

EXAMEN  
*Respuesta magistral*

1. Explique en qué consiste la *regla de reconocimiento* de Hart. Asegúrese que su respuesta haga alusión a las siguientes ideas: (i) que se trata de una *regla social*; (2) que es una regla social cuyas *condiciones de existencia* son diferentes a las demás reglas sociales, y (3) la *función* que ella cumple.

La regla de reconocimiento es una regla social. A noción de regla social es introducida por Hart para explicar la normatividad sin que ella descansa en las mistificaciones del derecho natural etc. Hart cree que los problemas de la teoría simple son reconducibles todos a la misma fuente: que ella no contiene una noción de regla, sin la cual es imposible, dice Hart, explicar el derecho.

Una regla social es un hecho; un hecho acerca del comportamiento de un conjunto de personas. Esas personas de hecho se comportan de modo que su conducta es convergente. El hecho de la convergencia en la conducta, que las personas relevantes en la situación relevante hacen usualmente lo mismo, es lo que Hart llama el "aspecto externo" de la regla social. Esto es lo que las reglas sociales comparten con los hábitos, que son también hechos sociales pero diferentes a las reglas sociales. Lo que las diferencia es el "aspecto interno": los participantes miran a su comportamiento no solo como convergente de hecho, sino como exigido por una regla. Es decir, los participantes tratan a la práctica como una guía de la conducta propia y ajena. Esto se manifiesta en el hecho de que cuando observan una conducta que se desvía de la práctica, esa desviación es criticada, y la crítica consiste precisamente en el hecho de que se trata de una conducta desviada. Este aspecto interno es también un hecho: un hecho acerca de los participantes y cómo ellos entienden la práctica.

Cuando se dan estas dos condiciones, respecto del grupo respectivo puede decirse que existe una regla social: los participantes aceptan la regla conforme a la cual hay que hacer tal-y-cual cosa. Nótese que las reglas sociales pueden ser más o menos importantes, más o menos triviales: las reglas de cortesía son usualmente reglas sociales, como lo es la regla de reconocimiento.

La regla de reconocimiento es una práctica cuyo contenido es el reconocimiento del derecho: conforme a la regla del reconocimiento, son parte del derecho todas las normas que satisfagan las condiciones formales tales y cuales (en Gran Bretaña el ejemplo de Hart es el asentimiento real: el consentimiento dado por el Rey a un proyecto de ley que ha completado toda su tramitación en el Parlamento; En Chile la misma función, respecto de la ley, la cumple la dictación del decreto promulgatorio por el Presidente de la república). La regla de reconocimiento existe cuando hay una práctica social de reconocer las normas del sistema jurídico cuando cumplen esas condiciones. La existencia de la práctica supone la concurrencia de los dos elementos ya mencionados, el aspecto externo y el aspecto interno. Pero aquí a regla de reconocimiento muestra una peculiaridad respecto de las demás reglas sociales.

El aspecto externo, la convergencia en la conducta, mira a las personas en general que viven bajo el imperio del sistema jurídico respectivo, y consiste en que ellas de hecho se comporten en el sentido exigido por las reglas reconocidas. El aspecto interno mira a lo que Hart llama "funcionarios" (en general podemos decir: los jueces, aunque el concepto es algo más amplio que esto). Son los funcionarios los que deben entender que el reconocimiento como derecho de las reglas que satisfagan esas condiciones formales no es solo convergencia en la conducta, sino su obligación: es decir, deben usar la práctica como guía de su conducta, lo que ha de manifestarse en que cuando normas que no satisfacen esos requisitos son reconocidas, o cuando no son reconocidas normas que

satisfacen esos requisitos, esa conducta merece ser criticada por apartarse de la regla.

La regla de reconocimiento cumple entonces la función de, como su nombre lo indica, reconocer el derecho. De las normas reconocidas conforme a la regla de reconocimiento puede decirse que son "válidas", es decir, son validadas directa o indirectamente (mediante una "cadena de validez") por la regla de reconocimiento. De la regla de reconocimiento no puede decirse que sea válida, porque ella existe por ser una regla social (aspecto externo e interno), no por ser reconocida por la regla de reconocimiento (esto generaría una circularidad inaceptable).

## 2. Explique la noción de *cadena de validez* y la relación que hay entre ella y la *estructura jerárquica* del sistema jurídico.

Una cadena de validez es un conjunto de normas unidas entre si por relaciones de validación. La idea supone que, como explica Kelsen, la validez de una norma solo se puede fundar en otra norma. Para Kelsen "validez" es "el modo específico de existencia de las normas": decir que una norma es válida es decir que ella, en tanto norma, existe.

Una norma "se funda" en otra cuando la primera ha sido creada ejerciendo poderes conferidos por la segunda. La manera en que ésta lo hace es especificando el órgano y el procedimiento conforme al cual puede dictarse una norma. Así, la Constitución dispone que el presidente de la república y el Congreso, siguiendo un determinado procedimiento, pueden dictar leyes. Si esos órganos siguen ese procedimiento en un caso, crean una ley que entonces funda su validez en la constitución. La constitución y esa ley pertenecen a una cadena de validez.

Una cadena de validez puede tener muchas normas. En el ejemplo anterior, la ley dictada puede autorizar a un órgano administrativo para dictar resoluciones mediante un determinado procedimiento. Si ese órgano dicta una resolución de ese tipo, entonces esa

resolución funda su validez en la autorización legal. La resolución, la ley y la constitución pertenecen a la misma cadena de validez.

De la noción de cadena de validez se deriva la de jerarquía las normas anteriores en la cadena son jerárquicamente superiores que las inferiores. Esto es importante porque las normas superiores fijan las condiciones de validez de las inferiores. En general, el orden jurídico tiene una estructura escalonada, que es capturada por la representación de la pirámide invertida kelseniana: en su cima está la constitución, que pertenece a todas las cadenas de validades de un sistema jurídico (esto podría formularse diciendo que un orden jurídico comprende a la primera norma y a todas las normas vinculadas a ella por cadenas de validez). El segundo escalón es la ley, el tercero es el conjunto de normas dictadas por la potestad administrativa, etc.

Si solo una norma puede validar a otra norma, ¿Cómo se impide el regreso al infinito? ¿No es una contradicción hablar de la "primera" norma, que sería una norma que por ser primera no estaría fundada en una norma anterior? Este es el problema de la normatividad del derecho, que llevó a la teoría simple a afirmar una teoría puramente fáctica del derecho. Kelsen explica que como la validez de una norma solo se puede fundar en otra norma, todo el que reconoce la validez de una norma de un orden jurídico está asumiendo que esa norma es validada por una norma anterior. Y como todas las cadenas de validez convergen en la primera norma, está del mismo modo suponiendo que esa primera norma está validada por una norma anterior. Pero no hay una norma positiva anterior a la primera norma (porque entonces no sería la primera). La ciencia y la práctica jurídica, observa Kelsen, que reconocen la validez de las normas del sistema, están suponiendo que la primera norma vale; y como esa validez solo puede fundarse en una norma anterior, lo que están suponiendo es que hay una norma anterior. Ante este supuesto, la función de la teoría del derecho es hacer las cosas explícitas. Por eso Kelsen nombra ese supuesto (de la práctica y la

ciencia jurídica, no de Kelsen): la Grundnorm, la norma fundamental.

### 3. Describa el *procedimiento de formación de la ley*, diferenciando cada una de sus etapas.

El procedimiento de formación de la ley consta de las siguientes etapas:

Iniciación. La tramitación comienza con la presentación de un proyecto de ley. Ese proyecto puede ser presentado por quienes tienen iniciativa legislativa: los diputados, los senadores y el presidente de la república. La constitución contiene reglas sobre iniciativa exclusiva del presidente de la república (por ejemplo, los proyectos referidos a seguridad social). Cuando se trata de una materia de iniciativa exclusiva del presidente de la república, ni los diputados ni los senadores pueden iniciarlos. Cuando el proyecto es presentado por el presidente de la república, se denomina "mensaje"; cuando es presentado por parlamentarios (no más de 10 diputados o 5 senadores) se denomina "moción"

El mensaje o la moción comienzan su tramitación por una de las dos cámaras, que entonces se denomina "cámara de origen" (la otra es la "cámara revisora" de ese proyecto). Algunos proyectos solo pueden tener su inicio en una cámara determinada: amnistías en el Senado, tributos en la cámara.

Discusión. El proyecto es discutido en cada una de las cámaras. La discusión puede ser en general o en particular, en sala o comisión. Durante la discusión es posible hacer indicaciones al proyecto. Las indicaciones son propuestas de normas o redacciones alternativas. Las reglas sobre iniciativa exclusiva del presidente de la república valen para las indicaciones (es decir, los parlamentarios no pueden presentar indicaciones en esas materias).

Aprobación. El proyecto es votado en cada una de las cámaras. Para su aprobación, la constitución exige diferentes quórumos, según el tipo de ley de que se

trata: interpretativa de la constitución (4/7 de los senadores o diputados en ejercicio); orgánicas constitucionales y de quórum calificado (mayoría de los senadores o diputados en ejercicio; leyes ordinarias (mayoría de los presentes).

Sanción. El presidente de la república manifiesta su conformidad con el proyecto que ya ha sido aprobado por las dos cámaras del Congreso. En caso de no estar de acuerdo con el mismo, el presidente puede vetarlo. El veto puede ser supresivo, aditivo o sustitutivo, y puede ser total o parcial. Lo que el presidente no veta se entiende aprueba. Por eso, por ejemplo, si el presidente veta el artículo 2 de un proyecto de dos artículos, se entiende que aprueba el artículo 1; si formula un veto aditivo (pero no si formula uno supresivo o sustitutivo), se entiende que aprueba el proyecto aprobado por el Congreso. En caso de veto, el proyecto vuelve al Congreso y éste debe pronunciarse. Si aprueba el veto el proyecto vuelve al presidente para su sanción y promulgación. Si rechaza el veto sustitutivo o supresivo, no hay ley en lo relativo a esa parte; si rechaza el veto aditivo, vuelve el proyecto al presidente para su sanción y promulgación.

Tratándose de proyectos de ley interpretativa de la constitución y leyes orgánicas constitucionales, sancionado el proyecto debe ser remitido al Tribunal Constitucional para su control preventivo de constitucionalidad.

Promulgación. Sancionado el proyecto, el presidente dicta el decreto promulgatorio, que contiene el texto oficial de la nueva ley, le asigna un número y manda a cumplirla como ley de la república.

4. Explique qué diferencia importante se describe al decir que el derecho premoderno era un derecho *intrínsecamente vinculado a la razón*, mientras que el derecho moderno es un derecho que no tiene una vinculación intrínseca con la razón.

Que el derecho esté intrínsecamente vinculado a la razón quiere decir que el proceso de determinación del

derecho reclama ser un proceso de razón. Esto es característico de la comprensión premoderna del derecho, conforme a la cual el derecho era el desenvolvimiento de la razón intrínseca de las relaciones humanas. Esto es lo que Kelsen denominó un sistema normativo "estático". Un sistema estático es uno cuya primera norma es un contenido (como "vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo"), de modo que todas las demás son especificaciones de aspectos parciales del contenido de esa primera norma. Para mostrar que una solución determinada es conforme a derecho en un sistema estático, lo que es necesario mostrar es que ella corresponde a la primera norma, lo que es un proceso de razón. Por eso la razón es intrínseca al derecho.

El derecho moderno no tiene esta vinculación intrínseca con la razón, lo que se expresa diciendo que está extrínsecamente vinculado a la razón. Es lo que Kelsen denominó un sistema "dinámico", en que la primera norma no es un contenido, sino un procedimiento. Para mostrar que una norma pertenece al sistema, entonces, lo que ha y que mostrar es que ella ha sido creada mediante el ejercicio de poderes conferidos por normas del sistema. El contenido de la norma es en principio irrelevante. Por consiguiente, esa determinación no es un proceso de razón.

Lo anterior se puede expresar diciendo que el derecho premoderno, una comprensión el derecho que lo entendía como intrínsecamente vinculado a la razón, miraba al derecho como razón, y a las reglas jurídicas como resúmenes que facilitaban la identificación del derecho; en el derecho moderno el derecho es autoridad (autoritas, non veritas facit legem, decía Hobbes), y vale no por ser razonable, sino por ser querido por quien tiene autoridad para dictar el derecho.

Del derecho moderno se puede decir que está extrínsecamente vinculado a la razón porque el derecho será conforme a la razón en la medida en lo que el legislador haya querido sea conforme a la razón. Pero el hecho de que no lo sea, o de que uno crea que no lo sea, no implica que se trata de un derecho que no es

derecho. Solo de ese modo el derecho puede hacer imparcial lo que es polémico.