43 (scoring rules).

Al llegar al apartado “*Las reglas que confieren potestad como fragmentos de normas jurídicas*” Hart divide las teorías que pretenden la uniformidad normativa o la subsunción a una norma última en dos versiones, una más extrema y otra menos extrema. Respecto de ellas es importante identificar y responder: (a) La crítica que Hart realiza a Kelsen en este punto, (b) ¿siguen siendo normas genuinas las normas de carácter penal? (c) ¿Qué pasa con las reglas que no prohíben una conducta?

Siguiendo la misma línea, el apartado “*la deformidad como precio de la uniformidad*”, establece una continuación a la crítica anterior. Si bien el ideal de uniformidad puede resultar atractivo, en la práctica posee una serie de problemas, como se explica en la página 51 haciendo un símil con las reglas del fútbol.

Responda:

1. ¿Qué pasa cuando el derecho no me obliga a algo?
2. ¿Puede la ley facilitar conductas?
3. ¿Qué pasa cuando la nulidad no constituye un mal?
4. ¿Existe efectivamente en la nulidad un desaliento hacia la realización de un determinado acto?
5. ¿Qué sucede con los actos privados, se ven clarificados ante una norma última o se ven oscurecidos ante la misma?

El ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de una norma tiene directa relación con el proceso interpretativo sobre el mismo. En relación a ello, Hart plantea la idea de la “auto-obligación”, la cual explica conforme a la idea de la promesa.

Responda:

1. ¿Para prometer un determinado acto legal; se presupone la existencia de una norma que lo permita?

2. ¿Si la respuesta de la pregunta anterior es afirmativa, sería concebible en un orden bajo amenazas?

Modos de origen

Hart destaca que no todas las normas emanan de un proceso legislado y, de esta manera, le atribuye valor a la costumbre como una fuente de creación del derecho. También, en contraste a la tesis que niega el valor a la costumbre por sí misma y le atribuye un carácter de “estatus jurídico” o un valor sujeto a su aplicabilidad por un tribunal, Hart establece dos críticas a esta postura; para entender la segunda de ellas puede resultar de ayuda contemplar el ejemplo del general y el sargento de las páginas 57-58, atendiendo particularmente a la perspectiva del general.

Finalmente, en la página 61 Hart establece una síntesis de sus objeciones, que puede ser de utilidad para revisar las ideas principales del capítulo.

Responda:

1. ¿Es necesario un acto de reconocimiento por parte del legislador ante todo tipo de norma?
2. ¿Todas las normas emanadas de la costumbre pueden tener valor jurídico?

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Introducción al Derecho I
Profesora Paula Ahumada
Semestre Otoño 2022