

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE: DERECHO

TITULO: LA TEORIA JURIDICA ANALITICA Y EL
CONCEPTO DE DERECHO DE H. L. A. -
HART.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LIC. EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSE ALBERTO TAMAYO VALENZUELA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO D.F. 1994



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

863
2^{ej}

LA TEORIA JURIDICA
ANALITICA
Y
EL CONCEPTO DE DERECHO
DE H. L. A. HART

POR JOSE ALBERTO TAMAYO VALENZUELA

1994

SUMARIO

PRIMERA PARTE: INTRODUCCION	7
I. HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART (NOTA BIOGRAFICA)	9
II. ANTECEDENTES:	
A. THOMAS HOBBS	19
B. JEREMY BENTHAM	33
C. JOHN AUSTIN	49
III. REVISION CRITICA DE LA TEORIA DEL DERECHO DE HANS KELSEN	63
SEGUNDA PARTE: TEORIA DEL DERECHO DE H. L. A. HART.	
IV. HART Y EL ANALISIS DEL LENGUAJE JURIDICO	95
V. HART Y EL CONCEPTO DE DERECHO	107
VI. ANTI-REDUCCIONISMO DE HART	143
VII. EVOLUCION DE LA TEORIA DEL DERECHO DE HART	153
TERCERA PARTE:	
VIII. CONCLUSIONES	167
IX. APENDICE. BIBLIOGRAFIA DE H. L. A. HART	173
X. BIBLIOGRAFIA GENERAL	179

PRIMERA
PARTE:
INTRODUCCION

PREFACIO

El propósito del presente trabajo es exponer los aspectos más relevantes de la teoría del derecho de Herbert Lionel Adolphus Hart, quien es, sin duda, junto con Hans Kelsen, el jurista más importante del presente siglo.

En la primera parte del trabajo paso lista a los pensadores que, muy probablemente, fueron quienes mayor influencia ejercieron sobre la obra de Hart: si bien, no siempre de manera directa, todos contribuyeron a formar una línea de pensamiento que Hart, posteriormente, recoge, sometiéndola a una revisión crítica. De esta forma, expongo brevemente las teorías del derecho de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham y John Austin; posteriormente, menciono algunos aspectos fundamentales de la teoría del derecho de Hans Kelsen criticados por Hart.

En la segunda parte del trabajo examino la teoría del derecho de Hart, tomada, básicamente, de su libro: *The Concept of Law*.¹ En esta parte del trabajo menciono los problemas que plantea Hart en torno al lenguaje en que se formula el derecho. Asimismo, menciono la metodología que emplea Hart para elucidar el concepto de derecho y otros conceptos relacionados, el anti-reduccionismo normativo planteado en la teoría de Hart, así como la evolución que ha tenido la teoría de este célebre autor británico. A lo largo de la exposición resalto algunos aspectos que, pienso, son vulnerables.

Oxford, Oxford University Press. (1961), 1972. Existe versión española de Genaro R. Carrón: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962 (esta versión fue reimpresa en México: *El concepto del derecho*, México, D.F. Editora Nacional, 1978).

Por último, en la tercera parte expongo las conclusiones del trabajo; añadido, después, un apéndice que contiene la bibliografía de la obra de Hart. Finalmente, cito la bibliografía general utilizada en este trabajo.

I

HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART

(Nota Biográfica)

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1994) es un miembro destacado del nuevo movimiento filosófico denominado "Filosofía de Oxford", que llegó a ser el estilo dominante de filosofar en el Reino Unido, en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Hart propició el resurgimiento del interés en la filosofía del derecho en el mundo de habla inglesa. Sus tesis se convirtieron en tema central del debate sobre la naturaleza del derecho y sus conexiones con la moral; tesis que otras teorías incorporan o tratan de refutar.²

Hart nació en 1907 de padres judíos. Estudió en *Cheltenham College* y en *Bradford Grammar School*. Posteriormente, habría de ser recibido en *New College (Oxford University)* donde realizó, con singular brillantez, estudios clásicos, historia antigua y filosofía. Se graduó en *Oxford* en 1929.

Hart presenta los exámenes de la Barra y es recibido en ella en 1932. Durante los siguientes ocho años practica la profesión como *Chancery barrister* en materias complicadas como *trust*, derecho de familia, sucesiones y cuestiones fiscales relacionadas. Su ambición era lograr éxito en el ejercicio profesional y, aunque durante este período fue invitado a

² Vid.: Raz, Joseph. H.L.A. Hart, en H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho. Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Núm. 29, Primer semestre, 1986, pp.17-32

regresar a *New College* como *Tutor* en filosofía, decidió continuar ejerciendo.³

Al estallar la Segunda Guerra Mundial, Hart ingresa al Servicio de Inteligencia Británico. En este oficio aparentemente extraño, Hart trabajó en asociación con otros dos connotados filósofos de la Universidad de Oxford: Gilbert Ryle (1900-1976)⁴ y Stuart Newton Hampshire (1914-).⁵ Este quehacer, paradójicamente, hace que se intensifique el interés de Hart por la filosofía.

Al terminar la guerra, Hart acepta la invitación de *New College* para regresar como *Fellow* y *Tutor* en filosofía. De esta forma, Hart se aleja del ejercicio profesional en favor de un profundo desafío intelectual. Después de dieciséis años de intensa práctica profesional y de su participación en el

³ Vid.: McCormick, Neil, *H.L.A. Hart*. Londres, Edward Arnold, 1981 (*Jurists: Profiles in Legal Theory*, Núm. 1), p. 2; Raz, Joseph, "H.L.A. Hart", cit., trad. de Carlos Verdugo, en Saeila, Agustín (Ed.), *H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho*, Valparaíso, *Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 28, enero-junio 1986, p. 17

⁴ Nació en la ciudad de Brighton, Inglaterra; hizo sus estudios en Oxford, en donde habría de enseñar de 1945 a 1968. Ryle, filósofo analítico, entiende la investigación filosófica como análisis del lenguaje cotidiano, pero renuncia a la ambición ontológica del atomismo lógico de exhibir la estructura lógica de lo real y limita la tarea de la filosofía a disipar la perplejidad filosófica que deriva de la equivocidad de la estructura del lenguaje. La función de la filosofía, sin embargo, no es para Ryle una función negativa. El análisis lingüístico sirve para establecer, mediante el estudio lógico de los enunciados en los cuales algunos conceptos aparecen, una suerte de «cartografía lógica» de tales conceptos. Así, es posible definir el ámbito lógico, dentro del cual un concepto es legítimamente aplicable. Muchas son la aportaciones de Ryle al tratamiento de los dilemas filosóficos. El profesor Ryle fue director de la célebre revista *Mind* a la cual le imprimió su prestigio. Gilbert Ryle muere en Whitby, Inglaterra, en 1976. (Vatimo, Gianni (Ed.), *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, Milán, 1985, p. 814).

⁵ Nació en Lincolnshire, Inglaterra. Es uno de los exponentes de la filosofía analítica contemporánea y, más precisamente de la que se suele indicar como escuela de Oxford-Cambridge. Sin embargo, Hampshire tomó una mayor distancia del tipo de investigación descriptiva practicada por el análisis del lenguaje común y, conjuntamente con Peter Strawson (1919-), sin duda el máximo representante de la escuela analítica, ha sostenido la necesidad de recuperar un tipo de filosofía sistemática para individuar las nociones estructurales que subyacen, necesariamente, a todo tipo de discurso. (Vatimo, Gianni (Ed.), *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, cit. pp. 387 y 909)

Servicio de Inteligencia. Hart ingresa brillantemente a la vida académica; su experiencia profesional en el manejo de las palabras lo haría incorporarse rápido al renovado interés de sus colegas filósofos, para quienes el estudio de los usos del lenguaje había adquirido una nueva dimensión.⁶

En 1952 fue designado *Professor* de la Cátedra de Filosofía del derecho (*Jurisprudence*) de la Universidad de Oxford, cátedra que había dejado vacante, por retiro, el profesor Arthur Lehman Goodhart (1891-1973). En su lección inaugural *Definition and Theory in Jurisprudence*,⁷ pronunciada el 30 de mayo de 1953, Hart se hace, *ipso facto infamis*, cuando anuncia la necesaria revisión de las viejas controversias sobre la naturaleza de los conceptos jurídicos, bajo la perspectiva de la filosofía contemporánea. Hart sostiene que los juristas, en vez de construir teorías detrás de las definiciones, deberían analizar el uso del lenguaje jurídico en la práctica del derecho. No tardaron en presentarse las reacciones. El profesor Edgar Bodenheimer acusa a Hart de reducir el campo de la filosofía del derecho a la mera repetición del discurso de los abogados y de distraer la atención de los juristas, los cuales deberían realizar investigaciones sociológicas más urgentes.⁸ El nuevo profesor de Oxford, en su réplica a Bodenheimer, observa que lo que los sociólogos pueden hacer es realizar un análisis conceptual más riguroso a sus propios trabajos y subrava que el

⁶ Vid.: McCormick, Neil. *H.L.A. Hart, cit.*, p. 2.

⁷ Oxford, Oxford University Press, (1953), 1975. Reimpreso en Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, (1983) 1995, pp. 21- 48 La reimpresión tiene un breve *Postscript*. Existe versión española de Genaro R. Carro: "Definición y teoría en la ciencia jurídica, en Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 93-133.

⁸ Vid.: "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, p. 1680. Vid.: McCormick, Neil. *H.L.A. Hart, cit.*, p. 3.

punto de partida del estudio del derecho debe ser el cuidadoso examen del lenguaje de los juristas.⁹

Frente al problema de la definición de los conceptos jurídicos, el afamado profesor de Oxford aplica métodos que permiten dilucidarlos haciendo explícito su uso dentro de la práctica forense cotidiana.

Las lecciones de Hart fueron ávidamente seguidas, pero, como señala el profesor Neil MacCormick, los resultados de esta forma de trabajar el derecho no alcanzaron un apropiado auditorio sino hasta en 1959, fecha en que Hart publica, conjuntamente con Anthony M. Honoré *Causation in the Law*.¹⁰ Las cuestiones tratadas por Hart y Honoré en ese libro son, sin duda, de enorme importancia en la determinación de la responsabilidad civil o penal. Sin embargo, también guardan profundo interés científico y filosófico; son cuestiones fuertemente arraigadas en los asuntos de la vida cotidiana y se manifiestan persistentemente en el «lenguaje común». En esta obra los autores muestran con claridad el método para esclarecer términos jurídicos tomados del discurso de jueces y abogados. Los conceptos jurídicos se explican mediante el uso de definiciones contextuales. *Causation in the Law*, apunta el profesor MacCormick, constituye una brillante y detallada explicación de los usos jurídicos de los conceptos y de cómo ocurren en el discurso ordinario. Este libro, ciertamente, consolida la postura de la

⁹ Vid.: "Analytical Jurisprudence in the Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, 1957, p. 353. Vid.: MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 3.

¹⁰ Oxford, Oxford University Press, (1959), 1985. Este libro había sido precedido por diferentes artículos con el mismo título aparecidos en distintos números de *Law Quarterly Review* (Vol. 72, 1956, pp. 58, 260 y 398. (Vid.: MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 3, n.2).

analytical jurisprudence y la inmuniza de cualquier plausible ataque de trivialidad.¹¹

Poco después, en 1961, Hart publica su obra fundamental: *The Concept of Law*.¹² En esta obra Hart ofrece un análisis de los conceptos de derecho y de orden jurídico, explicando la forma en que las reglas de conducta son usadas como patrones sociales; algunas veces combinadas en un todo sistemático y complejo dentro de los cuales los conceptos jurídicos cobran sentido. Quien emite enunciados normativos parece expresar su apoyo y reconocimiento a cierto estándar como guía de conducta. Hart analiza cómo interactúan las normas y cómo es que éstas forman sistemas dentro de los cuales adquieren sentido los enunciados normativos.

The Concept of Law, dice Neil MacCormick, puede considerarse, conjuntamente con los eruditos y agudos trabajos de Hans Kelsen (1881-1973), como una de las grandes obras de la filosofía del derecho del siglo veinte. Este libro de Hart -sigue diciendo el profesor MacCormick- es de tal manufactura que, aun sus más fuertes críticos, reconocen que constituye una obra maestra.¹³ Sobre este particular cabe señalar que *The Concept of Law*, al igual que las obras del célebre jurista austriaco, es epistemológicamente apropiado para explicar cualquier derecho positivo por ajeno que sea de la tradición jurídica a la que pertenece su autor. No

¹¹ Vid.: MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 2

¹² *Op. cit.*

¹³ Vid.: MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 3

obstante lo anterior, la impronta analítica y la tradición indican que *The Concept of Law* es un trabajo de un jurista inglés.¹⁴

Los trabajos de Hart recogen de manera perceptible las *unwritten traditions* de la profesión jurídica inglesa. De ahí, el deslinde: existen cuestiones que caen dentro del ámbito del derecho y otras que constituyen, simplemente, problemas de filosofía política o moral. En Hart, ciertamente, no aparecen los densos desarrollos sobre cuestiones permeacas de consideraciones políticas que, normalmente, preludian las grandes construcciones de los juristas e, incluso, de algunos filósofos del derecho. Hart se mantiene como un jurista positivista que encuentra *the province of law*, básicamente, en la actividad de los tribunales.

Muchos fueron los debates que originó la obra de Hart y el deslinde de su concepto de derecho.¹⁵ Así Kar-Ludwig Kunz refiriéndose a la teoría jurídica analítica, pero, en particular, a la obra de Hart, la acusa de ser una «teoría del derecho sin derecho»,¹⁶ en la medida que, desde su punto de vista, "una parte del derecho" no es tomada en cuenta por Hart.

El deslinde particularmente polémico fue la separación entre el derecho y la moral, tesis que sostiene Hart desde su celebre artículo "Positivism and the Separation of Law and Morals".¹⁷ Este deslinde dió

¹⁴ Vid.: McCormick, Neil. *H.L.A. Hart*, cit., p. 3.

¹⁵ Vid.: McCormick, Neil. *H.L.A. Hart*, cit., p. 4.

¹⁶ Cf.: *The Analytische Rechtslehre: Eine Rechtslehre ohne Recht*, Berlin, 1977. Vid.: McCormick, Neil. *H.L.A. Hart*, cit., p. 5.

inicio a una famosa polémica entre el jurista estadounidense Lon L. Fuller (1902-1978)¹⁸ y Hebert Hart originada, precisamente, por la tesis de la separación entre derecho y moral, sostenida por el profesor de Oxford. El profesor Fuller, atacando la carencia de argumentos morales en la caracterización del derecho, critica el positivismo analítico de Hart.¹⁹ Las posiciones, como observa Niel MacCormick, eran inconmensurables.²⁰ Las tesis de este debate las habrían de desarrollar, ambos protagonistas, en sus respectivos libros.²¹

Como quiera que se hubieran producido las críticas (muchas originadas en distintas tradiciones jurídicas), es indispensable destacar las contribuciones invaluable de Hart a la filosofía del derecho, particularmente, en la línea de su pensamiento: el análisis de los conceptos jurídicos.

¹⁷ En *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1957-1958, pp. 593-629. (Reimpresa en Feinberg, J. y Gross, H. (Eds.), *Law in Philosophical Perspective*, MacCisner & Raz Cal., Dickenson Publisher, 1977, pp. 46-65 y en Dworkin, Ronald M. (Ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, (1977) 1979, pp. 17-37. Existe versión española de Genaro R. Carro en Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Ceballos, 1962, pp. 1-64.

¹⁸ Lon L. Fuller fue profesor de *Jurisprudence* de la escuela de derecho de Harvard. Su libro más celebre es *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969, 1964). En este libro el profesor Fuller distingue entre la moralidad de la obligación y la moralidad de la aspiración. Señala que ambas influyen en el esquema y operación de las instituciones sociales: la primera de ellas al establecer las pre-condiciones necesarias de cualquier propósito social; la segunda, al sugerir la dirección de dicho propósito.

¹⁹ Vid.: "Positivism and Fidelity to Law.- A Reply to Professor Hart", en *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1957-1958, pp. 630.

²⁰ Vid.: MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart*, cit., p. 5.

²¹ La tesis de Hart quedó completamente desarrollada en el capítulo IX: *Laws and Morals*, de su libro *The Concept of Law* (2da. ed.), la postura del profesor Fuller queda asentada en su libro *The Morality of Law*, (New Haven, Conn., 2a. ed. 1964).

Es muy importante resaltar que si bien separación entre derecho y moral es clara y precisa Hart no se mantuvo sólo de un lado. Aparte de sus valiosas contribuciones a la teoría jurídica analítica, Hart realizó brillantes trabajos sobre filosofía política y filosofía moral que se convirtieron en temas de debate en todos los foros universitarios. Hart ha caracterizado estos trabajos, como trabajos de "moral crítica" (*critical morality*), tendientes a exponer principios para el uso correcto y apropiado del derecho en la sociedades civilizadas. En este campo Hart no abandonó su atención al derecho penal, como se muestra en sus trabajos *Law, Liberty and Morality*, *The Morality of Criminal Law y Punishment and Responsibility*.²²

En 1968 Hart deja la cátedra de *Jurisprudence* de Oxford. Durante los siguientes cuatro años fue *Senior Research Fellow* en *University College*. De 1972, hasta su retiro, en 1978, fue *Principal* de *Brasenose College*, en Oxford.

Además de escribir y enseñar, Hart participa en la formidable tarea de recuperar y editar las obras de Jeremy Bentham (1748-1832), contribuyendo en la edición de varios volúmenes conteniendo la obra de este autor. También se desempeñó como miembro de la *Monopolies Commission* (Reino Unido) y presidió una investigación, en la Universidad de Oxford, en torno a las relaciones entre nuevos y antiguos miembros de la universidad, inmediatamente después del inicio de los problemas

22 Hart, H.L.A. *The Morality of the Criminal Law*, Magnes Press, Hebrew University, Jerusalem; Oxford University Press, London, 1965.

---, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968.

estudiantiles de los años 60. Desde su jubilación se dedicó a escribir e investigar.²³ Hart fue elegido miembro de la Academia Británica en 1962 y ha recibido numerosos grados académicos honorarios, Hart recibió el Doctorado *Honoris Causa* de nuestra Universidad en 1979.

II

ANTECEDENTES:

A. THOMAS HOBBS (1588-1679)

El profesor Juan Ramón de Páramo²⁴ dice que existen suficientes argumentos para poder sostener la tesis de que el positivismo jurídico inglés tiene su punto de partida en la obra de tres grandes genios: Thomas Hobbes (1588-1679), Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859). No obstante que cada uno plantea un mundo de cuestiones diferentes, en los tres se puede observar una constante temática, la que pertenece, aunque con varios matices y someténdola a una enérgica revisión crítica, el profesor Hart.

Thomas Hobbes,²⁵ sin duda, uno de los filósofos políticos más impresionantes que ha existido, constituye el antecedente obligado de todo empirismo científico. Su influencia en Inglaterra ha sido decisiva. Aunque Thomas Hobbes no fue jurista de profesión, dejó una amplia literatura jurídica. Thomas Hobbes viajó intensamente y conoció a muchos de los

²⁴ Vid.: de Páramo Arguñales, Juan Ramón. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Prólogo de Gregorio Peces Barba. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 105. (El Derecho y la Justicia, Núm. 3)

²⁵ Nace en Malmesbury en 1588. Se gradúa en artes en Oxford en 1608. Inmediatamente después es nombrado preceptor de la familia Cavendish. Su formación recibe una importante influencia cartesiana recogida en el ambiente cultural de los Cavendish y en ocasión de largos viajes a Francia e Italia. En 1628 aparece su primera obra: la traducción del griego de *La guerra del Peloponeso* de Tucídides (segunda mitad del s. v. a. C.) el genial historiador ateniense. Hacia 1640 escribe sus *Elementa*. Ver título completo que circuló como manuscrito inédito y siendo el primer esbozo de un proyecto mayor: sus *Elementa philosophiæ*, dividido en tres partes: *De corpore* (1655), *De homine* (1658) y *De cive* (1642). Thomas Hobbes parte en exilio a París a consecuencia de la Revolución Inglesa. Hobbes no era ciertamente partidario de los Estuardos, pero era partidario de la soberanía absoluta. De ahí, su retorno a Inglaterra en la época de Oliverio Cromwell (1599-1658). (Vid.: Vattimo, Gian (Ed.), *Enciclopedia Garzanti di filosofia*. Milán, 1985.

grandes pensadores de la época. Por un tiempo, fue muy cercano de Francis Bacon(1530-1596)²⁶ y sus ideas en materia de derecho fueron probablemente inspiradas por Bacon y Jean Bodin (1530-1596).²⁷ En todo caso, Hobbes se vió siempre interesado en el derecho y su impronta en este dominio ha sido decisiva para la ciencia jurídica inglesa.

Hobbes escribió sobre teoría política partiendo del problema real y esencial de su tiempo: el problema de la unidad del Estado. De acuerdo con Norberto Bobbio, el pensamiento político de todos los tiempos está dominado por dos grandes antítesis: opresión-libertad y anarquía-unidad. El pensamiento político de Hobbes pertenece a la segunda antítesis. El ideal que Hobbes defiende no es el de la libertad contra la opresión, sino el de la unidad contra la anarquía. Hobbes, continua diciendo Bobbio, está obsesionado por la idea de la disolución de la autoridad. El mal al que más

²⁶ Recibido en la Barra en 1582 y miembro del Parlamento en 1584, llegó a ser *Solicitor General* en 1607, *Attorney General* en 1613, *Lord Keeper* en 1617 y *Lord Chancellor* en 1618. Fue consejero del rey Jacobo I y famosa fue su disputa con Sir Edward Coke (1552-1634) sobre el *Common Law*. Fue un escritor prolífico en varias materias. Sus trabajos jurídicos fueron publicados bajo el título de *Elements of the Common Lawes of England*, en 1630, y *Readings on the Statute of Uses*, en 1642. Francis Bacon muere en 1626. [Vid.: Walker, David, M. *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 106].

²⁷ Célebre jurista y filósofo francés. Nació en Angers en 1530. Sus primeros estudios los realizó en la casa de los Carmelitas en Angers (1545-1548 aprox.) Después de tres años fue enviado a la casa de la orden Carmelita a París. En 1551 Jean Bodin fue dispensado de su votos y fue a la Universidad de Toulouse a estudiar derecho. Ahí vivió como estudiante y maestro hasta 1561, fecha en que regresó a París como *avocat au roi*. En 1567 entró al servicio de Enrique III y de su hermano Francisco, duque de Alençon, convirtiéndose en uno de los exponentes más representativos del partido de *les politiques*, cuyo objetivo consistía en restaurar la autoridad de la monarquía. Su obra: *Les six livres de la république*, publicada en 1576, constituye el esfuerzo más impresionante para darle al Estado renacentista un fundamento jurídico. Su *princeps legibus solutus* lo hicieron el principal teórico del absolutismo y de la soberanía del Estado. En 1583 Jean Bodin se retiró a Loaz, Aisne, como *procurateur*, ahí permaneció hasta su muerte en 1596. [Vid.: Goetz, Philo W. (Ed.) *The New Encyclopaedia Britannica*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc. 1989, *Micropea*, Vol. 2, p. 316].

Como no es la opresión que deriva del exceso del poder, sino la inseguridad, que, por el contrario, deriva del defecto del poder.²⁸

La guerra civil es un tema recurrente en los escritos de Hobbes. En la obra de Hobbes las referencias a la guerra civil como el peor de todos los males son frecuentes. Así, en el *Leviatán* menciona que "puede percibirse cuál será el género de vida cuando no exista un poder común que temer, pues el régimen de vida de los hombres que antes vivían bajo un gobierno pacífico, suele degenerar en una guerra civil".²⁹

Bobbio señala que a Hobbes le impulsa a filosofar la turbación que en él suscita el peligro de la disolución del Estado, porque está convencido de que la mayor causa de los males ha de buscarse en la cabeza de los hombres, en las falsas opiniones que éstos tienen sobre lo que es justo e injusto, sobre los derechos y sobre los deberes de los soberanos y de los súbditos respectivamente.³⁰

Hobbes señala que la causa principal de los males que afligen a la sociedad es de naturaleza filosófica; su remedio, a su vez, debe ofrecerlo la filosofía. Para Hobbes el problema de la filosofía está estrechamente vinculado al problema del método. Hobbes, después de haber estado en contacto con prominentes científicos durante sus viajes por el continente,

28 Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992 (la primera edición en italiano es de 1989), pp.36-37 (traducción de Manuel Escrivá de Romani)

29 Hobbes, Thomas. *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, 1940, p. 104

30 Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, cit., p.38

llega a la conclusión de que las únicas ciencias que habían progresado hasta el punto de transformar radicalmente la concepción del universo eran aquellas que habían aplicado el procedimiento rigurosamente demostrativo de la geometría.

Como ya se mencionó, para Hobbes causa mayor de perturbación de la paz social era la disparidad de opiniones, la cual derivaba del hecho de que los filósofos morales no hubieran intentado nunca, por ignorancia o por interés, hacer de la ciencia política una ciencia rigurosa. En la geometría y en las demás ciencias demostrativas, en cambio, no había lugar para disputas ociosas acerca de lo verdadero y lo falso.³¹

Según Hobbes, una de las causas del atraso de las ciencias sociales era que sus verdades podían obstaculizar la ambición y los intereses de los hombres. En este sentido menciona en el *Leviatán* que

“...si hubiera sido una cosa contraria al derecho de dominio de alguien, o al interés de los hombres que tienen este dominio, principio según el cual los tres ángulos de un triángulo equivalen a dos ángulos de un cuadrado, esta doctrina hubiera sido, si no disputada, por lo menos suprimida, quemándose todos los libros de Geometría, en cuanto ellos hubiera sido posible al interesado”.³²

Bobbio señala que una de las características del pensamiento renacentista, de la que está profundamente impregnada la filosofía de Bacon,

31 Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, cit., p.39

32 Hobbes, Thomas. *Leviatán*, cit., p. 84

es la transformación de la relación entre naturaleza y arte con respecto a la concepción de los antiguos, quienes concebían al arte como imitación de la naturaleza. Después de este vuelco en el pensamiento, la naturaleza es concebida como una gran máquina. Penetrar el secreto de la naturaleza quiere decir llegar a comprender las leyes que regulan su mecanismo. Pero una vez descubierto el secreto, el hombre es capaz no ya sólo de imitar la naturaleza, sino también de recrearla, de perfeccionarla, construyendo otras máquinas. Una de estas máquinas producidas por el hombre para suplir las deficiencias de la naturaleza, para sustituir con un producto del ingenio humano, con un *artificium*, el producto defectuosos de la naturaleza es, para Hobbes, el Estado.

La idea del Estado, la *societas civilis*, como algo construido por el hombre, un artefacto, y que se contrapone al estado de naturaleza, constituye la base de la teoría política de Hobbes.³³

Para Hobbes, el estado de naturaleza es un estado no-político en el que viven los hombres. Sus principales características son las siguientes:

1. La igualdad de hecho en la que se encuentran los hombres. Los hombres, en tanto iguales, son capaces de procurarse, unos a otros, el máximo mal, la muerte.
2. La escasez de bienes. Debido a ella puede ocurrir que más de un hombre desee poseer la misma cosa.

33 Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, cit., p.42-43

3. El *ius in omnia*. Es decir, el derecho que tiene todo hombre en el estado de naturaleza de adueñarse de todo lo que cae en su poder.

Estas tres condiciones objetivas en las que se encuentra el hombre en el estado de naturaleza generan un estado de competencia despiadada que amenaza, continuamente, con convertirse en una lucha violenta.

Asimismo, la situación se agrava por el hecho de que los hombres están dominados por pasiones que los predisponen más para la insociabilidad que para la sociabilidad. Hobbes hace hincapié en la vanagloria, como pasión generadora de disputas, debido a que la considera como la manifestación más visible del deseo de poder. Según Hobbes, lo que impulsa al hombre contra el hombre es el deseo insaciable de poder. En este sentido, Hobbes dice lo siguiente:

"De este modo señalo, en primer lugar, como inclinación general de la humanidad entera, un perpetuo e incesante afán de poder, que cesa solamente con la muerte".³⁴

En summa, el hombre en el estado de naturaleza vive en una situación aterradora. Bobbio, refiriéndose a este punto, menciona que el deseo de poder en una situación en la que todos son iguales en su capacidad de causarse daño, en que los bienes son insuficientes para satisfacer las necesidades de cada hombre y en que cualquiera tiene derecho sobre todas

34 Hobbes, Thomas. *Leviatán*, cit., p. 79

las cosas es un estado permanente de guerra. El estado de naturaleza hobbesiano es, continua diciendo Bobbio, el estado de guerra de todos contra todos.³⁵

Para poder salir del estado de naturaleza, el hombre requiere hacer uso de la razón. ya que, para Hobbes, el hombre es, no menos, un ser de razón que de pasión. Sin embargo, la razón a que se refiere Hobbes no tiene nada que ver con la facultad de conocer la esencia de las cosas, no tiene, como con el iusnaturalismo clásico, un sentido ontológico. La *recta ratio* de Hobbes se refiere a la facultad de razonar, entendiendo el razonamiento como un cálculo por el cual el hombre es capaz de descubrir cuáles son los medios más adecuados para alcanzar los fines deseados. De esta forma, el hombre actúa no sólo obedeciendo a sus pasiones, sino persiguiendo sus propios intereses.

La *recta ratio* le sugiere al hombre, en forma de "leyes naturales", una serie de reglas que tienen por objeto hacer posible una coexistencia pacífica; y todas ellas están subordinadas a una regla "fundamental" que prescribe al hombre buscar la paz. La regla fundamental y todas las demás reglas que derivan de ella están orientadas hacia el fin primario de conservar la vida.

Para Hobbes las leyes naturales son reglas de prudencia y no imperativos categóricos; por tanto, los hombres estarán dispuestos a respetarlas sólo si, haciéndolo, tienen la certeza de alcanzar el fin deseado. Ahora bien, debido a que, en la mayoría de casos, el fin previsto por la regla

35 Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, cit., p.45

no se alcanza si la regla no es respetada por todos o, al menos, por la mayoría de los miembros de un grupo, el hombre, afirma Hobbes, no tendrá interés en respetar las reglas si no está seguro de que los demás también la respetarán. Sin embargo, en el estado de naturaleza uno no puede estar seguro de esto. Bobbio comenta que el estado de naturaleza hobbesiano es aquel en el que las leyes naturales existen, es decir, son válidas, pero no son eficaces.

En el estado de naturaleza dicha condición de eficacia de las leyes naturales no se da por una razón fundamental: si alguien viola una de estas leyes, no existe nadie con la fuerza suficiente como para obligarlo a respetarla. Así, el único camino para hacer eficaces la leyes naturales es la institución de un poder tan irresistible que convierta en desventajosa cualquier acción contraria. Para Hobbes, este poder irresistible es el Estado. Por tanto, la condición preliminar para conseguir la paz es el acuerdo de todos para salir del estado de naturaleza e instituir el Estado de forma tal que cada uno pueda seguir los dictámenes de la razón con la seguridad de que también los demás lo harán.³⁶

En vista de que la causa principal de la inseguridad del estado de naturaleza es la ausencia de un poder común, el objetivo primordial del acuerdo fundador del Estado es el de constituir un poder común. Para constituir un poder común es necesario que todos acuerden atribuir a una sola persona todos sus bienes, es decir, el *ius in omnia*, y a renunciar al propio poder y transferirlo a dicha persona que, de ahí en adelante, tendrá

³⁶ Bobbio, Norberto. *Thomas Hobbes*, cit., p.49-50

tanto poder como sea necesario para poder resistirse contra cualquiera que trate de violar el acuerdo. Hobbes formula este pacto de la siguiente manera:

"[...] autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de nombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera."³⁷

De acuerdo con Hobbes, por medio del "pacto unión" se da el paso del estado de naturaleza al Estado civil.

Por virtud del pacto unión los hombres confieren al soberano todos los poderes necesarios para hacer coactivas las leyes naturales, convirtiéndolas en leyes civiles. Por ello para Hobbes "la ley de naturaleza y la ley civil se contienen una a otra y son de igual extensión".³⁸ El soberano, al hacer coactivas las leyes naturales, no sólo establece el conjunto de leyes naturales que constituyen las leyes civiles, es decir, el orden jurídico estatal, sino también, establece su contenido.

Sin embargo, una vez constituido el Estado, no existen otras leyes naturales aparte de aquellas que el soberano ha considerado tales y a las que ha transformado a su arbitrio en leyes civiles. El súbdito, por tanto, tiene en todo momento el deber de obedecer todo aquello que manda el soberano, con excepción de las órdenes que pongan en peligro su vida, que

³⁷ Hobbes, Thomas. *Leviatán*, cit., p. 141

³⁸ Hobbes, Thomas. *Leviatán*, cit., p. 119

Hobbes considera el *primum bonum*. El único límite al poder del soberano es no contravenir el motivo que originó el pacto: el mantenimiento de la paz y de la seguridad de los hombres.

En consecuencia, a partir de la constitución del Estado no existe para los súbditos otro criterio de lo justo y lo injusto que las leyes civiles. Para Hobbes, una vez constituido el Estado, el único intérprete de las leyes naturales es el soberano.

Aunque, en gran medida, la teoría jurídica de Hobbes se desprende de sus trabajos sobre filosofía política, Hobbes escribió, también, trabajos estrictamente jurídicos, como su célebre trabajo, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. En este trabajo, Hobbes proporciona una definición de norma jurídica:

“... una norma jurídica [ley] es el mandato de él [del Rey] o de aquellos que tienen el poder soberano, dirigido a sus súbditos, públicamente promulgado, determinando lo que aquellos pueden hacer o deben abstenerse de hacer.”³⁹

De la definición citada podemos apreciar que en la concepción que tiene Hobbes del derecho destaca el aspecto formalista. En ella, el filósofo inglés no hace referencia alguna al contenido o a los fines del derecho. Únicamente se basa en la autoridad que produce las normas y las dirige a sus súbditos.

39

Hobbes, Thomas. *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, The University of Chicago Press, 1971 (edición original 1681), p. 71

Asimismo, la concepción de Hobbes de la justicia es formal: los actos justos son aquellos conformes con la ley; los injustos son los que no se ajustan a ella. El soberano determina lo justo y lo injusto al mandar o prohibir determinada conducta a sus súbditos. En este sentido señala Hobbes que "...la definición de injusticia no es otra que el no cumplimiento del pacto y todo aquello que no es injusto es justo".⁴⁰

Por tanto, siguiendo a Hobbes, no podemos hablar de actos justos o injustos en el estado de naturaleza, ya que en el estado de naturaleza no existen leyes. El nacimiento del Estado coincide con el del derecho. En relación con esto, Hobbes dice que "... las leyes naturales... no son propiamente leyes en el estado de naturaleza... sino cualidades que disponen a los hombres a la paz y la obediencia. Sólo cuando se establece una república son efectivamente leyes, no antes; pues entonces son los mandatos de la república y, por tanto, leyes civiles también. Pues es el poder soberano quien obliga a los hombres a obedecerlas".⁴¹

Para el profesor de Páramo, Hobbes separa el criterio de identificación formal del derecho del criterio de valoración crítica de la producción normativa. Por medio del criterio de soberanía, Hobbes explica el concepto de validez de las normas jurídicas. La valoración que una persona puede hacer acerca de determinada norma jurídica, comenta de Páramo, no tiene nada que ver con su validez: esta obedece a un criterio puramente formal.⁴²

⁴⁰ *Id.*: Hobbes, Thomas, *Leviatán*, M. Oakeshott, Oxford, 1951. En español ver la edición de C. Moya y A. Escobar, Ed. Nacional, Madrid, 1979, p. 240

⁴¹ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, *op. cit.*, p. 349

⁴² *Id.*: de Páramo, H.L.A. Hart y la Técnica Analítica del Derecho, *ob.cit.*, p. 114

Hobbes, al igual que el resto de los exponentes del positivismo jurídico inglés, entiende el derecho como un conjunto de normas que pueden imponerse, inclusive, con el uso de la fuerza. Lo que hace obligatoria a una norma, diría Hobbes, es el poder de imponer su cumplimiento; y quien tiene el poder es el soberano político.

Hobbes distingue dos partes en la norma jurídica:

Por consiguiente, la ley es inútil si no contiene dos partes: una que prohíba que se infliera injurias y otra que castigue a los que las infieren. La primera, llamada distributiva, es prohibitiva y se dirige a todos; la segunda, llamada vindicativa o penal, es imperativa y se dirige sólo a los magistrados públicos.⁴³

Hobbes considera a la legislación como fuente preeminente del derecho. Señala que el legislador en todas las repúblicas es sólo el soberano; sea un hombre, como en la monarquía, o una asamblea de hombres, como en la democracia o aristocracia.⁴⁴ Hobbes concibe el derecho como un conjunto de mandatos emitidos por el soberano y dirigido a sus súbditos:

Las leyes civiles no son sino los mandatos de quien en el Estado está revestido de la potestad soberana con respecto a las acciones futuras de los ciudadanos.⁴⁵

⁴³ Vid.: Hobbes, Thomas. *Del Ciudadano*, op. cit., p. 222

⁴⁴ Vid. Hobbes, Thomas. *Leviatán*, op. cit., Cap. XXVI, p. 348

⁴⁵ Vid. Hobbes, Thomas *Del Ciudadano*, op. cit., p. 130

Esta tesis que, posteriormente, sería retomada por Jeremy Bentham y John Austin, constituye el punto central de la doctrina del positivismo jurídico inglés. La crítica que el profesor Hart hace de este tema²⁶ es uno de los temas medulares de su revisión del positivismo jurídico inglés.

II

ANTECEDENTES:

B. JEREMY BENTHAM (1748-1832)⁴⁷

Jeremy Bentham es, sin duda, uno de los más preclaros representantes del positivismo jurídico, pudiendo ser considerado, de acuerdo con el profesor Hart, como su fundador. La obra de Bentham es muy basta. Entre ella se

47

Jeremy Bentham, filósofo, economista y teórico del derecho, nació en Londres en 1748. Fue un hombre de impresionante precocidad. Comenzó sus estudios en *Westminster School*, donde aprendió latín y griego. A los doce años ingresó al *Queens College* de Oxford; se graduó en 1763. Ese mismo año ingresó a *Lincoln's Inn*, uno de los celebres *Inns of Courts* y fue recibido, como estudiante, en el *King's Bench* señala el profesor Rolando Tamayo que este es un antiguo tribunal inglés que tuvo su origen en un Cuerpo de *Justices* -justicias o jueces del rey- que se reunían en el *King's Hall* y conocían de casos que afectaban al rey o que involucraban a personas que tenían el privilegio de ser juzgadas solo por el rey.

En Oxford asistió a las *lectures* de Sir William Blackstone (1723-1780), el más prestigiado profesor de derecho de su tiempo. Bentham, impaciente por la retórica de Blackstone y por las falacias iusnaturalistas que permeaban su trabajo y la de otros juristas del siglo XVIII, publica en 1776: *A Fragment on Government*. En este libro Bentham ataca las tesis prevalecientes, tanto en jurisprudencia como en teoría política, en particular, las expuestas por Blackstone.

Durante sus días en Oxford, Bentham descubrió el *Treatise of Human Nature* (publicado en 1739-1740) de David Hume (1711-1779). Grandemente influenciado por este trabajo, Bentham desarrolló la filosofía que habría de exponer toda su vida: el principio de la *utilidad* (entendida como la más grande felicidad para el mayor número de individuos) es el criterio y la medida de toda virtud.

Comenta el profesor Tamayo que Bentham, por mucho tiempo, habría de trabajar en su gran proyecto: aplicar el principio de *utilidad* a todos los problemas sociales y políticos. En 1789 imprimió la primera parte de este ambicioso trabajo: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*; sin embargo, dicho trabajo apareció publicado hasta 1799. ("La teoría del derecho de Jeremy Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año XVI, Núm. 53, mayo-julio 1964, pp. 553-570).

Los trabajos de Jeremy Bentham tuvieron enorme influencia en la legislación no solo de Inglaterra, sino en otros lugares del mundo; Bentham intervino en la redacción de textos constitucionales de los Estados de Nueva York, Carolina del Sur y Luisiana. En Inglaterra, sus ideas impulsaron proyectos de codificación *constitucional legislativa*, así como la abolición de disposiciones jurídicas obsoletas.

El profesor Tamayo dice que, en mucho, Jeremy Bentham es el fundador de la *Analytical Jurisprudence*, y, si no se otorgó a Bentham tal crédito es, muy probablemente, porque su más importante manuscrito sobre jurisprudencia, conocido como *Of Laws in General* (editado por Hart: *Collected Works Jeremy Bentham*, Londres: The Athlone Press, University of London, 1970) permaneció desconocido del público hasta el siglo.

encuentra un gran número de escritos jurídicos, morales, así como ensayos críticos sobre instituciones sociales.

La mayoría de sus trabajos consisten en la aplicación minuciosa de principios utilitaristas al derecho y a las instituciones sociales. Bentham realiza en sus trabajos minuciosos análisis y críticas devastadoras de diversas instituciones sociales. En ellos, señala Hart,⁴⁸ desempeña el doble papel de lo que Bentham llama el "expositor" y el "censor".

Menciona Hart que para Bentham el derecho (un cierto derecho positivo) y las instituciones sociales, en general, son protegidas. Las vidas de estas instituciones han sido prolongadas injustificadamente, con graves consecuencias para la humanidad. Han sido prolongados por medio de mitos, malentendidos y ficciones. Por ello, -dice Bentham- es necesario que el expositor los identifique y esclarezca para que el censor pueda trabajar.⁴⁹

Esta agudizada preocupación por el lenguaje y su capacidad mistificadora, así como la necesidad de utilizar un lenguaje preciso y desprovisto de carga emotiva es una de las principales características que distinguen a Bentham de los pensadores de la *Ilustración* de Europa continental. Asimismo, es una razón por la que Hart piensa que Bentham es el fundador del positivismo jurídico.

⁴⁸ Vid. Hart, H. L. A. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 1

⁴⁹ Vid. Hart, H. L. A. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, cit., p. 2

Según Hart la idea central que se encuentra detrás de las palabras "mistificación" y "desmistificación" es señalar que ciertas instituciones sociales anacrónicas, injustas o ineficientes, son protegidas de la crítica por medio de una envoltura de misterio que se hace alrededor de ellas, encubriendo su verdadera naturaleza y prolongando la vida de una mala institución social.⁵⁰

La forma de mistificar instituciones sociales son varias: por medio de elogios, con pompa, describiéndolas con lenguaje poco claro. La larga vida de instituciones sociales deficientes se debe a la creencia de que dichas instituciones son «complejas» y «difíciles» de comprender y que este hecho constituye un obstáculo insuperable de la naturaleza. Por ello, se piensa que instituciones de mucha tradición no podrían cambiarse sin arriesgar un colapso de la sociedad. La reacción ante esta creencia es, comenta Hart, la de una humilde sumisión ante la tradición institucionalista.

Demistificar dentro del discurso político radical, consiste en quitar a las instituciones sociales toda envoltura de misterio y mostrar cómo lo propuesto por dichas instituciones es ilusorio y artificioso. Esta demistificación es, por tanto, un paso necesario para cualquier crítica social y reforma de las instituciones sociales.

De acuerdo con Hart, la idea de demistificar se encuentra presente a lo largo de la obra de Jeremías Bentham, tanto en su obra crítica como en su teoría general del derecho. Bentham señala que en muchas ocasiones el carácter imperativo del derecho es ocurecido debido a que el discurso

50

Vd. Hart, H. L. A. Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory. cit., p. 21-22

jurídico pocas veces es formulado en forma de mandato. De ahí que, pareciera, que podrían existir normas jurídicas que no fueran mandatos. Las normas que confieren facultades no parecen, a primera vista, diría Bentham, mandatos. La manera convencional de formular estas normas oculta su carácter imperativo. Parece que describen estados de cosas, y no que prescriben alguna conducta.

Bentham muestra que las normas jurídicas son, mandatos: artefactos de la voluntad humana. No hay, por tanto, normas jurídicas naturales ("natural laws"). Lo que existe son principios naturales y racionales en los que debe basarse el Legislador y la crítica jurídica, como ej. el principio de la utilidad que nos dice las buenas razones que hay detrás de una norma jurídica. Pero advierte Bentham, las razones que yacen detrás de las normas no son normas jurídicas.⁵¹

Las instituciones jurídicas deficientes deben reformarse siguiendo los principios de utilidad. Para Bentham la tarea del reformador consiste en esclarecer el verdadero carácter de las instituciones sociales deficientes que han sido protegidas de la crítica mediante mitos y artificios que, aunque no todos fueron creados con la intención de beneficiar a clases de individuos, de hecho los benefician.

Estos artificios funcionan debido a que los hombre no se dan cuenta que las normas jurídicas, y en general las instituciones sociales, son simples artefactos creados por el hombre; no necesidades naturales; por tanto,

51

Vid. Hart, H. L. A. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 23-24

ueden ser deshechos y rehechos por el hombre. Bentham muestra así que el derecho es algo que el hombre aporta al mundo, no algo que encuentra en él.⁵²

Además de la mistificación que padece el derecho, Bentham descubrió que en el lenguaje en el que el derecho se describe, se dan expresiones recurrentes que llama "términos impostores". Estos términos son, aparentemente, descriptivos y neutros, sin embargo tienen asociados una carga eulogística. Es necesario, por tanto, erradicar estos "términos impostores" y sustituirlos por términos emotivamente neutros. Asimismo, señala Bentham, no se debe definir los conceptos jurídicos de forma tal que las conclusiones que se prefieren, por razones de tradición o ideológicas, se desprendan necesariamente de aquellos.

Bentham, a lo largo de su obra, insiste en utilizar un vocabulario preciso y moralmente neutro para describir el derecho. Esta insistencia, subraya Hart, constituye el centro del positivismo jurídico, del cual Bentham puede ser considerado como su fundador.

Bentham es el primero en insistir en que la descripción del derecho requiere de un vocabulario preciso y moralmente neutro. Mientras Hobbes describe el mandato del soberano como dirigido hacia aquellos que se encuentran bajo la obligación de obedecerlos, Bentham no hace referencia a una obligación originaria o a algún pacto social de la cual esta se desprenda. Simplemente, define el fenómeno de soberanía en términos de hábitos de

⁵² Vid. Hart, H. L. A. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 28

obediencia. Nada en la definición de Bentham es consecuencia de la moralidad. Así, para Bentham, describir la existencia de una norma jurídica es una cuestión independiente de cualquier razón moral para obedecerla. La validez del derecho es independiente de su aprobación o desaprobación moral.

En *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation*, Bentham menciona, en una nota marginal, que "toda norma es un mandato o la revocación de un mandato". Con mayor precisión en *Of Laws in General* dice:

una norma jurídica (*la law*) puede definirse como un compuesto (*assemblage*) de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano en un Estado, respecto de la conducta que ha de observarse en cierto caso por cierta persona o clase de persona.⁵³

Bentham señala que la norma jurídica tiene una fuente específica. La norma jurídica tiene que provenir de un soberano.⁵⁴ La fuente de una norma jurídica es el soberano. Bentham expresamente señala:

Considerada desde este punto de vista, la voluntad de la cual ella [la norma jurídica] es la expresión, tiene que ser, tal y como indica, la definición, la voluntad del soberano en un Estado.⁵⁵

53 Vid. Tamayo y Salmorán Rolando. *Jeremy Bentham*, en Boletín mexicano de derecho comparado (Instituto de Investigaciones Jurídicas), año .núm. .pp.

54 Cfr., *Of Laws in General*, nota marginal, p. 19.

55 *Of Laws in General*, cit., p. 18.

Para hacer clara la noción de fuente de una norma jurídica (*i.e. source of a law*), Bentham explicita su concepto de soberano:

Por soberano entiendo cualquier persona o grupo de personas, a cuya voluntad una comunidad política en su totalidad se supone que esta (no importa con respecto a que) en disposición de prestar obediencia; y esto con preferencia sobre la voluntad de cualquier otra persona.³⁶

El concepto de soberano de Bentham es dependiente de la noción de Estado o de comunidad política, noción que Bentham explica únicamente en base al hecho social del hábito de obediencia. Esta forma de explicar la soberanía en términos neutrales y descriptivos lo diferencian de la concepción hobbesiana. En efecto, Hobbes, aunque sienta las bases para una concepción jurídico-descriptiva, sigue considerando a los súbditos sujetos a la obligación *moral* de obediencia al soberano.³⁷

En *A Fragment on Government*, Bentham señala que cuando un número de personas, a los que podemos denominar súbditos, se supone que se encuentra en hábito de prestar obediencia a una persona o grupo de personas, de conocida y cierta descripción, a los cuales podemos llamar, gobernante o gobernantes, tales personas en su conjunto (súbditos v gobernantes) se encuentran en estado de comunidad política.³⁸

³⁶ *Of Laws in General*, cit., p. 13.

³⁷ *Id.*: de Páramo, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la Teoría Análisis del Derecho*, cit., p. 137.

³⁸ *A Fragment on Government: An Examination of What is Delivered on the Subject of Government in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries*, Oxford, Blackwell, p. 28.

Comenta el profesor Rolando Tamayo⁵⁹ que Bentham en *Of Laws in General* explica los efectos restrictivos que produce la función legislativa del soberano en la libertad de los individuos. Esta característica del derecho es subrayada por el profesor Hart, característica que servirá a Hart como rasgo definitorio del derecho.⁶⁰ Bentham expresamente dice:

Aún no hay derecho... El legislador aún no ha ocupado su cargo. Por tanto, todos los actos son hasta entonces libres; todas las personas, con respecto al derecho son libres...⁶¹

Este es *el primer día de la creación política*; día en que el Estado, dice Bentham, se encuentra sin forma y vacío. En este primer día de la creación política la restricción jurídica, el constreñimiento jurídico, son ciertamente desconocidos, pero, observa Bentham, la protección jurídica es también desconocida.

Para Bentham, el individuo, en ese momento político no se encuentra realmente en libertad frente a los demás individuos. Un individuo puede ser privado de su libertad, por ejemplo, por otra persona más fuerte. Es aquí, señala Bentham, cuando interviene el Legislador de la única forma en que puede hacerlo:

59 Tamayo, Rolando. "Teoría del derecho de Jermias Bentham", cit., pp. 559-560

60 Vid. Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p. 6

61 *Of Laws in General*, cit., Appendix B, p. 253.

El [el legislador] tiene que ordenar o prohibir; puesto que no hay nada más que pueda hacer; de esta forma cercana, de uno u otro lado, una porción de libertad de los individuos.⁶²

Explica Bentham que la libertad con respecto al derecho y la libertad con respecto a otros (de aquellos que, en consideración al curso de acción que el derecho toma contra ellos, pueden denominarse malhechores) directamente se oponen entre sí y, en virtud de que es en favor de un individuo que el derecho ejerce su autoridad sobre otro, la creación de una es la destrucción de la otra. De la misma manera, y por la misma razón, el incremento de una, produce la disminución de la otra.⁶³ Bentham señala que el resultado de esto es el siguiente:

Para mí y para el resto de la comunidad, restricción; para usted, seguridad personal y protección... y (para introducir la palabra derecho [subjetivo]) le proporciona... cuando es corroborado por el necesario aparato de normas subsidiarias,⁶⁴ un derecho a ser protegido por... sus ministros contra... cualquiera que le infligiera tales daños... En otras palabras (el derecho) prohíbe tales actos... ¿Cuál es ahora el resultado? Para usted, libertad; para mí restricción.⁶⁵

⁶² *Of Laws in General, cit., Appendix B, p. 253.* Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

⁶³ *Of Laws in General, cit., Appendix B, p. 254.*

⁶⁴ *Cfr. infra.*

⁶⁵ *Cfr. Of Laws in General, cit., p. 254.* Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

Según el profesor Rolando Tamayo,⁶⁶ el análisis de las nociones jurídicas es el más importante legado de Bentham a la ciencia jurídica.

En cuanto a la estructura de una norma jurídica: señala que:

Para Bentham existen dos cosas esenciales a toda norma jurídica: un acto, objeto de un deseo o volición de la parte del legislador, y un deseo o volición del cual dicho acto es objeto. Cuando un acto de cualquier tipo es señalado y un aspecto a través del cual la voluntad del legislador dirigida a tal acción, es manifiesta de cualquier forma, entonces una norma jurídica es expresada. Si cualquiera de esos requisitos falta, no puede decirse que exista una norma jurídica. Por tanto, los ingredientes esenciales de una norma jurídica son el acto y el aspecto.⁶⁷

Posteriormente, Bentham analiza en qué reside la fuerza de una norma jurídica, esto es, en qué motivos descansa la norma jurídica para permitirle producir los efectos que se propone. Para Bentham los motivos son las expectativas de pena y placer conectados de manera causal con las acciones, con referencia a las cuales la pena o el placer son considerados motivos.⁶⁸ Bentham expresamente señala:

⁶⁶ Tamayo, Rolando. "Teoría del derecho de Jermias Bentham". cit., pp. 560-561

⁶⁷ *Of Laws in General*, cit., pp. 93 v 94. Lo que se encuentra entre corchetes es nuestro.

⁶⁸ *Cfr. Of Laws in General*, cit., p. 133. Sobre los motivos de la acción, véase: *An Introduction to the Principles to Morals and Legislation*, ed. por Burns. J. H. v Hart. H. L. A., Londres, The Athelone Press, University of London, 1959 (The Collected Works of Jeremy Bentham, editadas por J. H. Burns), caps. VII y X.

Cuando es en la forma de placer que se aplican, pueden ser llamado motivos atractivos (alluring); cuando adoptan la forma de pena: coercitivos. Cuando los motivos de tipo atractivo se consideran conectados con un acto, se dice que una recompensa es ofrecida; cuando son del tipo coercitivo, que un castigo ha sido establecido.⁶⁹

Con respecto a la motivación producida por la representación del castigo, Bentham expresamente señala: "El caso es que, normalmente, el uso del castigo es, sin comparación, el más eficaz".⁷⁰ No parece imposible que todo el asunto del gobierno pueda llevarse a cabo mediante el castigo únicamente. Pero mediante recompensa, dice irónicamente Bentham: "es absolutamente cierto que ninguna parte sustancial de ese asunto podría efectuarse ni siquiera por media hora".⁷¹

Para Bentham la noción de obligación jurídica es fundamental tanto para el entendimiento de la regulación de conducta como para el análisis de otros conceptos utilizados en la descripción y exposición del derecho. El término "obligación" se utiliza tanto en el discurso jurídico como en el discurso moral. Sin embargo, Bentham creó que existe un elemento común que determina su significado, tanto en contextos jurídicos como en los morales, y las diferencias no afectan el significado de "obligación", sino que

⁶⁹ *Of Laws in General, cit.*, p. 133.

⁷⁰ *Of Laws in General, cit.*, pp. 134-135.

⁷¹ *Of Laws in General, cit.*, p. 135. En una nota correspondiente a este texto, Bentham enumera las razones por las cuales el gobierno de una comunidad no puede llevarse a cabo basado únicamente en recompensas.

constituyen, más bien diferentes especies de obligación que reflejan los distintos patrones utilizados para determinar qué actos son obligatorios.⁷²

Para Bentham las obligaciones son "entidades ficticias". Con "entidades ficticias" Bentham se refiere a los términos que no nombran una contraparte fáctica en el mundo, pero que son utilizados para producir enunciados sobre objetos del mundo, los cuales tienen sentido y son, muchas veces, verdaderos.

Según Bentham existen dos ideas centrales detrás del concepto de obligación. Primera, decir que un hombre tiene obligación de comportarse de cierta forma significa que, en caso de que no se comporte de esta manera, el sujeto sufrirá muy posiblemente algún daño; es decir, el daño es un elemento consuetudinario en cualquier tipo de obligación. En segundo lugar, Bentham señala que las obligaciones se distinguen, de acuerdo con la fuente de donde surge el dolor, en: físicas, jurídicas, morales y religiosas.

No es necesario que la persona esté consciente del probable dolor que sufrirá para poder decir que dicha persona está obligada. Sin embargo, si no está consciente de esto, es probable que la obligación no sea efectiva.

Por tanto, la idea central detrás del concepto de obligación es la probabilidad de sufrir en caso de realizar o dejar de realizar un acto específico. Para Bentham lo que diferencia a la obligación jurídica de otras obligaciones es que el daño es aplicado por funcionarios facultados para ello

72 (Vid. Hart, *Legal Duty and Obligation*, pp.127).

por el orden jurídico. Así, decir que una persona tiene una obligación jurídica de realizar cierta conducta equivale a decir que, en caso de que no realice dicha conducta, es muy probable que sufra algún daño de manos de funcionarios facultados para aplicar el derecho. Sin embargo, Bentham señala que no es suficiente que la sanción sea aplicada por funcionarios competentes, se requiere, además, que la sanción esté prevista por el derecho.

Bentham señala que la norma jurídica se constituye de una parte directiva, la cual tiene que ser, por sí misma, una expresión completa de voluntad y una predicción".⁷³ Asimismo, menciona que el único camino que el Legislador puede tomar para hacer efectiva la parte directiva cuando se actualiza la predicción es el siguiente:

No tiene más que uno, ...continuar mandando como lo hizo antes, puesto que tomar la inflicción del castigo en sus propias manos... sería sobrepasar los límites de su función y ejercer un otro tipo de : der.⁷⁴

Así, el Legislador emite una *segunda norma*, que requiere de una persona que haga verdadera la predicción contenida en la primera norma. Con respecto a esto último Bentham, literalmente, señala:

⁷³ *Of Laws in General, cit.*, p. 137.

⁷⁴ *Of Laws in General, cit.*, p. 137.

Esta norma *secundaria* siendo emitida en ayuda de la *primaria* puede, con referencia a ella, ser denominada: la norma *subsidiaria*; con referencia a la cual la norma *primaria* puede, por otro lado, ser llamada: norma *principal*.⁷⁵

En relación con la persona a quién se encuentra dirigida la norma subsidiaria, Bentham dice lo siguiente:

Nunca puede ser a la misma persona a la cual la norma principal se dirige; puesto que un hombre... no se castigará solo. Por tanto, tiene que ser otra persona... comúnmente... es a una clase particular de personas, quienes, ocupando cierta... condición civil insituida para tal proposito, se presume se encuentran... calificados... [y] dispuestos a ejecutar o a hacer que se ejecute cualquier mandato si es emitido por el cuerpo legislativo.⁷⁶

Para Bentham la norma principal y la norma subsidiaria son dos normas distintas y no partes de una misma norma".⁷⁷ No obstante lo anterior, resulta evidente que entre la norma principal y la subsidiaria no puede haber sino una muy estrecha conexión y dependencia: la norma principal contiene una referencia esencial a la subsidiaria. El objeto de la primera es predecir el mismo daño cuya ejecución es objeto de la segunda. Por lo demás, la descripción y alcance de la norma subsidiaria es determinada, en gran medida, por la descripción de la norma principal.⁷⁸

⁷⁵ *Of Laws in General, cit.*, p. 139. Bentham únicamente escribe en cursivas "subsidiaria" y "principal"; las demás cursivas son nuestras.

⁷⁶ *Of Laws in General, cit.*, p. 139.

⁷⁷ *Of Laws in General, cit.*, p. 139. Cfr. An Introduction to the Principles, capítulo XVII, nota final, sec. VI, Hätner, p. 331.

⁷⁸ *Cfr., Of Laws in General, cit.*, p. 142.

Hart observa que para Bentham un entendimiento completo y una descripción completa de una norma jurídica supone el entendimiento y la descripción de todas las condiciones comunes a ella y a otras normas jurídicas y de ahí el entendimiento y descripción del sistema en su totalidad.⁷⁹ Esto es, se necesita el entendimiento del "cuerpo completo del derecho", del *pannomion*.⁸⁰ Sobre este *pannomion* Bentham dice:

Un cuerpo de normas jurídicas es una vasta y complicada pieza de mecanismos del cual ninguna parte puede ser explicada sin el resto.⁸¹

Para explicar el derecho, Bentham elaboró una teoría general del lenguaje sobre entidades ficticias. De acuerdo con el profesor Hart,⁸² la teoría del lenguaje de Bentham contiene los siguientes elementos fundamentales:

(1) Todos los lenguajes contienen, además de los términos que nombran entidades reales del mundo, expresiones gramaticales que, aunque funcionando como los términos anteriores, no nombran entidades reales. Son el nombre de «entidades ficticias».

⁷⁹ Introduction, en *Of Laws in General*, cit., p. XXXV.

⁸⁰ Cit., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII, nota final, sec. XV (Hafner, p. 333).

⁸¹ Cit., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cap. XVII, nota final, sec. XV (Hafner, p. 333).

⁸² *Ibid.* Legal duty and obligation, p.129)

(2) En el caso de las ficciones, se requiere una manera especial de definir. Bentham señala que no se puede definir términos como "obligación", "facultad", etcétera, ya que no existe un género superior definido con claridad al cual estas palabras pertenezcan como especie.

(3) Para este tipo de palabras, Bentham sugiere el siguiente método de análisis:

El primer paso Bentham lo llama "phraseoplerosis" y consiste en encontrar un enunciado en donde la palabra por definir ocurra y pueda ser utilizada para formular un juicio, verdadero o falso, en alguna ocasión específica.

El segundo paso Bentham lo llama "paraphasia" y consiste en encontrar un equivalente de dicho enunciado en donde la palabra por definir no aparezca. Con estos dos pasos, señala el profesor Hart, Bentham sienta las bases del método de análisis conocido como *definition in use*.

El tercer paso, *Archetypation*, consiste en explicitar el simbolismo que yace detrás del uso de tales expresiones.

II.

ANTECEDENTES:

C. JOHN AUSTIN (1790-1859)⁸³

Haré una breve exposición de algunos de los aspectos más importantes de la teoría del derecho de John Austin, la cual se basa fundamentalmente en su obra: *The Province of Jurisprudence Determined*.⁸⁴

83 John Austin nació en 1790, crumogénito de un molinero. Ingresó muy joven al ejército: después de 1806 a 1812 estudio derecho. En 1818 fue recibido en la Barra. Contrajo matrimonio en 1819 con Sarah Taylor. Durante siete años práctico sin mucho éxito la profesión en Lincoln's Inn. En 1825 John Austin deja la abogacía.

En Londres los Austin fueron vecinos de Jeremy Bentham y de John Stuart Mill, personajes muy cercanos a John Austin. En 1826 fue fundada la *University of London* y entre las disciplinas nuevas que habrían de enseñar se encontraba la teoría del derecho (*Jurisprudence*). John Austin fue llamado a ocupar dicha cátedra. Antes de iniciar sus cursos viajó a Alemania; estuvo dos años, en Bonn y en Heidelberg, donde estudió las recientemente descubiertas Instituciones de Gayo, las obras de los grandes romanistas y de los juristas de la escuela histórica, como Friedrich Karl von Savigny (1775-1861).

En 1828 inició sus lecciones; sin embargo, desilusionado, renunció en 1833. Ese mismo año fue designado por el Lord Chancellor miembro de la *Royal Commission on the Criminal Law and Procedure*. En tal papel inició un proyecto de código penal.

John Austin dejó Inglaterra. Después de residir por año y medio en Bolonia, se instaló en Malta, enviado en comisión por el gobierno británico para estudiar posibles reformas legislativas y constitucionales. En 1838 regresó a Inglaterra, donde permaneció hasta 1844. Posteriormente, se trasladó a París y poco tiempo después fue hecho miembro correspondiente del *Institut*. Cuando finalmente se había establecido en París lo sorprendió la Revolución de 1848, cuya evolución había observado con interés. El curso de los acontecimientos en Francia apagó en él la simpatía por los movimientos radicales. Estas opiniones se reflejaron en su ensayo *A Plea for the Constitution*, escrito a mediados de 1857. En 1848 regresó a Inglaterra, vivió retirado en un pequeño *cottage* en Weybridge en Surrey. Ahí habría de vivir doce años, hasta su muerte en 1859.

Sus obras *The Province of Jurisprudence Determined* y *Lectures on Jurisprudence: Or the Philosophy of Positive Law* han ejercido profunda y perdurable influencia sobre la teoría del derecho, particularmente en Inglaterra.

En su introducción a *The Province of Jurisprudence Determined* Hart dice que poco años después de la muerte de Austin su obra había logrado establecer el estudio de la jurisprudencia en Inglaterra. Es claro, también, que la influencia de Austin, continua diciendo Hart, en el desarrollo de la jurisprudencia ha sido mayor que la de cualquier otro autor. (*Ibid.* Tamayo, ...[cual obra] pp. 57-61)

84 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. Burt Franklin, Nueva York, 1970 (reimpresión de la edición postuma: Londres, Cumans, 1861)

En *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin comienza señalando que "[e]l objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo: derecho simple y estrictamente así llamado o derecho establecido por superiores políticos a inferiores políticos".⁸⁵

Asimismo, menciona que para determinar el campo de la jurisprudencia (i.e. de la ciencia del derecho) se debe proceder de la manera siguiente: señalar las características esenciales de una norma o regla jurídica, tomada en el más amplio sentido que pueda, propiamente, dársele a tal término.⁸⁶

Una vez determinada la estrategia a seguir para elucidar el concepto de norma jurídica, John Austin menciona lo siguiente:

Toda norma jurídica es un mandato, o mejor, las normas son, propiamente hablando, especies de mandatos...

Austin explica el concepto de mandato de la siguiente manera:

Si usted expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de hacer algún acto o si me inflige un daño en caso de que no satisfaga su deseo, entonces la expresión o manifestación de su voluntad es un mandato. El mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que ese deseo se manifiesta, sino por el poder y el propósito de la parte que

⁸⁵ Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 1

⁸⁶ Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 4

manda de infringir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea atendido... Un mandato se distingue de otras significaciones de deseo por esta particularidad: que la parte a quien el mandato se encuentra dirigido está expuesta a un mal por parte de la otra, en caso que no se conforme al deseo.⁸⁷

Austin señala que del concepto de mandato se desprende el de obligación: "al estar expuesto a un daño de parte de usted si no me conformo con un deseo que usted expresa, me encuentro vinculado u obligado por su mandato o me encuentro bajo un deber de obedecerlo." El mal que probablemente habrá de aplicarse, en caso que el mandato sea desobedecido, es frecuentemente llamado sanción.⁸⁸

Austin no considera a la recompensa como una sanción. Austin señala que "[h]ablar de mandatos y deberes sancionados... por recompensas o hablar de recompensas que obliguen o constriñan a obedecer es ...alejarse grandemente del significado establecido de los términos."⁸⁹

De lo expuesto anteriormente, se sigue que el término "mandato" comprende las siguientes nociones:

1. El deseo, concebido por un ser racional, de que otro ser racional haga u omita determinada conducta;

87 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 5

88 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 6

89 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 8

2. Un daño aplicado por el primero y sufrido por el último, en caso de que éste no se conforme con el deseo de aquel;

3. La expresión (o insinuación) del deseo mediante palabras o signos.⁹⁰

De lo anterior se infiere que los términos "mandato", "deber", y "sanción" son términos inseparablemente relacionados. Cada uno, afirma Austin, es el nombre de la misma noción.⁹¹

Las normas jurídicas no son todos los mandatos; son una especie de mandatos. Austin, a este respecto señala lo siguiente:

A través de todo mandato la parte a la que le es dirigido se encuentra obligada a hacer o a omitir... Ahora bien, cuando obliga generalmente actos u omisiones de una clase, el mandato es una norma jurídica. Pero cuando obliga a una acción u omisión específica... el mandato es ocasional o particular.⁹²

Las normas jurídicas son mandatos sólo si ordenan clases de actos; en esto se diferencian las normas jurídicas de los mandatos ocasionales o particulares.

90 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 9

91 Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Ed. Themis, 1992, p. 38

92 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 11-19

John Austin entiende por "generalidad" "clases de actos" y es precisamente esta idea de generalidad lo que permite que el mandato establezca una regla.⁹³ Para mostrar su importancia, Austin da el siguiente ejemplo:

Si usted ordena a sus sirviente ir a un cierto mandado o no dejar la casa cierta noche... el mandato es ocasional o particular...

Pero si usted le ordena simplemente levantarse a tal hora, o levantarse siempre a tal hora hasta nuevas órdenes, puede decirse, con propiedad, que usted establece una regla para guiar el comportamiento de su sirviente, puesto que ningún acto específico es señalado por el mandato, sino que el mandato le obliga generalmente actos u omisiones de una determinada clase.⁹⁴

Para Austin una norma jurídica es general no porque se dirija a una clase de personas (e.g. los habitantes del país, los ciudadanos), sino porque ordena una clase de comportamiento. Austin señala que un mandato ocasional (e.g. un luto nacional), aunque pueda ser dirigido a la población en general, difícilmente es una regla en la aceptación usual del término.

En vista de lo anterior, Austin reformula su definición de norma jurídica: "Una norma jurídica es un mandato que obliga a una o a varias personas. Pero, a diferencia o en oposición a los mandatos ocasionales o particulares, una norma jurídica es un mandato que obliga... generalmente actos u omisiones de cierta clase."⁹⁵

93 Tamayo v Salmorán, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*. cit., p. 32

94 Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 11

La única razón que tiene Austin para considerar como normas jurídicas únicamente a los mandatos generales es su conformidad con usos establecidos del lenguaje. En efecto, uno se resiste en llamar normas jurídicas a mandatos particulares; sin embargo, ¿si tales mandatos son similares a los mandatos generales en todos los demás aspectos, no hay razón para no llamarlos normas jurídicas.⁹⁶

Austin no menciona si el deseo, la intención y el poder para ejecutar dicha intención deben existir solamente al momento de emitir el mandato o si deben perdurar mientras el mandato sea válido. Según Joseph Raz, ambas respuestas son inadmisibles. Una ley no pierde su validez sólo porque el legislador haya perdido interés en ella. Tampoco tiene sentido pensar en la existencia de un poder sancionador al momento de emitirse el mandato, sino al momento en que la violación de éste es posible o probable. Para Raz el acto volitivo es condición necesaria del mandato sólo en el momento de su emisión y que la capacidad e intención de infligir un mal, en caso que sea desobedecido el mandato, debe existir durante la validez de la norma jurídica.⁹⁷

⁹⁵ Vid., Tamayo y Salmoran, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*, cit., p. 39

⁹⁶ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, 2ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 11. Existe traducción al español del profesor Rolando Tamayo y Salmoran: *El Concepto de Sistema Jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.

⁹⁷ En este sentido Joseph Raz. Vid., *The Concept of a Legal System*, cit., p. 12

Austin distingue a las normas jurídicas de los mandatos generales. Para ello, Austin analiza la relación de dominio que se encuentra implícita en el mandato.

Para John Austin las normas jurídicas y los mandatos provienen de «superiores» y vinculan u obligan a «inferiores». El término "superioridad" significa, según Austin, "poder": "el poder de afectar a otros con un mal o un daño y de forzarlos, mediante el miedo ante este daño, a conformar su conducta con los deseos de uno".⁹⁸

Quienquiera que pueda obligar a otro a conformarse con su voluntad es, según Austin, "superior" y la parte que se encuentra expuesta al mal inminente es, consecuentemente «inferior».

El derecho, dice Austin, es establecido por superiores políticos a inferiores políticos; es, por tanto, positivo y se diferencia de los demás normas positivas por la fuente de donde emana el mandato.

Para Austin toda norma jurídica es un mandato directo o indirecto de un soberano dirigido a una o varias personas en estado de sujeción con respecto a su autor.⁹⁹ De ahí que, para que un mandato sea una norma jurídica debe ser emitido por el soberano de la comunidad política.

Nota: esto podría ser un subtítulo "soberano" y "sociedad política independiente".

⁹⁸ Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. cit., p. 15

⁹⁹ Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. p. 170

Explica que si un determinado superior, que no se encuentra en hábito de obediencia hacia otro superior, recibe obediencia habitual del grueso de la sociedad, ese superior es soberano en aquella sociedad y la sociedad (incluyendo su superior) es una sociedad política e independiente.¹⁰⁰

Una sociedad es política si sus miembros se encuentran en hábito de obediencia a un superior común; e independiente, si este superior común es soberano (es decir, si no obedece habitualmente a nadie).

Joseph Raz observa que John Austin, introduce dos grandes innovaciones en su concepto de soberanía, tomados del genio de Bentham:

1. La soberanía no se deriva de principios morales, ni se explica con referencia a tales principios. Se basa exclusivamente en el hecho social del hábito de obediencia.

2. El concepto de obediencia habitual hacia una persona o grupo de personas se convierte en el concepto clave de la definición de soberanía.

Aunque el concepto de soberanía de Austin se inspira en el de Bentham, existen diferencias entre ambos. Una de ellas es que el concepto de soberanía de John Austin presupone dos condiciones: una positiva (que el grueso de la población obedezca habitualmente al soberano) y una negativa (que el soberano no obedezca habitualmente a nadie). El concepto

de soberanía de Bentham solamente contiene el primer requerimiento positivo.

Otra diferencia se refiere a los atributos de la soberanía. Para John Austin la soberanía es no-subordinada, ilimitada, única y unida; Bentham no menciona que sea ilimitada o unida.¹⁰¹

Ciertamente, comenta el profesor Raz, para ambos autores la superioridad inherente al mandato no debe equipararse con el poder necesario para constreñir al desobediente a que se comporte como es requerido; ya que esto no siempre es posible. La superioridad necesita sólo ser suficiente para crear alguna probabilidad de que la sanción determinada en la norma jurídica será ejecutada.

En cuanto a la severidad de la sanción, Austin no establece ningún límite mínimo o máximo. En este sentido, señala lo siguiente:

La verdad es que la magnitud del mal eventual y la magnitud de las oportunidades de incurrir en él, son extrañas al tema en cuestión...cuando existe la menor oportunidad de sufrir el menor daño, la expresión de un deseo equivale a un mandato y, por tanto, impone un deber. La sanción, si usted quiere, es débil o insuficiente, pero, aún así, hay una sanción y, por tanto, un deber y un mandato.¹⁰²

¹⁰¹ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit., pp. 7-9

¹⁰² Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 15.

Para John Austin una norma jurídica es un mandato general del soberano dirigido a sus súbditos. Aunque no define el concepto de orden jurídico, su teoría de orden se encuentra implícita en esta definición. La teoría de orden jurídico de Austin es, prácticamente, comenta Raz, una consecuencia de su definición de norma jurídica. Los conceptos de orden jurídico como de norma jurídica giran, dentro de la teoría de John Austin, alrededor del concepto de soberanía.¹⁰³

La validez de toda norma jurídica presupone que su legislador supremo sea (i) superior que a los sujetos a quien ese dirige esa norma, (ii) sea habitualmente obedecido por el grueso de la población, (iii) no obedezca habitualmente a nadie.

Obedecer al soberano, comenta Raz, significa obedecer sus mandatos. La existencia de una norma jurídica presupone que el soberano es habitualmente obedecido y que, por tanto, ha emitido otros mandatos.

La obediencia habitual al soberano presupone no sólo que las normas jurídicas han sido establecidas, sino, también, que son habitualmente obedecidas. Una norma jurídica existe, si pertenece a un sistema jurídico que es, en general, eficaz. Una norma jurídica puede ser constantemente violada y, sin embargo, existir si pertenece a un sistema jurídico que es, en general, eficaz.

Por tanto, un sistema existe si sus normas jurídicas existen. Señala Raz, que a partir de estas consideraciones de Austin acerca de la existencia de las normas jurídicas se pueden inferir los siguientes criterios de existencia de un sistema jurídico. Un sistema jurídico existe.

1. Si su legislador supremo es habitualmente obedecido, es decir, si las normas jurídicas del sistema son en general eficaces;

2. Si su legislador supremo no obedece habitualmente a nadie;

3. Si su legislador supremo es superior a los sujetos de cada una de sus normas jurídicas en relación con la sanción de tal disposición.¹⁰⁴

Austin sostiene que el soberano es el legislador, directo o indirecto, de todas las normas jurídicas del sistema. Señala el profesor Raz que los criterios de identidad y membresía de John Austin son una variante de lo que llama el "principio de origen". De acuerdo con este principio, la membresía de las normas jurídicas de un sistema y la identidad del sistema son completamente determinados por el origen de las normas jurídicas, siendo el origen de una norma jurídica el conjunto de hechos que hacen que ésta exista. La variante de Austin a este principio, continúa diciendo Raz, tiene tres rasgos característicos:

1. El origen de toda norma jurídica incluye un acto de legislación;

¹⁰⁴ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit., p. 16

2. El origen último de toda norma jurídica es un acto legislativo de una misma persona o cuerpo de personas; y

3. La existencia continua de la fuente última es una condición necesaria para la existencia de las normas jurídicas del sistema.

Por tanto, el criterio de identidad de Austin se basa en el principio de origen legislativo y asume que todas las normas jurídicas del sistema tienen, solamente, una fuente última persistente.¹⁰⁵

Para el profesor Raz, la teoría del derecho de Austin es un ejemplo de una teoría que se basa en los principios de origen e independencia. Una teoría de un sistema jurídico, dice Raz, se basa en el principio de independencia si, conforme con él, no existe ninguna necesidad lógica para que un sistema jurídico tenga una estructura interna. El hecho de que toda norma jurídica sea un mandato implica que puede ser una unidad independiente, cuya existencia, significado o aplicación no es lógicamente dependiente de otras normas jurídicas.¹⁰⁶

A pesar que la teoría del derecho de Austin es muy clara e intuitiva, tiene varios defectos. El profesor Hart menciona que la teoría de Austin no explica satisfactoriamente alguna de las características más representativas de un orden jurídico. Hart señala los principales puntos en que es vulnerable la teoría del derecho de Austin:

¹⁰⁵ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit., p 18-19

¹⁰⁶ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit., p 25

1. Señala Hart que, a diferencia de los mandatos, las normas jurídicas comúnmente se aplican, también, a quienes las emitieron.

2. En un orden jurídico no sólo existen normas que obligan; existen normas que confieren facultades y explicar este tipo de normas con el esquema austriano de mandatos generales es, señala el profesor de Oxford, distorcionar su naturaleza.

3. No todas las normas jurídicas de un orden jurídico son creadas por medio de mandatos expresos.

4. Finalmente, señala Hart que el análisis del derecho en términos del soberano, habitualmente obedecido y necesariamente exento de cualquier limitación jurídica, no logra explicar la continuidad de la autoridad legislativa, que es característica de un orden jurídico moderno.¹⁰⁷

III

HART Y LA REVISION CRITICA DE LA TEORIA DEL DERECHO DE HANS KELSEN

A continuación expondré algunas de las críticas más importantes sobre la teoría del derecho de Hans Kelsen¹⁰⁸ en relación con su concepción de sistema jurídico.

En su libro, *The Concept of a Legal System*, Joseph Raz señala que la teoría del sistema jurídico de Kelsen guarda varias similitudes con la teoría de Austin: ambas se basan en el principio de eficacia como fundamento de sus soluciones al problema de existencia, ambas fundamentan sus respectivas soluciones al problema de la identidad en el principio de origen y sus soluciones al problema de la estructura del sistema jurídico se basan en el principio de independencia.

En relación con el criterio de existencia de un orden jurídico, Kelsen menciona lo siguiente:

"Por efectividad de una norma...dos hechos pueden ser entendidos: (1) que esta norma es aplicada por los órganos jurídicos (particularmente por los tribunales), lo cual significa que la sanción es, en un caso concreto, ordenada y ejecutada; (2) que esta norma es obedecida por los individuos

¹⁰⁸

Para una breve referencia sobre la vida y obra de Hans Kelsen, véase el apéndice al final del capítulo.

sometidos al orden jurídico, lo cual significa que ellos se comportan de manera a evitar la sanción."¹⁰⁹

Por tanto, un sistema jurídico existe si, y sólo si, éste alcanza un cierto mínimo de eficacia. Para Kelsen, comenta Raz, la eficacia de un sistema es una función de la eficacia de sus normas jurídicas.¹¹⁰

Como se mencionó, uno de los principales defectos de la teoría de John Austin consiste en hacer depender la existencia de un sistema en la obediencia a un legislador y negar la existencia de normas que se aplican al legislador supremo. Debido a esto, Austin se ve forzado a asumir que todo cambio de legislador supremo significa un cambio de sistema jurídico. Kelsen, en cambio, no usa el concepto de soberano. Para Kelsen un cambio de legislador supremo no afecta, por sí mismo, la existencia continua del sistema jurídico. Un nuevo sistema jurídico se crea, únicamente, cuando el cambio de legislador supremo es inconstitucional.

El criterio de identidad de un sistema jurídico de Kelsen es similar al de Austin. Sin embargo, se diferencian en que Kelsen sustituye el soberano por la norma básica.¹¹¹ De tal forma, un sistema jurídico se puede definir como el conjunto de todas las disposiciones jurídicas creadas mediante el ejercicio

109 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho* (traducción de Roberto Vernengo), quinta edición, UNAM, 1996, México, p. 25

110 Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, c. r. p. 93

111 Kelsen señala que la norma fundamental puede formularse de la siguiente manera:

"Los actos coactivos deben ser realizados bajo las condiciones y la manera que la primera constitución histórica y las normas creadas de conformidad con ella, prescriben. En breve: uno debe comportarse como la constitución prescribe."

de facultades conferidas, directa o indirectamente, por una norma básica. Por tanto, para Kelsen una norma jurídica pertenece a un sistema si, y sólo si, fue creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma básica que confirió las facultades por las cuales todas las otras normas jurídicas del sistema fueron creadas. Como se puede observar, Kelsen, al igual que Austin, basa los criterios de identidad y de membresía de un sistema jurídico en el principio de origen.¹¹²

Según Joseph Raz, el criterio de identidad de Kelsen se basa en dos conceptos: en el de norma básica y en el de cadena de validez.

Una cadena de validez, apunta Raz, es el conjunto de todas aquellas normas tales que (1) cada una de ellas autoriza, precisamente, la creación de una de las otras normas del conjunto, con excepción de cuando menos una, la cual no autoriza la creación de ninguna norma; y (2) la creación de cada una de ellas está autorizada precisamente por una norma de ese conjunto, con excepción de una norma cuya creación no se encuentra autorizada por ninguna norma de la cadena.¹¹³

Cadenas de validez distintas pueden tener varias normas en común. Dos cadenas de validez que pertenecen al mismo sistema jurídico tienen, por lo menos, una norma en común. Esta norma es la norma básica. En relación con esto, Kelsen dice lo siguiente:

¹¹² Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.95

¹¹³ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.97

"La norma básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. La pertenencia de una norma a un orden jurídico determinado se basa en que su fundamento de validez ulterior lo constituye la norma básica de ese orden. Esta norma es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden."¹¹⁴

La norma básica es la única norma que pertenece a toda cadena de validez de un mismo sistema. El punto de unión de un orden jurídico es una norma jurídica y no, como lo era con Austin, un legislador.

De acuerdo con Kelsen, la cuestión sobre si una norma pertenece a determinado sistema es resuelto al encontrar si el sistema contiene una norma que autorice su creación. Si el sistema la contiene, dicha norma pertenece a tal sistema; si no, no.

De acuerdo con Raz, este criterio de identidad presenta dificultades. La Constitución (entendida en sentido material) de un Estado es parte del orden jurídico, porque, siguiendo a Kelsen, su creación es autorizada por la norma básica. Sin embargo, en este punto surge un problema: ¿Cómo se determina el contenido de la norma básica?

114 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, cit. p. 202

En relación con esto, Kelsen dice que "[e]l contenido de una norma básica está determinado por los hechos a través de los cuales un orden es creado y aplicado".¹¹⁵

Esto significa, como comenta Raz, que sólo cuando uno sabe que normas pertenecen a un orden jurídico uno se encuentra en posibilidad de descubrir por que actos son creados y, de esta manera, descubrir el contenido de la norma básica del sistema. No es posible invertir el proceso y descubrir que normas pertenecen al sistema por referencia a la norma básica.¹¹⁶

De esta forma, la norma básica no cumple el papel que le asigna el criterio de identidad de Kelsen. Por tanto, con el propósito de examinar más de cerca el papel que juega la cadena de validez en el criterio de identidad, Raz ignora la norma básica y examina el establecimiento de un criterio de identidad basado únicamente en el concepto de cadenas de validez.

A este respecto señala que si eliminamos la norma básica de una arborescencia¹¹⁷ kelseniana nos queda una arborescencia muy similar a una austiniiana. Es decir, la arborescencia, en lugar de descansar en una norma básica, descansa en un poder fundamental que autoriza la primera Constitución del sistema. Al igual que la noción de soberanía de Austin, este

¹¹⁵ Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, 2ª edición, UNAM, 1958, *cit.*, p.141

¹¹⁶ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, *cit.* p.102

¹¹⁷ Una arborescencia es una representación gráfica, utilizada por Joseph Raz, de varias cadenas de validez que tienen, por lo menos, una norma en común.

poder fundamental puede decirse que es ilimitado. La validez de las normas jurídicas creadas mediante su ejercicio está determinada, no por referencia a ninguna norma creadora de normas, sino por su eficacia.¹¹⁸

La ventaja de esta versión modificada de la teoría de Kelsen, en relación con la de Austin, es que la existencia del sistema no depende de la existencia del soberano. Un sistema jurídico continua existiendo aún después que el primer monarca absoluto muere o la asamblea consitutuyente ha sido disuelta. Sin embargo, señala Raz, esta mejora tiene un resultado desafortunado: incrementa la importancia del concepto de cadenas de validez en el criterio de identidad.¹¹⁹

Para Austin el hecho de que dos normas compartan un eslabón en sus cadenas de validez es una condición necesaria, pero no suficiente, para determinar que ambas pertenecen al mismo sistema jurídico. Para determinar ésto se requiere, además, que no exista entre ellas, en la cadena de validez, un poder soberano. Es decir, dos normas jurídicas pertenecen al mismo sistema únicamente si ellas fueron legisladas, directa o indirectamente, por el mismo soberano.

De acuerdo con la versión modificada del criterio de identidad de Kelsen, un poder fundamental es reconocido, no por ser habitualmente obedecido, sino por no haber sido creado por ninguna norma jurídica. De esto último se puede desprender la siguiente consecuencia: si una ley

118 Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, cit. p.105-106

119 Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, cit. p.107

inglesa establece que las leyes creadas de conformidad con la Constitución soviética, entendida como la primera norma establecida por un poder fundante, forman parte del derecho inglés, la Constitución soviética no podría seguir siendo considerarse como una Constitución, en virtud de que las facultades legislativas bajo las cuales se emitió la Constitución soviética (las facultades otorgadas por la ley inglesa que incorpora el derecho soviético al derecho inglés) no constituyen un poder fundamental; consecuentemente, la ley inglesa y el derecho soviético pertenecerían al mismo sistema: al orden jurídico inglés.

Esta conclusión, comenta Raz, únicamente puede ser evitada abandonando el principio de origen y considerando, continuando con el ejemplo, a la Constitución soviética como la primera norma del sistema, no por haber sido creada mediante el ejercicio de un poder fundamental, sino porque así es reconocida por los tribunales soviéticos.¹²⁰

A la versión modificada del criterio de identidad de Kelsen se le puede hacer una segunda crítica. La existencia continua de un sistema jurídico depende, de acuerdo con Kelsen, de la posibilidad de remontar la razón de validez de toda norma jurídica hasta la primera Constitución. Para Raz esta concepción es errónea. Un sistema jurídico, en el cual los precedentes no crean derecho, puede convertirse gradualmente en un sistema en el cual los precedentes sí crean derecho. La facultad de legislar mediante precedentes no es conferida por la primera Constitución o por cualquier otra norma jurídica. Los tribunales mismos pueden reconocer que poseen esta facultad

¹²⁰ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.107-108

sólo muchos años después de haberla adquirido. En tal caso, comenta Raz, no hay razón para suponer que un sistema jurídico ha dejado de existir y que un nuevo sistema ha sido creado. Es, por tanto, imposible explicar la existencia continua de un orden jurídico sobre la base del principio de origen únicamente.¹²¹

De manera similar a Joseph Raz, Hart critica el criterio de identidad de Kelsen basado en el principio de origen. En su artículo *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*¹²² Hart critica la doctrina de Kelsen sobre la unidad del derecho. Hart señala que esta doctrina expone dos argumentos: uno positivo y uno negativo. El argumento positivo de la doctrina sobre la unidad del derecho señala que todas las normas jurídicas válidas forman, necesariamente, un sólo sistema. El argumento negativo señala que normas jurídicas válidas no pueden estar en conflicto. Hart llama a este plantamiento la versión fuerte de la doctrina acerca de la unidad del derecho.¹²³

Por su parte, la versión débil señala que, aunque no es necesariamente cierto que todas las normas jurídicas válidas formen un sistema y que no puedan estar en conflicto, es efectivamente el caso que forman un sólo sistema y que no están en conflicto.

La doctrina de Kelsen de la unidad del derecho conlleva ciertas consecuencias relacionadas con la relación entre el orden jurídico

121 Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. pp.108-109.

122 Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983 (publicado originalmente en 1968), pp. 309-342

123 Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 309

internacional y los órdenes jurídicos nacionales. Para la versión fuerte de esta teoría, el derecho internacional y los derechos nacionales necesariamente forman un sólo sistema y no puede existir conflicto entre las normas del derecho internacional y las nacionales. Para la versión débil, efectivamente, es el caso que tales normas forman un sólo sistema y que no existe conflicto entre ellas.¹²⁴

Kelsen llama a su doctrina que dice que el derecho internacional y el derecho nacional forman un sólo sistema la "teoría monística", y la contraponé a la teoría tradicional, que llama "pluralística" que considera al derecho internacional y a los derechos nacionales como sistemas independientes entre sí.¹²⁵

124 *Idem.*

125 Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 363-364. Para Kelsen la teoría monística puede concebirse de dos formas; es decir, existen dos formas de comprender todos los fenómenos jurídicos como formando parte de un sólo sistema. Kelsen dice que los componentes de un sistema único, que comprende tanto al derecho internacional como a todos los sistemas de derecho nacional, se pueden ordenar de cualquiera de las dos siguientes maneras:

1. La primera de estas formas la llama "primacía del derecho internacional". Esta tesis trata al derecho internacional, o mejor, a la norma básica del derecho internacional como el fundamento de un sistema unificado único y todo lo demás, incluyendo los sistemas de derecho nacional, como partes subordinadas del sistema que derivan, en última instancia, su validez de aquella fuente.
2. La segunda forma Kelsen la llama "primacía del derecho nacional". En esta tesis cualquier sistema de derecho nacional, o mejor, su norma básica es el fundamento de validez del sistema unificado y el resto incluyendo el derecho internacional y todos los demás sistemas de derecho nacional como partes subordinadas del sistema derivándose su validez de la norma básica.

Para Kelsen la elección entre cualquiera de estas dos posiciones es una cuestión de ideología política, y no de derecho, guiada por consideraciones de tipo morales y políticas. Sin embargo, continúa diciendo Kelsen, el contenido tanto del derecho internacional como de los derechos nacionales no es afectado por tal elección. Los derechos subjetivos y las obligaciones de Estados e individuos permanecen los mismos independientemente de la postura que se adopte. (Vid: Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho* (traducción de Roberto Vernengo), UNAM, 1968, pp. 341-343.

Asimismo, Kelsen critica la postura que señala que el derecho internacional y el derecho nacional forman sistemas independientes, porque regulan el comportamiento de personas distintas: el derecho internacional regula el comportamiento de Estados; el derecho nacional el de individuos. En relación con este punto, Kelsen dice lo siguiente:

"Que el derecho internacional obligue y faculte a los Estados significa a la postre que los seres humanos individuales sólo son obligados y facultados, no en forma inmediata como pasa en los órdenes jurídicos estatales particulares, sino sólo mediatamente, por intermedio del orden jurídico de cada Estado...El Estado es una persona jurídica y las normas del derecho internacional, mediante las cuales los Estados, en tanto tales, son obligados y facultados, son normas incompletas, normas que requieren ser completadas. Determinan sólo el elemento material, pero no el personal, de la conducta humana que necesariamente tienen como contenido...La determinación de ese individuo es delegada por el derecho internacional en los órdenes jurídicos de cada Estado. La conducta de ese individuo...es atribuida al Estado..."¹²⁶

Como se desprende del texto citado, para Kelsen las normas de derecho nacional completan a las normas de derecho internacional.

Para el profesor Hart la postura kelseniana de la unidad del derecho internacional y del derecho nacional es producto de una interpretación equivocada de los fenómenos jurídicos.

Señala Hart que el hecho que exista una relación de "completación" ("completion relationship") entre normas, no es suficiente para mostrar que las normas entre las que se da esta relación forman un mismo sistema. Esta relación de completación se puede dar, inclusive, entre normas de un mismo sistema.¹²⁷

En el derecho internacional existe una norma que Kelsen llama el "principio de efectividad", la cual, de acuerdo con Kelsen, es la razón de validez de los órdenes jurídicos nacionales:

"Una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legitima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido, y a la comunidad consitutida mediante ese orden coactivo, como un Estado en el sentido del derecho internacional;..."¹²⁸

127 Hart muestra este punto con el siguiente ejemplo:

Cuando una ley inglesa impone una obligación a una sociedad constituida de acuerdo con derecho inglés, los estatutos de la sociedad que identifican los individuos que deben ejecutar dicha obligación, derivan su validez de otra ley inglesa que determina la manera en que se deben hacer los estatutos de una sociedad. Por tanto, la ley que impone una obligación a la sociedad y la ley que determina el contenido de los estatutos sociales pertenecen al mismo sistema, independientemente de la relación de completación que existe entre la ley que impone la obligación a la sociedad y los estatutos sociales que la completan. Estas leyes y los estatutos de la sociedad pertenecen al mismo sistema porque satisfacen el criterio de identidad de las normas reconocido por los tribunales ingleses. (Vid: Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 316-317).

128 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, cit. p. 226

Por tanto, siguiendo a Kelsen, el derecho internacional, al cual pertenece el principio de efectividad, forma un sólo sistema junto con los derechos nacionales a los cuales legitima. Sin embargo, al igual que en el caso de las relaciones de completación, no es suficiente para establecer que dos normas pertenecen a un mismo sistema con demostrar que una de ellas establece que normas de determinadas condiciones, satisfechas por la otra, son válidas. La relación de validez puede darse entre normas de dos sistemas distintos o entre normas de un mismo sistema.

Hart señala que Kelsen pone mucho énfasis en el contenido de las normas que pretenden dotar de validez a otras normas y se fija muy poco en la manera en que son reconocidas. El derecho internacional y el derecho de un Estado forman un sistema dependiendo de la manera en que el Estado reconoce el derecho internacional.¹²⁹

El argumento de Kelsen fracasa porque, el hecho que exista una relación de pretendida validez ("*relationship of validating purport*") entre el principio de efectividad, como norma de derecho internacional, y las normas de derecho nacional, no demuestra que éstas deriven su validez de aquellas. Por tanto, la existencia de una relación de pretendida validez entre dos normas no es suficiente para decir que forman parte de un mismo sistema.

Al tratar condiciones necesarias como condiciones suficientes de las normas para pertenecer a un mismo sistema, la doctrina de Kelsen llega a conclusiones falsas.¹³⁰

129 Hart H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 2^{da} ed., p. 321.

La versión fuerte de la tesis de Kelsen acerca de la unidad del derecho, dice que todas las normas válidas necesariamente forman un sólo sistema; consecuentemente, las normas de derecho internacional y de derecho nacional forman un sólo sistema. Señala Hart que en apoyo de su tesis fuerte, Kelsen utiliza, básicamente, dos argumentos.

1. El primer argumento dice que todo el material jurídico forma un sólo sistema porque la jurisprudencia (en el sentido de ciencia del derecho) al estudiar las normas del derecho internacional y del derecho nacional se refiere a ellas bajo el término genérico de "normas válidas". Por tanto, representa como unitario su objeto de estudio.

En relación con este punto, Hart comenta que argumentar esto resulta tan absurdo como pretender que de la existencia de la historia bélica se desprende que todas las guerras y los ejércitos son los mismos.¹³¹

2. El segundo argumento de Kelsen depende de la tesis de la imposibilidad de conflicto entre normas válidas. Kelsen menciona que si normas pertenecientes a sistemas independientes prescriben a la misma persona, en el mismo tiempo, en el mismo territorio y bajo las mismas circunstancias a realizar conductas contrarias, existirían contradicciones lógicas insuperables.

130 Hart H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, p. 313.

131 Hart. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, p. 322

Este argumento, comenta Hart, no cubre el caso de dos sistemas simultáneos e independientes, donde la posibilidad de conflicto quede excluida, debido a que la Constitución de cada sistema limita la esfera de validez de sus normas. Para Kelsen esta limitación debe ser impuesta por una norma superior, a la cual ambos sistemas están subordinados y, junto con la cual, forman un sólo sistema. Sin embargo, Kelsen no demuestra porque esta limitación deba operar de esta manera.

Para analizar la doctrina de la imposibilidad de conflicto entre normas válidas, Hart analiza lo que significa que normas se encuentren en conflicto.

Según Hart, dos normas están en conflicto si y sólo si es lógicamente imposible obedecer a ambas; si la obediencia simultánea ("*joint obedience*") es imposible. Hart demuestra de la siguiente manera la imposibilidad lógica de la obediencia simultánea:

En relación con cada norma que exige o prohíbe determinada conducta se puede formular un enunciado, que Hart llama "enunciado de obediencia" ("*obedience statement*"). El enunciado de obediencia que mencione que la conducta requerida por la norma fue realizada o que la conducta prohibida por la norma no fue realizada.¹³² Ahora bien, dos normas están en conflicto si sus enunciados de obediencia respectivos son lógicamente inconsistentes y, por tanto, no pueden ser ambos verdaderos.

132

Hart posteriormente usa la expresión "enunciados de conformidad" ("*conformity statements*") para abarcar tanto la correspondencia entre la conducta efectivamente realizada y la conducta estipulada por normas que exigen o prohíben determinada conducta, como la correspondencia entre la conducta efectivamente realizada y la conducta estipulada por normas que permiten, expresa o tácitamente (al no prohibir cierta conducta), determinada conducta.

Es importante destacar que, antes de poder afirmar si los enunciados son lógicamente inconsistentes o no, debe tomarse en consideración las condiciones y las circunstancias a que se refieren, implícita o explícitamente, las normas. Si normas que prescriben conductas contrarias se dirigen a los mismos agentes y bajo las mismas circunstancias de tiempo, lugar, etcétera, esto quedará reflejado en los correspondientes enunciados de obediencia y serán, por tanto, lógicamente inconsistentes. La obediencia simultánea de estas normas sería lógicamente imposible.¹³³

En vista de lo anterior, aparentemente es posible que coexistan de dos normas conflictuales válidas dentro de un mismo sistema o en sistemas distintos. La obediencia simultánea de tales normas sería lógicamente imposible, pero su coexistencia como normas válidas sería lógicamente posible.

Hart explica el conflicto entre normas en términos de imposibilidad lógica de conformidad simultánea. Para Kelsen decir que dos normas válidas están en conflicto no significa, únicamente, que es lógicamente imposible la conformidad simultánea; significa una contradicción. Es lógicamente imposible, señala el profesor austriaco, que puedan coexistir normas conflictuales válidas en el mismo o en sistemas diferentes.

Según Hart, los argumentos de Kelsen para llegar a estas conclusiones se basan en la distinción que hace entre las normas jurídicas,

¹³³ Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p.325

las cuales no pueden ser verdaderas o falsas, y los enunciados utilizados por los juristas para describirlas, que Kelsen llama "regla jurídica en sentido descriptivo", las cuales son verdaderas o falsas. En relación con esto, Kelsen dice lo siguiente:

"[L]os juicios, por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar...Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas del derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas."¹³⁴

La forma de las reglas jurídicas en sentido descriptivo es la siguiente: "de acuerdo con determinada norma jurídica debe de realizarse determinada conducta o no debe realizarse determinada conducta". Si dicha norma existe, la regla jurídica es verdadera; de lo contrario, es falsa.

Lo relevante de esta distinción, en relación con el tema de los conflictos de normas, se puede observar en el siguiente pasaje:

"Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones --es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos--, no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, parece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del derecho o ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión

tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principio lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos. Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen..."¹³⁵

Como se observa del pasaje transcrito, para Kelsen es una imposibilidad lógica que normas que se encuentran en conflicto coexistan y no, únicamente, que la conformidad simultánea con ellas sea una imposibilidad lógica.

La tesis de Kelsen sobre conflicto de normas se basa en las relaciones lógicas entre los enunciados que describen las normas que están en conflicto. Esta tesis, comenta Hart, tiene un error de fondo. Los enunciados descriptivos son verdaderos o falsos, pero de manera relativa. Únicamente lo son en relación con el sistema que describen. Por tanto, no hay razón para decir que los enunciados "de acuerdo con el orden jurídico inglés A debe realizar B" y "de acuerdo con el orden jurídico internacional A no debe realizar B" no puedan ser ambos verdaderos.¹³⁶

135 Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, cit. p. 87-88

136 Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 331-332

En relación con la tesis débil del conflicto de normas Kelsen dice lo siguiente:

"[U]n conflicto entre normas del derecho internacional y las normas de un derecho estatal, no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente."¹³⁷

En relación con este punto, Kelsen plantea el siguiente caso:

"Se ve, sobre todo, un conflicto semejante en el hecho de que una ley estatal puede oponerse a un tratado internacional, como, poniendo por caso, cuando un Estado está obligado por tratado a otorgar a los pertenecientes a una minoría los mismos derechos políticos que a los miembros de la mayoría, mientras que por ley de ese Estado se priva a los miembros de la minoría de todo derecho político, sin que esta oposición afecte la validez de la ley o la validez del tratado."¹³⁸

Para Kelsen llegar a una conclusión de este tipo significa interpretar de manera equivocada las normas de derecho internacional, según las cuales los tratados internacionales obligan a los Estados. La emisión de normas por parte de un Estado, creadas en contravención de tratados en los que el Estado es parte, constituye un delito bajo derecho internacional. Sin embargo, aunque la emisión de estas normas constituye un delito bajo derecho internacional, una vez emitidas son válidas, aún bajo derecho

¹³⁷ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*, cit. p. 332

¹³⁸ *Idem.*

internacional y no están en conflicto con las normas de derecho internacional relacionados con tratados. La norma de derecho internacional no busca determinar el contenido de las leyes estatales, sino solamente la legalidad o ilegalidad de su emisión. Por tanto, según Kelsen, no existe conflicto entre la norma de derecho internacional, de acuerdo con esta última interpretación, y la ley, cuya emisión viola la norma de derecho internacional.

Hart señala que, aún admitiendo la interpretación de Kelsen, no se elimina el conflicto entre derecho internacional y derecho nacional. Lo que sucede, continua diciendo Hart, es que coloca el conflicto en otro nivel. El conflicto deja de ser entre normas que exigen o prohíben la misma conducta (el tratado y la ley) y se da entre normas que prohíben y permiten la misma acción: la emisión de la ley.¹³⁹

En suma, para Kelsen la existencia de una relación de pretendida validez entre dos normas es suficiente para demostrar que pertenecen a un mismo sistema. Esta postura, de acuerdo con Hart, es incorrecta. Una ley inglesa que pretende dotar de validez el derecho soviético no forma parte del derecho soviético. La razón se debe a que los tribunales soviéticos no la reconocen como parte del derecho soviético. Sin este reconocimiento, únicamente, se puede decir, continua diciendo Hart, que esta ley pretende validar al derecho soviético; que, de acuerdo con el derecho inglés, el derecho soviético es una parte subordinada del derecho inglés. Es incorrecto

¹³⁹ Hart, H.L.A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. cit., p. 333

decir que la validez de las normas del orden jurídico soviético se deriva de la ley inglesa y que, por tanto, forman parte de un mismo sistema.

Para poder decir que las normas creadas por X (algún órgano creador del derecho) efectivamente derivan su validez de determinada norma P, y no únicamente que dicha norma P pretende dotar de validez las normas creadas por X, se necesita que los órganos aplicadores del derecho del territorio en cuestión reconozcan dicha norma que pretende validar las normas de X y que la consideren, también, como una razón para reconocer las normas que pretende validar.¹⁴⁰

Sólo cuando una norma es reconocida por los tribunales del lugar como una razón para reconocer normas emitidas de acuerdo con lo estipulado por ella, y, por tanto, pertenece al mismo sistema de estas normas, podemos decir que estas derivan su validez de aquella. Mientras no haya tal reconocimiento, únicamente, podemos decir que dicha norma pretende validar a aquellas.

De acuerdo con Hart, uno de las más graves deficiencias de la teoría del derecho de Kelsen es que no dá cuenta de las normas que confieren facultades. Las normas que confieren facultades desempeñan una función social muy distinta a las normas que establecen deberes. Hart señala que querer explicar las normas que confieren facultades reduciéndolas a las normas que establecen deberes distorciona gravemente su naturaleza.

Para Kelsen un sistema jurídico puede ser examinado desde dos puntos de vista: el punto de vista estático y el punto de vista dinámico. Estos puntos de vista difieren entre sí por la forma en que arreglan y dividen el material jurídico. Los dos puntos de vista son diferentes principios de individuación. El principio estático de individuación se basa en el concepto de sanción coactiva; el principio dinámico de individuación en el concepto de facultad legislativa.

De acuerdo con el principio de individuación estático, toda norma jurídica es una norma que impone un deber al estipular una sanción. Kelsen señala que "[e]n una representación estática del derecho, las normas superiores de la Constitución se encuentran como si fueran proyectadas como partes dentro de las normas inferiores."¹⁴¹

Para explicar este punto, Raz expone el siguiente ejemplo:

"[U]na norma estática como: si la Constitución autoriza al parlamento a legislar normas jurídicas penales y si el parlamento estipula una sanción por el robo, entonces si una persona comete el robo debe ser castigado se proyecta dentro de dos normas dinámicas: el parlamento está autorizado a legislar normas jurídico penales y los funcionarios están autorizados a aplicar sanciones a los ladrones."¹⁴²

¹⁴¹ Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p.170

¹⁴² Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit., p.111

Por tanto, toda norma jurídica estática puede proyectarse en normas jurídicas dinámicas y viceversa.

Señala Raz que esta proyección no siempre es posible. No siempre se puede encontrar partes de normas estáticas que correspondan a normas dinámicas: si existe una norma que confiere facultades legislativas y no se ha hecho uso de estas facultades (es decir, si ninguna norma ha sido creada mediante el ejercicio de estos poderes), entonces, no existe contraparte en una representación estática de la norma jurídica.

Las facultades legislativas, por tanto, se convierten para Kelsen en condiciones para la aplicación de sanciones establecidas por el uso de estas facultades. De acuerdo con el principio estático de individuación, si ninguna sanción ha sido establecida, no existen facultades legislativas. Una ley que confiere facultades legislativas forma parte del material jurídico únicamente después de que una sanción haya sido establecida por el ejercicio de dicha facultad. De acuerdo con Kelsen, una pretendida norma dinámica es una norma jurídica, únicamente, si ésta puede ser proyectada dentro de una representación estática del derecho.¹⁴³

Kelsen le da mayor importancia al principio estático de individuación. Para Kelsen todas las normas jurídicas dirigen la conducta humana imponiendo deberes respaldados por sanciones. No toda disposición creada de acuerdo con el procedimiento establecido por el orden jurídico para crear normas es una norma jurídica. Es una norma jurídica, únicamente, si se

¹⁴³ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.112-113

propone regular la conducta humana estableciendo un acto de coacción como sanción. Para Kelsen, consecuentemente, las normas dinámicas no son normas.¹⁴⁴

Por tanto, para Kelsen las cadenas de validez no están formadas por la unión de varias normas. Cada cadena de validez representa una sola norma. Dentro de la cadena de validez no existen relaciones genéticas entre normas; únicamente, entre segmentos de normas. Toda norma es una entidad autónoma e independiente, la cual no mantiene ninguna relación necesaria con ninguna otra. Señala Joseph Raz que al preferir el principio de individuación estático al dinámico, Kelsen excluye la posibilidad de una estructura interna basada en relaciones genéticas.¹⁴⁵

Asimismo, al utilizar éste principio, Kelsen individua normas jurídicas que tienen poco que ver con el concepto de norma jurídica, propio del sentido común, usada tanto por legos como por profesionales del derecho.

Estas anomalías, comenta Raz, se deben al hecho que le dá muy poca importancia a las normas jurídicas que confieren facultades. Al representarlas como condiciones de sanciones creadas sobre su base, Kelsen asume que su efecto es, meramente, establecer la validez de normas jurídica ya existentes; descuida el hecho que tales normas confieren facultades legislativas que no han sido aun agotadas y que normas jurídicas nuevas aun pueden ser creadas sobre la base de estas facultades.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.113

¹⁴⁵ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.114

¹⁴⁶ Raz, Joseph. *The Concept of a Legal System*, cit. p.117

HANS KELSEN
(APENDICE BIOGRAFICO)

Kelsen nace en Praga el 11 de octubre de 1881. Tras cursar el bachillerato, Kelsen se gradua en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. A pesar de que su interés predominante era la filosofía, se decide por el derecho por razones de índole económico. Sin embargo, adquiere un gran interés por el derecho al cursar asignaturas explicadas por enormes eminencias como, por ejemplo, Filosofía del Derecho y Teoría del Estado, dictadas magistralmente por el profesor Leo Srtisower y por el profesor Eduard Bernatzik respectivamente.

De esta época procede el primer trabajo científico de Kelsen: *Die Staatslehre des Dante Alighieri (La teoría del Estado de Dante Alighieri)*. Con este trabajo Kelsen perseguía un doble objetivo: aclarar la conexión entre la concepción del mundo y de la vida de Dante y fijar la posición de éste en la historia de la teoría medieval del Estado.

En 1906 Kelsen alcanza el grado de doctor en derecho y madura en él la decisión de hacer carrera universitaria y conseguir una plaza de *Privatdozent* con su mentor, el profesor Bernatzik; sin embargo, ésta plaza tardaría en llegar. En esta época, las decisiones y las metas de Kelsen enfrentaban dos obstáculos: su situación económica y el hecho de ser judío en la Viena de aquella época.

En 1908 Kelsen obtiene una beca para cursar tres semestres en la Universidad de Heildelberg, donde profesaba Georg Jellinek (1851-1911), la

mayor autoridad en aquel entonces en el campo de la teoría del Estado. Debido a diferencia de personalidad, Kelsen no pudo entablar una relación con Georg Jellinek, por lo que decide regresar a Viena.

En 1909, de regreso en Viena, Kelsen logra conseguir una plaza de docente para enseñar derecho constitucional y teoría de la administración en la *Exportakademie*, en la actualidad *Wirtschaftsuniversität* (Universidad de Economía). Este trabajo le permitió poder con sus escritos y en 1911, después de cinco años de arduo trabajo, publica los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze (Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de proposición jurídica)*. Gracias a ello, consiguió Kelsen consiguió su deseada habilitación en la Facultad de Derecho de Viena y, en el verano de 1911, fue contratado como *Privatdozent* de derecho político (*Staatsrecht*).

En 1912 Kelsen contrae matrimonio con una vienesa, Margarethe Bondi, con quien tiene dos hijas: Anna y María.

Al estallar la primera guerra mundial Kelsen fue llamado a filas como oficial del reserva. Sin embargo, después de una grave infección pulmonar, fue declarado apto tan sólo para misiones limitadas y, posteriormente, fue llamado al *Presidium* del Ministerio de Guerra. El Ministerio de la Guerra encargó a Kelsen trabajos preparatorios para una futura reforma de la constitución austriaca; estas reformas se introducirían tras el final de la guerra. En 1918 Kelsen es nombrado profesor para impartir "derecho

público con consideración especial al derecho militar" en la Universidad de Viena.

En octubre de 1918, habiendo Kelsen dejado el ejército, fue llamado por el doctor Karl Renner, Canciller del gobierno provisional austriaco-alemán, para colaborar en la preparación de la Constitución definitiva de la República. La nueva Constitución fue aceptada, a propuesta de la comisión preparatoria a la que Kelsen pertenecía, el 1º de octubre de 1920, como la Constitución de Austria.

En 1919, tras la repentina muerte de su maestro Eduard Bernatzik, Kelsen fue nombrado catedrático de derecho político y administrativo de la Universidad de Viena. Esto le daría a Kelsen un período de diez años durante el cual pudo dedicarse de forma menos angustiada a la docencia. Así, en 1920 aparece su libro, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución para una teoría pura del derecho), en cuyo subtítulo aparece por primera vez las palabras "teoría pura del derecho" y en donde Kelsen utiliza, también por primera vez, la teoría que su discípulo y amigo, Adolf Merkl (1836-1896), había desarrollado sobre la construcción escalonada del ordenamiento jurídico.

A finales de 1930 las circunstancias en la Facultad de Viena cambiaron negativamente para Kelsen. Kelsen decidió, entonces, aceptar una invitación de la Universidad de Colonia. A pesar de ser bien acogido, en 1933 Kelsen deja Colonia, debido a la ascensión del Nacionalsocialismo al poder en Alemania, y acepta la invitación para enseñar en el *Institut*

Universitaire de hautes Études Internationales en Ginebra. En 1934 apareció en Viena la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (*Teoría pura del derecho*), que, rápidamente, fue traducida al italiano, japonés, coreano y español.

Kelsen concluyó su actividad docente en Ginebra en 1940. En mayo de este año viajó, vía Lisboa, hacia Estados Unidos, de donde había recibido una invitación de *Harvard Law School*, donde ocupó plaza de *lecturer*, durante tres años. Tras su estancia en *Harvard Law School*, Kelsen recibió la invitación del *Political Science Department* de la Universidad de California en Berkeley, San Francisco, donde impartió derecho internacional. En 1943 apareció su libro *Society and Nature*, donde realiza un acercamiento sociológico al problema de la justicia.

En 1946 Kelsen fue nombrado doctor *honoris causa* y miembro de la Academia Austriaca de Ciencias. En abril de 1952 Kelsen se jubila, no por ello dejando una constante actividad docente. En ese mismo año, concluye sus *Principles of International Law* que es una exposición sistemática de los lineamientos del derecho internacional.

En 1959, durante su estada en Ginebra, Kelsen concluyó el manuscrito de su obra monumental: la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* (*Teoría pura del derecho*). De regreso a Berkeley, Kelsen dedicaría los últimos años de su vida a la conclusión de una obra impresionante: *Allgemeine Theorie der Normen*, donde se plantea especialmente la cuestión de la aplicación de los principios de la lógica a las normas.

El 19 de abril de 1973 fallece Kelsen a la edad de 91 años. Su obra despierta todavía discusiones en todas partes; su impacto se hizo manifiesto en Europa, Estados Unidos, Hispanoamérica y también en Japón, existiendo traducciones de sus obras en veinticuatro idiomas. Pero su mayor herencia se ubica principalmente en Viena, donde se ha fundado un Instituto que lleva su nombre.

S E G U N D A
P A R T E:
TEORIA DEL DERECHO DE
H. L. A. HART

IV

HART Y EL ANALISIS DEL LENGUAJE JURIDICO

De acuerdo con el profesor Neil MacCormick, el propósito de la jurisprudencia analítica es lograr un mejor entendimiento del derecho y de conceptos jurídicos. El derecho tiene que ver con acciones humanas, no solamente como procesos naturales, sino como acciones sociales de animales capaces de pensar y comunicar lo que piensan. El derecho es esencial e irreductiblemente, aunque no sólo, lingüístico. El derecho se formula y se emite en palabras. Se requiere un aparato conceptual y un vocabulario especializado para estructurar la gran gama de prácticas y actividades que constituyen un sistema jurídico. Por tanto, un entendimiento del derecho requiere la elucidación y análisis de su compleja estructura conceptual. El intento de Hart por esclarecer la naturaleza del derecho, comenta MacCormick, es, inevitablemente, por lo menos en parte, lingüístico en su enfoque y en su objeto.

Hart es uno de los principales exponentes de la escuela filosófica de "análisis lingüístico" ("*linguistic analysis*") que se dió en Oxford después de la guerra. De ésta escuela Hart desarrollo su acercamiento hacia la jurisprudencia analítica.

De acuerdo con esta escuela, para esclarecer conceptos se requiere esclarecer el lenguaje, no elaborar construcciones de sistemas filosóficos. Uno de los exponentes más importantes de esta escuela es Gilbert Ryle. Su

libro *The Concept of Mind*, muestra este tipo de acercamiento. Ryle dice muchas de las cuestiones más importantes en la filosofía occidental, desde

sus inicios en la Grecia Clásica, se centran en la naturaleza de la mente humana y en su relación con el universo físico. Ya que las cuestiones filosóficas, de acuerdo con Ryle, se centran en saber que es lo que existe realmente y como pueden nuestras mentes aprehender la "realidad". Por tanto, las cuestiones acerca de la mente y de sus relaciones con la materia revisten gran importancia.

De la misma forma, en filosofía moral y en filosofía política la cuestión acerca de como controlan las mentes los movimientos físicos del cuerpo es de gran importancia. El tema de responsabilidad de los actos y de la libertad de voluntad es fundamental para cualquier teoría que postule a los individuos como agentes morales cuyos actos son efectivamente sus actos y no, simplemente, elementos de algún proceso físico.

Para Ryle el acercamiento tradicional de la filosofía sobre cuestiones de la existencia y funcionamiento de la mente era equivocado. Palabras como "alma", "mente", "intención", etcétera, formaron una, aparentemente, creencia irresistible en la existencia de una especie de "fantasma dentro de la máquina" que, a su vez, creaba muchas complicaciones para tratar de explicar como funcionaba la "máquina". Según Ryle la respuesta no consistía en crear teorías acerca del "fantasma", sino en hacer nuevas preguntas que conducen al lenguaje cotidiano no filosófico. Lo que se debe preguntar es que se quiere decir cuando se dice, por ejemplo, que "Pedro golpeó intencionalmente a Juan", o cuando decimos que "Juan tiene en mente salir de viaje". Asimismo, continua diciendo Ryle, la noción de "estado mental" es una invención filosófica por medio de una falsa explicación de dichos estados. Subraya Ryle que lo que se debe preguntar

es bajo que condiciones se puede decir que alguien está contento, está enojado, etcétera. Aquí no estamos frente a problemas de la mente que se encuentren por encima de reconocer las formas en que la gente habla de manera cotidiana acerca de actos de personas o expresiones de actitudes.

Otro miembro de dicha corriente filosófica que tuvo una enorme influencia en la obra de Hart fue J.L. Austin. En su trabajo *Sense and Sensibilia* critica las teorías imperantes en ese entonces acerca de la percepción. Lo que se necesita es analizar las condiciones bajo las cuales se formula un juicio verdadero o falso y no realizar investigaciones de la "verdad" como tal.

J.L. Austin muestra como no de todos los enunciados que se formulan se puede predicar su verdad o falsedad. Algunas expresiones (*utterances*) J.L. Austin las llama "performativas" (*performative*). Para hacer determinadas cosas uno tiene que decir ciertas palabras bajo determinadas condiciones. Para J.L. Austin esta última forma de utilizar palabras es tan importante y tan merecedora de atención en la filosofía que los enunciados descriptivos de las cosas, aunque sólo de estos últimos se puede predicar su verdad o falsedad.

Un acercamiento similar al de J.L. Austin es el seguido en Cambridge por Ludwig Wittgenstein en su libro "Philosophical Investigations". Este libro representa una reacción frente a los trabajos anteriores del propio Wittgenstein, según los cuales concibe al mundo como un agregado de "hechos atómicos" que únicamente podían ser aprehendidos mediante la construcción de un lenguaje lógicamente perfecto únicamente se limitara a

representar fielmente cada hecho. No satisfecho con esta teoría "fotográfica" del lenguaje, Wittgenstein su atención a los usos cotidianos del lenguaje ordinario y del lenguaje filosófico. Hablar un lenguaje, comenta Wittgenstein, no se trata de producir una serie de reproducciones verbales de hechos. Cada lenguaje expresa una forma de vida: la colaboración de individuos por comparativar un modo de vida similar estructurado hecha posible, en parte de manera explícita y en parte de manera implícita, por convenciones entendidas comúnmente.

Hart señala que la manera habitual de formular definiciones no es adecuada para el derecho.¹⁴⁷ Su uso ha creado una separación entre la ciencia del derecho y el ejercicio de la profesión. Crea la impresión, a quien ejerce la profesión, que existen conceptos jurídicos fundamentales que no pueden ser aclarados sin asistirse de construcciones filosóficas. Esto se puede evitar, argumenta Hart, utilizando métodos adecuados de acuerdo con las características del derecho. Estos métodos fueron puestos en evidencia fundamentalmente, como se mencionó anteriormente, por Jeremy Bentham.

El uso cotidiano de palabras como 'derechos subjetivos', 'sanción', 'obligación', etcétera, es bien conocido. Sin embargo, aunque el significado común de estas palabras es conocido por los practicantes de la profesión,

147

Vid. Hart, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, (1983), 1885, pp. 21-48

estas palabras no han sido esclarecidas satisfactoriamente. Esto se debe, comenta Hart, a que los conceptos jurídicos son "anómalos".

Señal Hart que al intentar definir estas palabras se pone en evidencia su anomalía: no tienen una conexión directa con objetos del mundo sensible, como sucede en la mayoría de palabras, a los cuales nos referimos al definirlos. Son palabras que no corresponden con las expresiones utilizadas al definirlos (cualidades de una persona, cosas, estados psicológicos, etcétera). No son equivalentes de objetos, aunque se relacionen de alguna forma con ellos. No representan, como las palabras comunes, algo. Realizan, en cambio, una función específica en el contexto de un orden jurídico. Por ello, la manera habitual de formular una definición (del tipo 'sanción es...') resulta inoperante en ellas.

Hart señala que debido a esta anomalía, han surgido un gran número de teorías irreconciliables apoyadas en definiciones. Estas teorías comparten una serie de características comunes que las hace inadecuadas para definir conceptos jurídicos.

La primera de ellas es que se valen de mecanismos cuyo único objetivo es hacer embonar a las palabras dentro de teorías específicas.

La segunda consiste en que tales teorías tratan de definir conceptos relacionados con la práctica jurídica; sin embargo, no esclarecen la función que desempeñan dentro del orden jurídico. El uso de estas palabras en la práctica jurídica, en muchas ocasiones, no tiene nada que ver con la definición que de ellos formulan estas teorías.

La tercera consiste en que en muchas teorías se presenta una amalgama de temas que deberían distinguirse uno de otros. La afilicación a una teoría específica no siempre responde a inquietudes doctrinales. Señala Hart que, por ejemplo, afirmar o negar que las personas jurídicas son ficciones o personas reales era, en ocasiones, formas en que grupos organizados buscaban obtener reconocimiento por el Estado. La adopción de alguna teoría obedece, en este caso, a una mezcla de factores doctrinarios y políticos.

Como se comentó previamente, Jeremy Bentham mencionó que los conceptos jurídicos necesitan un método especial para ser elucidados. Dichos términos no deben ser considerados de manera aislada, sino dentro de un enunciado. Advierte Hart que no tener presente que el derecho es una parte del lenguaje con características propias conduce a confusiones.

Para explicar la naturaleza de las normas jurídicas, Hart utiliza una analogía de ellas con las reglas de un juego de Cricket.¹⁴⁸ Por medio de ella muestra cuatro características que ambos comparten y que muestran por qué el modelo tradicional de definir no funciona en el derecho.

(1) El uso de palabras como 'obligación', 'contrato', etcétera, tomadas dentro de enunciados donde desempeñan una función específica tiene una característica singular: al hacerlo, asumimos la existencia de un orden jurídico con todo lo que ello implica. Esta situación, implícita en el uso de estos enunciados, no se menciona explícitamente. Estos enunciados son expresiones

que evocan normas para producir consecuencias jurídicas. No son expresiones sobre las normas que evocan. El análisis de enunciados sobre derechos (subjettivos) y obligaciones como predicciones ignora esta distinción.

(2) El uso de un enunciado del tipo 'A tiene derecho a que B le pague \$50.00' implica no sólo la existencia de un orden jurídico, sino la conexión con una norma particular del sistema.

El enunciado 'A tiene derecho a que B le pague \$50.00' se vuelve verdadero siempre y cuando concurren dos circunstancias:

- (i) La existencia de una norma jurídica bajo la cual se atribuyan consecuencias jurídicas a hechos especificados en la norma, y
- (ii) La declaración de que efectivamente ocurrieron estos hechos ..

Señala Hart que quien utiliza un enunciado jurídico no hace mención de la norma aplicable al caso ni de la actualización de los hechos. Lo que hace es llegar a una conclusión partiendo de la norma y de los hechos que van implícitos al hacer uso del enunciado. El enunciado 'A tiene derecho...' es una conclusión jurídica que parte de una norma y de la actualización de los hechos, que menciona la norma.

(3) El enunciado 'A tiene derecho a que B le pague \$50.00' cuando es dicho por un juez tiene el carácter de declaración oficial. La misma declaración hecha por un particular no tiene ese carácter, aunque ambos enunciados sean conclusiones de derecho.

(4) Las normas, en ocasiones, regulan una secuencia de acciones o situaciones de manera tal que las unifica. Los órdenes jurídicos han creado términos para referirse a situaciones de este tipo, como en el caso del derecho corporativo. Al usar esta terminología estamos aplicando a los hechos la norma que los unifica. La confusión viene cuando definimos los términos, utilizados por el orden jurídico para referirse a secuencias de manera unitaria, tratando de encontrar la razón de su unidad en una característica propia de la secuencia.

Estas cuatro características del lenguaje jurídico muestran la dificultad de definirlo a través de relacionarlo con contrapartes en el mundo sensible. Para Hart la función de estas palabras no es describir, ni representar (personas, cosas, etcétera).

Jeremy Bentham, advertía que la función de estas palabras sólo la podemos comprender si las tomamos dentro de los enunciados en donde realizan su función específica.¹⁴⁹ El método tradicional de definir, por género propio y diferencia específica, no sirve para elucidar la función de estas palabras. Este método funciona únicamente cuando no tenemos duda acerca de la clase genérica a la que pertenecen las palabras que tienen una correlación fáctica. La función de la definición es, en este caso, localizar dentro de una clase general de cosas el sub-grupo a que pertenece la palabra definida.

Por tanto, esta manera de definir no sirve para elucidar conceptos jurídicos, ya que no toma en cuenta la anomalía de estos términos: no representar hechos. Al darse cuenta de esto, los juristas han hecho uso de distintos mecanismos para superar esta anomalía (decir que los conceptos jurídicos son ficciones, o que son entes reales pero inexistentes, etcétera).

La manera como podemos elucidar conceptos jurídicos es tomando un enunciado en donde desempeñen su función característica. Este enunciado, según Hart, lo esclarecemos al aclarar dos cosas:

- (1) Con especificar las condiciones bajo las cuales el enunciado es verdadero, y
- (2) Con mostrar como es utilizado para llegar a una conclusión jurídica partiendo de normas particulares.

De acuerdo con Hart, la explicación de estos dos factores nos basta para elucidar la función característica de los conceptos jurídicos.

Siguiendo este método, Hart muestra como podemos esclarecer el concepto de derecho subjetivo.¹⁵⁰

Menciona que, primeramente, un enunciado que dice que X tiene un derecho subjetivo es verídico si se cumplen las siguientes circunstancias:

(1) La existencia de un orden jurídico.

(2) De acuerdo a una norma del orden jurídico, otra persona se encuentra obligada a realizar o abstenerse de realizar una conducta especificada en la norma.

(3) El orden jurídico hace que esta obligación dependa de la elección que haga X. De tal forma que Y está obligado a hacer o no hacer la conducta prescrita en la norma solo si X elige que lo esté.

En segundo lugar, el enunciado mencionado es utilizado para llegar a una conclusión jurídica en un caso particular previsto por la norma.

Hart señala que si definimos los conceptos jurídicos a través de sinónimos o de frases sinónimas oscurecemos una característica esencial del lenguaje jurídico: la función que desempeña. El enunciado 'X celebró un contrato' lo debemos distinguir de dos cosas:

(1) del enunciado de los hechos requeridos para que sea verdadero: que las partes hayan firmado un contrato, y

(2) del enunciado de las consecuencias jurídicas de ser verdadero: que Y esté obligada a realizar cierta conducta.

Al decir que X celebró un contrato, no estamos mencionando el hecho de que las partes firmaron un contrato, ni las consecuencias jurídicas de haberlo celebrado. Este enunciado es una expresión cuya función es llegar a una conclusión a partir de una norma que menciona bajo determinadas circunstancias se producirán ciertas consecuencias.

Hart no pretende, en su teoría jurídica, elaborar una definición del término 'derecho'; busca establecer las condiciones y usos bajo los cuales se utiliza correctamente este vocablo.

V

HART Y EL CONCEPTO DE DERECHO

En las primeras líneas de *The Concept of Law* Hart dice que pocas preguntas relacionadas con la sociedad humana han sido hechas con tanta persistencia y contestadas por grandes pensadores de manera tan distintas, e inclusive de manera tan paradójicas, como la pregunta "¿Qué es el derecho?". Hart sostiene que tal persistencia no puede explicarse como resultado de un mero interés por saber cómo usar la palabra "derecho", que toda persona culta emplea con relativa soltura, ni como resultado de las vacilaciones acerca de si usar o no esa palabra para referirse a casos fronterizos, como el derecho internacional, vacilaciones que se dan respecto de prácticamente todas las palabras de los lenguajes naturales debido a la vaguedad o textura abierta que poseen. Hart afirma que hay cuestiones más profundas que desconciertan a quienes formulan tenazmente aquella pregunta, e identifica especialmente tres de esas cuestiones:

¿Cómo se distingue las normas jurídicas de los mandatos?

La relación entre el derecho y la moral.

¿Qué significa decir que existen normas?

Hart dice que, generalmente, se pretende esclarecer esas cuestiones a través de una definición de "derecho", y especialmente a través de una definición *per genus et differentiam*. Sin embargo, Hart rechaza este camino. En primer lugar, porque dicho tipo de definición es posible sólo en casos muy

limitados: en los que hay una clase más vasta de fenómenos en la que puede ser subsumida la subclase que se pretende caracterizar; este no es el caso del derecho, respecto del cual no hay coincidencia sobre cuál podría ser la familia más amplia de fenómenos a la que el derecho podría pertenecer y difícilmente se puedan señalar propiedades comunes a todos los fenómenos que son calificados como "derecho". En segundo término, Hart sostiene que si bien hay otros tipos de definiciones posibles, además de la de "género y diferencia", nada tan conciso como una definición puede satisfacer inquietudes como las mencionadas. Los problemas subyacentes, señala Hart, son muy heterogéneos y complejos como para que su esclarecimiento se pueda ofrecer como parte de la definición de la palabra "derecho".

Sin embargo, señala Hart que el instinto que ha unido los tres temas recurrentes bajo una exigencia por formular una definición no ha sido equivocado, ya que, de acuerdo con Hart es posible identificar un conjunto de elementos centrales que constituyen un común denominador de la respuesta a estas tres preguntas. Para mostrar cuales son estos elementos, así como la importancia que el mismo Hart le asigna para elucidar el concepto de derecho, Hart examina las deficiencias de la teoría imperativa (basada, básicamente, en la teoría del derecho de John Austin) del derecho.¹⁵¹

Como se mencionó en capítulo previo, en *The Province of Jurisprudence Determined* Austin analiza el concepto de derecho a través de

¹⁵¹ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., pp.13-16

los elementos de mandato y hábito de obediencia. Hart comenta que el gran atractivo que tienen estos términos es que no son términos oscuros que requieren de gran explicación; por el contrario, son fácilmente apelables a la intuición.

Antes de analizar la teoría austiniana del derecho advierte que es incorrecto utilizar el término "mandato", como lo usa Austin, para referirse a órdenes respaldadas por amenazas. La palabra mandato, utilizada frecuentemente en contextos militares, conota una organización jerárquica relativamente estable. Por tanto, no es necesario que exista un daño latente cuando se emite un mandato. Mandar es, característicamente, ejercitar autoridad sobre hombres, no la aplicación de un daño; y, aunque se puede combinar con amenazas de daño, un mandato es un exhorto, no al miedo, sino al respeto por la autoridad.¹⁵²

Por tanto, en su análisis del concepto de derecho Hart parte de los conceptos de órdenes respaldadas por amenazas y de hábito de obediencia. Para realizar dicha tarea Hart parte de la teoría austiniana y pretende avanzarla hasta donde sea posible.

Una vez señalado el camino a seguir, Hart realiza una primera distinción entre la situación en la que un asaltante ordena a una persona a realizar determinada conducta y amenaza con un daño en caso de desobediencia y la situación en que se formula una norma jurídica. Señala que la forma típica de las normas jurídicas es de dos formas: indica un tipo

¹⁵² Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. cit., p.20

general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescrito (las directivas oficiales individualizadas, cara a cara ocupan un lugar secundario en el derecho). Por tanto, aunque no exclusivamente, el control jurídico es un control mediante directivas que en este doble sentido son generales.

Un asaltante, comenta Hart, no dá órdenes permanentes a ser seguidas de tiempo en tiempo por clase de personas. Las normas jurídicas, en cambio, tienen en grado preminente esta característica de permanencia. Para que exista la creencia en la probabilidad continuada de la ejecución de la amenaza se requiere determinados factores que no se pueden reproducir en la situación del asaltante: se debe suponer que, cualquiera que sea el motivo de ello, la mayor parte de las órdenes son más frecuentemente obedecidas voluntariamente (es decir, con independencia del temor de las amenazas) que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas. Hart, siguiendo a Austin, llama a esta situación "hábito de obediencia".

Asimismo, continuando en su reproducción del modelo austiniano, Hart señala que la persona, o cuerpo de personas, que emiten tales órdenes deben ser internamente supremo y externamente independiente. Por tanto, las normas jurídicas de un Estado, siguiendo el modelo austiniano, son las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedezcan a aquel.¹⁵³

¹⁵³ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p.25

Sin embargo, a pesar de avanzar el modelo de órdenes coercitivas se presentan, observa Hart, series objeciones al pretender analizar el concepto de normas jurídicas a través de su reducción al fenómeno de órdenes respaldadas por amenazas. Estas objeciones Hart las divide en tres grupos:

1. Las que se refieren al contenido de las normas jurídicas;
2. Las que se refieren a su origen; y
3. Las que se a su ambito de aplicación.

Comenta Hart que además de las normas que imponen obligaciones, las cuales son aparentemente análogas las órdenes coercitivas, existe otra clase de normas que no pueden ser reducidas al modelo de órdenes generales coercitivas sin distorcionar completamente su naturaleza. Estas normas desempeñan una función social muy distinta a las de, por ejemplo, una ley penal. La función de la ley penal es prescribir determinada conducta a quienes se aplica, independientemente de sus deseos. La sanción que las normas enlazan a su incumplimiento busca crear un motivo para que los hombres cumplan con lo prescrito por ellas. En cambio, las normas jurídicas que definen la manera de realizar contrato, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no imponen deberes u obligaciones. Estas normas confieren a los particulares "facilidades" para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de derechos subjetivos y de obligaciones dentro del cuadro coercitivo del sistema jurídico. Para el profesor Hart, estas facilidades conferidas a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás, por medio de contratos, testamentos, etcétera, es una de las grandes aportaciones del derecho a la vida social. La función social que desempeñan

queda gravemente oscurecida si se tratan de explicar con el modelo de órdenes coercitivas.

A este respecto, el profesor Neil MacCormick aclara que lo que el derecho dá a los individuos no es la capacidad de dar forma a sus negocios (el derecho no "facilita" a los individuos para arreglar sus negocios realizando, por ejemplo, transacciones con menos requisitos de los exigidos), sino la posibilidad de realizar arreglos jurídicamente ejecutables.¹⁵⁴

Para Hart la diferencia de función entre ambos tipos de normas se refleja en muchos de nuestros modos corrientes de hablar: si uno no cumple con las normas bajo las cuales se celebran contratos el acto será nulo, no producirá efectos válidos; sin embargo, a pesar de ser un acto nulo, uno no viola ninguna obligación, la conducta no es un delito.¹⁵⁵

Otro defecto del reduccionismo efectuado por la teoría austiniana es que no logra explicar el carácter auto-vinculatorio de las normas jurídicas. Las órdenes respaldadas por amenazas únicamente obligan a sus destinatarios. Las normas jurídicas, en cambio, pueden, además, obligar a quien las emite. Para salvar este obstáculo, en ocasiones se distingue la persona del legislador en su carácter oficial, que emite leyes, del legislador en su carácter particular, al que se le aplican las leyes emitidas. Sin embargo, comenta Hart, la noción de capacidades diferentes sólo es

154 MacCormick Neil. *H.L.A. Hart, cr.*, p.84

155 Hart, H.L.A. *The Concept of Law, cr.*, pp.27-28

inteligible en términos de normas que confieren facultades, las cuales no pueden ser reducidas a órdenes coercitivas.¹⁵⁶

La tercera objeción al reduccionismo austiniano es en relación con los modos de origen. Para Austin la emisión de una ley al igual que la de una orden es un acto deliberado y de origen cierto. Estas teorías pretenden que toda norma jurídica puede ser considerada como semejante, en este punto, a la legislación, que debe su status de derecho a un acto deliberado de creación jurídica. Sin embargo, aunque la emisión de una ley es, en ciertos aspectos, análoga a dar una orden, existen normas jurídicas que se originan en la costumbre y no deben su status jurídico a ningún acto consciente de creación de derecho.

En ocasiones, comenta Hart, se trata de superar este obstáculo extendiendo la noción de orden para incluir una expresión tácita de voluntad, que consiste en la interferencia con órdenes dadas por subordinados. Sin embargo, este recurso no es suficiente para explicar el fenómeno. Cuando se dice que el superior quiere que se haga lo ordenado por el inferior, se presupone que el superior sabía que se había dado la orden, tuvo tiempo de considerarla y decidió no hacer nada. Para Hart la objeción principal al uso de la idea de expresiones tácitas de la voluntad del soberano para explicar el status jurídico de la costumbre es que, en cualquier Estado moderno, rara vez es posible atribuir al soberano tal conocimiento, consideración y decisión de no interferir.

¹⁵⁶ Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, cit., p. 42

Hart menciona que la teoría austriana afirma que, dondequiera que hay derecho, debe haber un soberano que es habitualmente obedecido y que no obedece habitualmente a nadie, cuyas órdenes generales constituyen el derecho de la sociedad; los individuos, destinatarios de tales órdenes, forman, junto con el soberano, una sociedad política e independiente.

Para Hart la idea de obediencia habitual fracasa para dar razón de la continuidad que se observa en todo sistema jurídico cuando un legislador sucede a otro. Solamente por medio de una norma se puede explicar la continuidad de la autoridad legislativa. El enunciado de que un nuevo legislador tiene derecho a legislar presupone la existencia, en el grupo social, de la norma según la cual tiene éste derecho.¹⁵⁷

La existencia de una norma, continua diciendo Hart, que identifica patrones de conducta mediante referencia a las órdenes emitidas por determinada persona transforma completamente la situación que había sido descrita en términos de hábitos de obediencia. Donde se acepta tal norma, el soberano no solamente especificará, de hecho, lo que debe hacerse, sino que tendrá el derecho de hacerlo; y no sólo habrá obediencia general a sus órdenes, sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo. El soberano será un legislador con autoridad para legislar, es decir, para introducir nuevas pautas o criterios de conducta en la vida del grupo.¹⁵⁸

157 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p.54

158 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., pp.56-57

Posteriormente, Hart analiza la noción de aceptación de una norma. Para hacerlo, la diferencia de los hábitos con los que tiene en común que el comportamiento a que se refieren tiene que ser general, aunque no necesariamente invariable; esto significa que, cuando surge la ocasión, es repetido por la mayoría del grupo.

Hart indica las siguientes diferencia entre los hábitos y las normas:

Primera.- En el caso de las normas que exigen determinado conducta, no basta con que exista en el grupo un comportamiento convergente del grupo. Cuando existe esa norma, las desviaciones son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptible de crítica, y las amenazas de desviación chocan con una presión en favor de la conformidad, si bien las formas de crítica y de presión varían según los diferentes tipos de normas (morales, jurídicas, etcétera).

La segunda consiste en que, en el caso de normas, la crítica que se hace cuando una persona se desvía del comportamiento requerido por la norma se considera justificada. Esto significa que aquellos que critican la conducta de otra persona que viola lo dispuesto en una norma no están sujetos a críticas justificadas por el sólo hecho de haber criticado al agente original.¹⁵⁹

El tercer punto que diferencia a las normas de los hábitos es lo que Hart llama el "aspecto interno de las normas". Para que una norma exista la

¹⁵⁹ MacCormick Neil. *H.L.A. Hart, cit.*, p.31

mayoría de los miembros del grupo tienen que ver la conducta requerida como una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además de la conducta regular uniforme que comparte con un hábito, que Hart llama "aspecto externo", toda norma tiene un aspecto interno.

No es necesario que, en situaciones donde las normas son aceptadas, el sujeto cuya conducta regula deba experimentar sentimientos análogos a los de restricción. Lo que es necesario que exista, comenta Hart, es una actitud crítica reflexiva frente a ciertos patrones de comportamiento en tanto pautas comunes de conductas, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimiento de que tales críticas y exigencias están justificadas. Todo esto se refleja en la terminología normativa: "deber", "correcto", etcétera.¹⁶⁰

Sin embargo, lo mencionado en el párrafo anterior se encuentra abierto a series de objeciones. MacCormick señala que las nociones de "crítica" y "crítica justificada" dependen para su explicación en la identificación de la actitud crítica reflexiva; sin embargo, dicha actitud parece que se explica principalmente por referencia a la crítica y a su justificación. Este problema no se supera con hacer referencia a las expresiones características de dicha actitud en la terminología normativa de "deber", "bueno", "malo" etcétera.

De esta forma, un vegetariano puede decir que es malo comer carne y estar conciente que no existe una norma social que prohíba comer carne. El

¹⁶⁰ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., pp.54-56

vegetariano, comenta MacCormick, no estaría cometiendo un error lingüístico.

A pesar de esta objeción, para MacCormick el enfoque de Hart en el aspecto interno de las normas para elucidar conceptos jurídicos es, aunque incompleto, esencialmente correcto. El problema radica, comenta el profesor escocés, en que Hart no distingue entre actitudes relevantes. Con sólo apelar a la terminología normativa no se puede saber la diferencia que existe cuando una misma persona dice que "es malo comer carne" y que "es malo matar a alguien".¹⁶¹

MacCormick señala que en una "actitud crítica reflexiva" se pueden distinguir un elemento cognocitivo, comprendido en el término "reflexiva", y un elemento volitivo, comprendido en el término "crítica". El elemento cognocitivo abarca la noción de "pauta de conducta"; es decir, la capacidad de concebir en términos generales una correlación abstracta de determinado acto con determinadas circunstancias. Debido a que la pauta de conducta es una pauta generalizada de acto-en-circunstancias, siempre que tales circunstancias se presentan, el acto es un acto que se conforma o un acto que no se conforma a tales circunstancias. Cuando las circunstancias no se presentan la pauta es irrelevante.

El elemento volitivo comprende una preferencia porque el acto, o la abstención del acto, se realice al presentarse las circunstancias. Es decir, un deseo porque se mantenga la pauta de conducta. A menudo dicha

¹⁶¹ MacCormick Neil, *H.L.A. Hart, cit.*, p.32

preferencia está condicionada al hecho que la pauta de conducta sea una por la que existe una preferencia compartida por la gran mayoría de los miembros de un grupo. Por ejemplo, la preferencia que tiene un inglés porque aquellos que manejan lo hagan del lado izquierdo. La preferencia de tal inglés está condicionada en que la gran mayoría de los ingleses que manejan coches la compartan.

Un vegetariano, en cambio, no asume que el patrón de conducta que prefiere, "no comer carne", sea uno compartido por el resto de los miembros del grupo al que pertenece. El vegetariano lo prefiere, inclusive, sobre el patrón convencional. El compromiso volitivo que asume está basado en un principio y, por tanto, no es condicional a su observancia que el grupo la comparta.¹⁶²

MacCormick señala que la elucidación de nociones tales como "aceptar una norma", "apoyada por críticas", etcétera debe ser hecha con referencia al elemento volitivo.

Para Hart, la teoría del derecho como órdenes coercitivas parte de la apreciación correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace, en algún sentido, no optativa u obligatoria. Al elegir este punto de partida, continua diciendo Hart, esta teoría, a pesar de sus defectos, estaba bien inspirada. Por tanto, para tratar de elucidar el concepto de derecho, Hart parte de esta misma idea.

De acuerdo con la teoría del derecho como órdenes coercitivas, la situación de un asaltante que ordena a otra persona que le entregue el dinero y amenaza con dispararle si no cumple ejemplifica el concepto de "obligación" o "deber" en general. Para esta teoría la situación del asaltante muestra el significado de "obligación", porque se trata de una situación en la que diríamos que la persona asaltada, en caso de obedecer, "se vio obligada" a ello. Sin embargo, la situación del asaltante no estaría descrita acertadamente, comenta Hart, si decimos que "la persona asaltada tenía la obligación de entregar el dinero". Existe una diferencia, continua diciendo Hart, entre la aseveración de que alguien se vio obligado a hacer algo, y la aseveración de que tenía una obligación de hacerlo.¹⁶³

Para Hart el enunciado de que una persona se vio obligada a obedecer a otra es, en lo principal un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción. Los hechos acerca de creencia y motivos no son necesarios para la verdad de un enunciado que afirma que una persona tenía la obligación de hacer algo.

Sin embargo, advierte Hart que, aunque el enunciado de que alguien tiene una obligación, implica la existencia de una norma, no siempre es el caso que cuando existen normas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación.

Hart señala que se dice que una norma impone obligaciones cuando la exigencia general de conformidad es insistente, y la presión social sobre

¹⁶³ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., pp.79-80

quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande. Asimismo, continua diciendo el profesor inglés, es característico que las normas sustentadas por dicha presión social son reputadas importantes, porque se les creó necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella a que se atribuye gran valor; y, generalmente, se reconoce que la conducta exigida por estas normas, aunque sea beneficiosa para otros, puede encontrarse en conflicto con lo que la persona que tiene la obligación desea hacer.¹⁶⁴

Sin embargo, el hecho de que las normas de obligación están, por lo general, sustentadas por una presión social fuerte, no implica que estar sometido a una obligación establecida por tales normas significa experimentar sentimientos de compulsión o de presión.

La teoría del derecho de Hart es una teoría de un sistema jurídico como un sistema de normas sociales. En tanto normas sociales pertenecen a una clase genérica a la que pertenecen otro tipo de normas (normas morales, normas de etiqueta, reglas de juegos, etcétera). El derecho se diferencia de las demás normas sociales por dos características. La primera es que, al igual que las normas morales, se ocupan de deberes y obligaciones, convierten a determinada conducta en obligatoria. La segunda es que, a diferencia de las normas morales, poseen una cualidad sistemática que depende de la interrelación de dos tipos de normas: normas primarias y normas secundarias.

164 Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., pp.84-85

Hart señala que para poder explicar el concepto de derecho y el de orden jurídico se requiere analizar la interrelación entre los dos tipos de normas. El primer tipo de normas, que Hart las considera el tipo básico o primario, prescriben a los individuos hacer u omitir ciertas acciones, lo quieran o no. Las normas del segundo tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero y son, en relación con ellas, secundarias. Las normas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, al hacer o decir ciertas cosas, introducir nuevas normas del tipo primario, extinguir o modificar normas anteriores, o determinar de diversas manera el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las normas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren facultades, públicas o privadas.

Para Hart, en la combinación de estos dos tipos de normas se encuentra lo que Austin, erróneamente, creía haber encontrado en la noción de órdenes coercitiva: la clave de la ciencia de la jurisprudencia. Sin embargo, advierte Hart, que no siempre que se usa la expresión "derecho", se encuentra esta combinación de normas primarias y secundarias. No todos los casos respecto de los cuales se usa la expresión "derecho" están unidos entre sí por tal uniformidad simple. Existen casos que se encuentran unidos por relaciones menos directa, a menudo por relaciones de analogía, de forma o de contenido, con un caso central.

Hart señala que la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de normas y la acción recíproca entre ellas. La razón por la que Hart atribuye a esta unión de elementos un lugar central

es debido a su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico.

Hart señala que si un observador se atiene al punto de vista externo y no dá ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las normas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, en términos de las nociones de obligación o deber que, a su vez, son dependientes de la noción de norma. Su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signo.

Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a regularidades observables de conducta, es la manera en que las normas funcionan como tales en la vida de la mayoría de las personas en sociedad. Para ellos, la violación de una norma no es, cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad.

Para explicar como se interrelacionan las normas primarias con las normas secundarias, Hart utiliza un modelo de sociedad donde el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas de comportamiento en términos de normas de obligación. Señala Hart que para que una sociedad de este tipo pueda sobrevivir, únicamente con tales normas primarias, hay ciertas condiciones que deben satisfacerse:

La primera de estas condiciones es que las normas deben restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto

jacciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que necesitan, en general reprimir para poder coexistir en proximidad.

En segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir tensión entre los que aceptan las normas, y los que las rechazan, excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas. Hart señala que el último grupo no puede ser más que una minoría para que pueda sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física. De otra forma, continua diciendo Hart, quienes rechazan las normas encontrarían muy poca presión social que temer.

Finalmente, sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado de acuerdo con tal régimen de normas. Bajo cualquier otras condiciones, una forma tan simple de control social resultaría inoperante y requeriría de alguna complementación. Las normas del grupo en una sociedad como la descrita no forman un sistema; constituyen, simplemente, un conjunto de estándares de conducta separados, sin ningún elemento común identificatorio, excepto por el hecho de ser las normas que un grupo de individuos acepta.¹⁶⁵

Hart comenta que en este tipo de sociedades si surge alguna duda sobre el alcance preciso de determinada norma, no habría procedimiento alguno para solucionarlo. Tal procedimiento, comenta Hart, implican la existencia de normas de un tipo diferente a las de obligación. A este defecto

de la estructura social simple de las normas primarias Hart lo llama "falta de certeza".

Un segundo defecto de dicha estructura social es el carácter estático que tienen las normas. Hart señala que en estas sociedades el único modo de cambio normativo es el proceso lento de crecimiento, mediante el cual cursos de conducta, considerados como optativos, se transforman, primero en habituales o usuales, y, posteriormente, en obligatorios; y el proceso inverso de declinación, cuando las desviaciones, al principio tratadas con severidad, son, primero toleradas, y, después, pasan inadvertidas. En tal sociedad no habría manera de adaptar deliberadamente las normas a circunstancias cambiantes, eliminando normas antiguas e introduciendo nuevas. La posibilidad de hacer esto, comenta Hart, implica, también, la existencia de normas distintas a las normas primarias de obligación.

El tercer defecto es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las normas. Comenta Hart que en este tipo de sociedades siempre habrá discusiones sobre si una norma aceptada ha sido o no violada y, salvo en sociedades muy pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial encargado de determinar, en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación.

El remedio para cada uno de estos defectos de la estructura social simple de normas primarias de obligación consiste en complementar las normas primarias de obligación con normas secundarias. Hart considera la introducción de los remedios de la estructura social simple, por medio de la

unión de normas primarias con normas secundarias, como el paso del mundo "pre-jurídico" al mundo "jurídico".

Hart señala la forma más simple para remediar la falta de certeza del régimen de normas primarias de obligación es la introducción de los que llama "regla de reconocimiento". La regla de reconocimiento especifica los criterios que debe poseer una norma para ser considerada como una norma del sistema.

El remedio para la cualidad estática del régimen de normas primarias consiste en la introducción de lo que Hart llama "normas de cambio". La forma más simple de tal norma es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas normas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto normas anteriores. Obviamente, señala Hart, existe una conexión muy estrecha entre las normas de cambio y las de reconocimiento, porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporan una referencia a la legislación como característica identificatoria de las normas, aunque no es necesario que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo.

El tercer complemento del régimen simple de normas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en normas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una norma primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y Hart llama a las normas secundarias que confieren

facultades para hacerlas "normas de adjudicación". Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales normas definen, también, el procedimiento a seguir.¹⁶⁶

Muchas de las oscuridades que rodean a los conceptos jurídicos, comenta Hart, surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que Hart llama el punto de vista interno, es decir, el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las normas, sino que usan las normas como pautas para valorar su conducta y la de los demás. Con la adición de normas secundarias el campo de lo que se hace y dice, desde el punto de vista interno, se extiende, y con esta extensión aparece todo un conjunto de nuevos conceptos, cuyo análisis reclama referencia al punto de vista interno. Entre ellos se encuentran las nociones de jurisdicción, legislación, validez, etcétera.

De acuerdo con la teoría del derecho como órdenes coercitivas, los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas del soberano, quien, a su vez, no obedece habitualmente a nadie. Para dicha teoría esa situación es condición necesaria y suficiente de la existencia de un orden jurídico. Sin embargo, la teoría del derecho como órdenes coercitivas es incapaz de dar cuenta de algunas de las características más sobresalientes de un orden jurídico moderno. Aunque esta teoría contiene, en forma desdibujada y equívoca, ciertas verdades acerca de algunos aspectos importantes del derecho, estas

verdades sólo pueden ser presentadas con claridad y su importancia apreciada adecuadamente, en términos de una situación social más compleja, en la que se acepta y utiliza una norma secundaria de reconocimiento para la identificación de normas primarias de obligación. Para Hart, esta situación es la que merece ser llamada el fundamento de un orden jurídico.¹⁶⁷

Dondequiera que se acepta la regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios autoritarios para identificar las normas primarias de obligación. La existencia de una regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica generalizada, de funcionarios y particulares, en identificar normas mediante dichos criterios.

El uso por funcionarios y particulares de reglas de reconocimiento no expresadas para identificar reglas particulares del sistema es característico del punto de vista interno. Quienes las usan manifiestan su aceptación de ellas en cuanto normas orientadoras. Esta actitud, comenta Hart, trae aparejado un vocabulario característico. Expresiones del tipo de "El derecho dispone que...", son utilizadas por quienes identifican una norma del sistema. Este tipo de expresiones Hart las denomina "enunciado interno", porque manifiesta el punto de vista interno y es usada por quienes, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que es aceptada, la aplican al identificar como válida alguna norma particular del sistema.

Esta actitud de aceptación compartida de las normas la contraponen Hart con la de un observador que registra *ab extra* el hecho de que un grupo social acepta tales normas, sin él, por su parte, aceptarlas. La expresión característica de esta actitud es "En Inglaterra reconocen como derecho...cualquier disposición sancionada por la Reina en el Parlamento". A este tipo de expresión Hart lo denomina **enunciado externo**.¹⁶⁸

La regla de reconocimiento tiene la peculiaridad de que, a diferencia de las normas del sistema, no se puede predicar su validez; únicamente, se puede decir que existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia, señala Hart, es una cuestión de hecho.

La regla de reconocimiento puede ser considerada desde dos puntos de vista. Uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema. El otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.¹⁶⁹

Hart señala que para la teoría del derecho como órdenes coercitivas es condición suficiente para la existencia del sistema que las normas del sistemas sean obedicidas por el grueso de la población, independientemente de la razón que tengan para obedecer (razones prudenciales, morales,

¹⁶⁸ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p.99

¹⁶⁹ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., pp. 107-108

etcétera). Para Hart tal situación es condición necesaria, pero no suficiente para la existencia del orden jurídico. Por ser el orden jurídico un sistema formado por la unión de normas primarias y secundarias, se requiere, además, dar cuenta de la relación relevante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios. Aquí lo importante, comenta Hart, es que exista una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema.

Para Hart existen dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un orden jurídico. Por un lado, las normas de conducta válidas, según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídico, y sus normas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial.¹⁷⁰

MacCormick señala que la contribución más valiosa del trabajo de Hart como jurista se encuentra en la manera como llevó a cabo la explicación de las normas jurídicas, como especie de normas sociales, y la explicación de normas sociales.

Hart busca explicar los actos y prácticas humanas por medio de una interpretación del significado que guardan para aquellos que toman parte en tales actos, prácticas, etcétera. A este nuevo acercamiento el profesor

MacCormick lo llama "hermenéutico", y se basa en gran medida en el análisis lingüístico del colega de Hart, J.L. Austin.

Hart niega la posibilidad de elucidar el concepto de "normas" apelando tan sólo a regularidades externas de comportamiento. Esto, aunque es un elemento necesario para la elucidación del concepto de norma, no es suficiente. Se requiere además un elemento de actitud entre los miembros del grupo cuyo comportamiento constituye un patrón de conducta. Esta actitud es, como se mencionó anteriormente, la característica principal que diferencia a una norma de un hábito.¹⁷¹

Para poder ver estas diferencias se debe interpretar el significado de tales juicios desde el punto de vista de la persona que los formula y no desde el punto de vista de un observador externo. Para MacCormick la teoría del derecho de Hart acierta al preguntar "¿Cuáles son las actitudes frente a pautas de comportamiento que, junto con regularidades de comportamiento, deben existir para que sea cierto decir que dentro de un grupo de individuos existe una norma?".

Como se indicó anteriormente, no todos los individuos aceptan voluntariamente las normas. Muchos pueden no aceptarlas y cumplirlas por razones meramente prudenciales. A este punto se refiere Hart cuando habla del "punto de vista externo", que es el que tiene una persona que se limita a observar conducta únicamente en términos de regularidades de comportamiento observable y predicciones.

171 MacCormick Neil. *H.L.A. Hart, cit.*, pp. 29-30

Existe, además, otra variante del "punto de vista externo", el cual, comenta Neil MacCormick, Hart menciona sólo de pasada como se desprende del siguiente texto:

"Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar él mismo las normas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, a la manera en que *ellos* ven las normas desde el punto de vista interno. Pero cualesquiera sean las normas...podemos, si lo preferimos, ocupar la posición de un observador que ni siquiera se refiere de esa manera al punto de vista interno del grupo."¹⁷²

Para MacCormick este es el punto de vista al que el jurista hartiano debe atenerse. Hart, como positivista, asume la proposición que elucidar una norma jurídica o un orden jurídico es una cuestión diferente de la razones morales, o de cualquier otro índole, que uno pueda tener para obedecer o no la norma. El teórico del derecho hartiano debe adoptar por el punto de vista de la persona que entiende y busca describir la normas desde el punto de vista interno, con independencia de cualquier inclinación que tenga, a favor o en contra de dichas normas. desde el punto de vista interno.

El "punto de vista externo no extremo", al cual MacCormick llama punto de vista "hermenéutico", requiere compartir completamente el

¹⁷² Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p. 87

elemento cognocitivo del punto de vista interno y una clara apreciación, aunque no necesariamente compartir, del elemento volitivo, la preferencia por conformarse con la pauta de conducta establecida.¹⁷³

Para elucidar nociones como "obligación", "bueno", "malo", etcétera Hart, utiliza el método "hermenéutico": explica el contexto bajo el cual utiliza estos términos una persona que se formula enunciados internos.

Este elemento hermenéutico diferencia a la teoría de Hart de las teorías anteriores. Inclusive Kelsen, evita referencias a "actitudes internas". La concepción kelseniana de deber es, comenta MacCormick, meramente una derivación lógica de su teoría según la cual todas las normas jurídicas son normas que autorizan la imposición de una sanción. Así una norma que establece que "quien cometa homicidio será encarcelado 20 años" conlleva dos proposiciones: cometer homicidio es un delito, y no cometer homicidio es un deber.

Para Hart, Kelsen invierte el orden de las cosas. La función principal del derecho es, dice Hart, establecer lo que es obligatorio para las personas. Aunque los deberes y las obligaciones presuponen normas respaldadas por una fuerte presión social, la idea de que dichas normas autorizan, primeramente, la imposición de sanciones a funcionarios y, sólo secundariamente, requieren determinada conducta a la gente, distorsiona lo que acontece en la realidad social.¹⁷⁴

173 MacCormick Neil. *H.L.A. Hart*, cit., pp. 37-38

174 MacCormick Neil. *H.L.A. Hart*, cit., p.58

El uso de terminología normativa al formular enunciados no presupone una adherencia por parte del interlocutor del punto de vista interno. Sí presupone, en cambio, una pauta de conducta a la que se hace referencia, pero dicha pauta no necesita ser aceptada por el interlocutor. El punto de vista hermenéutico es posible sólo si un punto de vista interno, real o hipotético, es presupuesto.

Sin embargo, no todos los enunciados que se formulan utilizando terminología normativa presuponen la existencia de una norma. Lo que se requiere es la presunción de una pauta de conducta que distinga las conductas correctas de las incorrectas, pero este patrón de comportamiento no debe ser una norma; puede ser un principio o algún estándar de conducta.

Lo que diferencia a las normas de los demás patrones de conducta es que tienen la peculiaridad de ser, en la forma específica que adoptan, esencialmente convencionales y arbitrarias. Aún cuando no son escritas, las normas son relativamente claras y precisas.

La diferencia entre normas consuetudinarias y estándares de conducta surge del grado que comparte gente en concebir al patrón de conducta de una manera relativamente clara y precisa, en el caso de las normas, o una manera relativamente vaga, en el caso de principios y estándares. Los órdenes jurídicos estatales se caracterizan por la existencia de instituciones y procedimientos para formular en términos relativamente claros, precisos y autoritativos los estándares de conducta jurídicos en vigor. Una de las

características de un orden jurídico es que, a través de sus instituciones y procedimientos, convierte estándares vagos de conducta en normas.

MacCormick considera la elucidación que hace Hart de la noción de norma social y la metodología que aplica para llevarla a cabo como el elemento central y distintivo de la contribución de Hart a la jurisprudencia analítica. Aunque endosa la idea de Hart, en el sentido de que las normas tienen un aspecto interno, señala que esto no es suficiente para distinguir a las normas de otro tipo de estándares de conducta.¹⁷⁵

Las normas son estándares que contienen algún tinte o elemento convencional o arbitrario y que han alcanzado una formulación canónica o autoritaria, a través de, por ejemplo, de instituciones y procedimientos establecidos; y se distinguen, por esta peculiaridad, de los principios y de los estándares en sentido estricto.

En sociedades primitivas que carecen de órganos creadores y aplicadores de normas el único medio de control social es a través de costumbres, tradiciones y estándares respaldados por presiones sociales relativamente difusas. El paso, que Hart llama del mundo pre-jurídico al jurídico, se dá con el surgimiento de dicho tipo de órganos, instituciones o autoridades.

Por tanto, en sociedades "pre-jurídicas" la coexistencia social está regulada por un conjunto de normas primarias de obligación. En este tipo de

175 MacCormick Neil. *H.L.A. Hart, cit.*, pp.41-43

sociedades, donde no se cuenta con una regla de reconocimiento con la que se pueda identificar las normas sociales, la única manera de saber que si se está en presencia de alguna norma es por medio de reacciones hostiles que se generan frente a su incumplimiento.

En la vida cotidiana los individuos necesitan coordinarse para poder coexistir (en el trabajo, dentro de la familia, etcétera). Para lograrlo eficazmente muchas veces no basta con tener un entendimiento oligado de convencionalismos poco precisos. En estos casos, surge la necesidad de explicitar y de precisar dichos estándares. El profesor MacCormick menciona tres formas en que esto sucede:

1. Una normas consuetudinarias puede surgir mediante la repetición de algún patrón de conducta. Por ejemplo, una familia acostumbra comer a las 3:00. Cuando un miembro de la familia reclama a otro que "llegó tarde" alude a dicha norma consuetudinaria. Dicha norma consuetudinaria es relativamente precisa y arbitraria (la hora de comer podría ser a las 3:15 o a las 2:45).

2. Puede surgir por un acuerdo entre las partes. La familia se pone de acuerdo en comer a las 3:00.

3. En ocasiones, por medio de una interposición autoritativa. Por ejemplo, el jefe de familia establece la hora de comer.

La única forma en que los valores pueden ser promovidos es adhiriéndose a algunas normas o convencionalismos.¹⁷⁶

Como quedó antes señalado, tanto el derecho como la moral se distinguen de las demás normas sociales por ser obligatorias. En presencia de ellas la conducta deja de ser opcional. En ambos sistemas normativos existen normas que imponen obligaciones, y, aunque no todas las normas jurídicas o morales son de este tipo, todas las demás se relacionan, de alguna manera, con las normas de este tipo.

Como quedó mencionado para Hart, las normas imponen obligaciones cuando presentan ciertas características específicas. La situación en la que se presentan estas características es una situación en la que tiene sentido utilizar el término "obligación". El enunciado en el que se dice que una persona "tiene obligación de hacer x" es un ejemplo de lo que Hart llama enunciados internos, que expresan el punto de vista de alguien que se adhiere a la norma desde el punto de vista interno.

Como se mencionó anteriormente, uno de los graves defectos de la teoría del derecho de Hart es el de elucidar conceptos jurídicos con referencia únicamente a normas. Para Hart el derecho únicamente está conformado por normas; no por principios o estándares. MacCormick señala que el método hermenéutico utilizado por Hart en la elucidación del derecho es esencialmente correcto, pero, para superar los defectos de la teoría de Hart, es necesario avanzarlo aún más.

Para hacer esto MacCormick comienza por mostrar que Hart, al referirse a las normas que imponen obligaciones, utiliza indistintamente términos tales como "obligación", "deber", "mala conducta" ("wrongdoing"). De tales términos el más genérico es el de "mala conducta". Después de mostrar las diferencias entre tales términos,¹⁷⁷ MacCormick señala que todos ellos tienen en común que hacen alusión a la idea central de que, tanto en el derecho como en la moral, existen "requerimientos" de conducta que establecen la línea entre lo que es "malo" y lo que es, cuando menos, "aceptable".

Lo que tienen en común dichos términos es que "incumplir una obligación", "incumplir un deber", "cometer una infracción" es cometer un "mal" ("a wrong"). Existen distintas formas de cometer un "mal", jurídico o moral. Por tanto, es incorrecto tratar, como lo hace Hart, al término "obligación" como si fuera género. Para MacCormick lo que tienen en común todas las formas de cometer un mal es ser violaciones de requerimientos de conducta.¹⁷⁸

Un requisito ("requirement") es una condición necesaria, un sine qua non. Mantener las promesas, cumplir con los deberes, hacer un testamento

¹⁷⁷ MacCormick señala que el uso común especializado del término obligación se refiere a relaciones de índole normativo entre personas. Es decir, tener una obligación implica que (i) uno se encuentra en cierta relación con otra persona, y (ii) que uno, debido a tal relación, es requerido actuar de cierta manera frente a dicha persona. La conducta requerida depende de algún estándar, jurídico o moral, entendido.

El término "deber", por su parte, implica que (i) una persona ocupa un cargo o puesto determinado y que (ii) la conducta que se le requiere hacer a dicha persona es en virtud de ocupar dicho cargo. Aquí, como en el caso de obligación, se presupone la existencia de estándares entendidos.

¹⁷⁸ El término "requirement" utilizado por MacCormick significa en español tanto requisito (e.g. requisitos de validez de un contrato) como requerimiento (e.g. requerimientos de conducta).

por escrito, son requisitos jurídicos o morales. Algunos requisitos son categóricos; otros, hipotéticos. Así, hacer un testamento por escrito es un requisito para lograr lo deseado por el agente. En cambio, requerimientos como cumplir los deberes o las promesas no están dirigidos para alcanzar lo deseado.

Aunque a primera vista podría parecer, que en ambos casos se trata de requerimientos hipotéticos (en el caso de los deberes de, por ejemplo, un policía, es condición para adquirirlos volverse un policía, y nadie está obligado a ser policía), esto no es así. Los deberes de un policía son consecuencia de volverse un policía. En cambio, hacer un testamento por escrito es una condición de su validez.

Las normas que imponen obligaciones constituyen en sí razones para realizar los actos requeridos. Estas normas, de acuerdo con Hart, se encuentra respaldadas por una fuerte presión social. Para la persona que desea evitar dicha presión, cumplir con la obligación requerida por la norma es una condición para satisfacer aquel deseo. Parecería, por tanto, que se trata de requerimientos hipotéticos. No obstante, este último punto no desvirtua la idea de requerimientos categóricos de conducta, únicamente explica un punto de vista desde el cual estos pueden ser vistos. Los individuos en ocasiones se ven obligados a actuar de cierta manera para evitar una sanción. Sin embargo, esta apreciación "hipotética" de la situación es distinto a aquella cuando evocamos el punto de vista interno y decimos que, además de verse obligado a realizar determinada conducta por miedo a la sanción, uno tiene obligación de realizar dicha conducta.¹⁷⁹

Al formular juicios desde el punto de vista interno se utiliza el concepto de "mal acto" ("wrongdoing") sin referirnos a los deseos del agente. Según MacCormick, el concepto de "mal acto" es especialmente apto para explicar porque se puede decir que algunos requerimientos de conducta son considerados categóricos.

Como se mencionó anteriormente, las personas se adhieren a valores que consideran importantes. Ciertas conductas, vistas a la luz de normas y convencionalismos existentes, pueden ir en contra de dichos valores. En vista de que, al emitir juicios de valor, nos ocupamos de conductas y no de movimientos físicos de las personas, necesitamos saber, hasta cierto grado, los motivos e intenciones del agente para saber lo que hace conscientemente. Sin embargo, una vez que hayamos establecido que es lo que hace, la pregunta si está llendo en contra de algún valor no depende de si el agente quiere ir en contra de tal valor. Depende de que si, nosotros, quienes emitimos el juicio de valor, consideramos si dichas conductas van, o no, en contra de valores.

La teoría de Hart de las normas sociales, comenta MacCormick, se basa en la tesis de que las personas en sociedad se adhieren a valores específicos que constituyen los estándares fundamentales con los que se emite juicios y son la base de todos los demás estándares menos fundamentales.

Las personas clasifican formas de actuar con base en dichos valores. Forman una especie de escala en la cual los actos manifiestan distintos grados de bondad o maldad en función de que promuevan o vayan en contra de un valor específico. Los juicios de valor, que clasifican a la conducta como buena o mala, presuponen un línea divisoria. Así, los actos que se encuentran apenas debajo de dicho línea divisoria son "malos"; los que se encuentra más abajo, "muy malos"; los que se encuentran apenas por encima son "buenos"; los que se encuentran más arriba, "muy buenos"; etcétera. (Mac 64 {hacer la nota de referencia})

En base a las consideraciones anteriores surgen algunas objeciones en relación con la primera de las característica que, de acuerdo con Hart, distinguen a las normas que imponen obligaciones del resto de las normas: estar respaldadas por una seria presión social.

Para MacCormick, la única forma de apelar seriamente a los sentimientos del agente es mostrar que su acto no alcanza un mínimo requerido (no se encuentra por encima de la línea divisoria en relación con un valor específico) por determinado valor. Esto es lo que convierte en serio a un reproche, y lo diferencia del reproche que se hace en relación con actos "auto-vencibles" ("self-defeating acts") del agente.

De esta forma, decimos que una persona actuó mal, porque no mostró, por ejemplo, consideración hacia los demás al llegar tarde a una cena; en cambio, no decimos lo mismo de una persona que no celebró un contrato válido, por no hacerlo por escrito, cuando la ley así lo dispone.

Es en este sentido en el que Neil MacCormick se refiere a "requerimientos" de conducta. Para MacCormick existen, desde el punto de vista interno, "requerimientos" que son, precisamente, los requisitos constituidos por lo que es aceptado como las líneas divisorias de las escalas de valores. Los requerimientos son las condiciones mínimas necesarias que debe tener un acto para que sea moralmente aceptable.

Para el derecho tiene gran importancia establecer las líneas que dividen el buen y el mal comportamiento; es decir, establecer los requerimientos de conducta conformes con el derecho. Una vez que se han establecido tales líneas divisorias, el derecho, a diferencia de la moral, no se preocupa por graduar comportamientos que rebasan dichos requerimientos.

Como en ocasiones no basta con apelar a los sentimientos de un agente para disuadirlo de cometer un acto malo, el derecho impone sanciones. Para MacCormick castigar a alguien es necesario y justificado en tanto que expresa serimente un juicio adverso sobre la conducta que se encuentra por debajo de la línea que establece la conducta requerida, y en tanto que desalienta la repetición de dicha conducta. Según MacCormick, el acto de imponer una sanción por una conducta es, analíticamente, calificar tal acto como un mal acto ("a wrongdoing").¹⁸⁰

Una de las deficiencias de la teoría de Hart es que su explicación de las condiciones bajo las cuales se utilizan apropiadamente términos como "obligación" o "malo" se refiere únicamente a normas. No da cuenta del uso de tales términos en relación con estándares y principios. Aunque la mayoría

¹⁸⁰ MacCormick Neil, *H.L.A. Hart, cit.*, pp.64-65

de veces los juicios sobre obligación, deber, mal, etcétera, descansan sobre normas, esto no siempre es el caso. Un vegetariano no necesariamente creó que existe una norma que prohíbe comer carne, y, sin embargo, considera malo, en principio, comer carne.

La idea de requerimiento tiene que ver con la satisfacción de algún valor importante. Se basa, por tanto, en establecer una línea divisoria que nos permita saber el mínimo que tenemos que cumplir. Sin embargo, esta línea divisoria puede ser vaga e implícita. Esta vaguedad es una cuestión de mucho interés en el intercambio social. Las personas muchas veces tienen razones para querer saber con certeza donde se establece la línea divisoria. En la mayoría de las situaciones sociales las personas desean saber cuales son los requerimientos morales mínimos que tiene que cumplir. Esta es la razón por la que surgen convencionalismos y normas, ya sea por costumbre, por acuerdo o por imposición de una autoridad moral.

En los sistemas jurídicos modernos, las conductas consideradas jurídicamente malas tienden a ser expresadas en términos de normas. Sin embargo, esto no es razón para pensar que, aún en el derecho, las normas son el único fundamento de "obligaciones", "deberes", etcétera.¹⁸¹

En suma, la característica de "importancia" de las normas que imponen obligaciones implica adherencia a valores y una graduación de ellos.

VI

ANTI-REDUCCIONISMO DE LA TEORIA DEL DERECHO DE HART

Como se mencionó anteriormente, para Hart, además de las normas que imponen obligaciones, existen normas que confieren facultades que desempeñan una función social distinta a la de las primeras.

En *The Concept of Law* Hart explicita, a manera de ejemplo, una norma que faculta a los individuos a realizar promesas. Hart dice que si ciertas palabras ("te prometo que...") son utilizadas por las personas apropiadas en ocasiones apropiadas (por ejemplo, por personas cuerdas que entienden su posición y que no están sometidas a presión de diversos tipos), quienes las usen están obligados a hacer las cosas que ellas designan.¹⁸²

Sin embargo, de la formulación que Hart hace de una norma de este tipo se observa que dichas normas son, en realidad, normas que imponen obligaciones.

Las normas que confieren facultades señalan lo que uno se encuentra obligado a hacer. La diferencia radica en que la obligación está condicionada a la realización de ciertos actos bajo condiciones específicas.

De esta forma, la persona que promete "opta" por una situación específica. El que promete algo pretende quedar obligado, y la persona a

¹⁸²Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p.42

quien dirige la promesa así lo entiende. La característica de "optar" de tal situación es, de acuerdo con MacCormick, lo que toma en cuenta Hart para llamar al acto de hacer una promesa, "ejercitar una facultad".¹⁸³

La facultad en cuestión es la facultad de adquirir una obligación condicional. Las normas que confieren facultades pueden ser explicadas en términos de obligaciones condicionales.

Para explicar esto MacCormick utiliza como ejemplo una norma que faculta a las personas a hacer promesas más compleja que la mencionada por Hart. Supone que, de acuerdo con la moral de alguna sociedad, la obligación de hacer lo prometido se encuentra, generalmente, condicionada a la aceptación de lo prometido por parte de la persona a quien se dirige la promesa; asimismo, supone que la persona a quien se hace la promesa está, generalmente, facultada para liberar de la obligación surgida por la promesa a quien hizo.

De acuerdo con esta norma, las condiciones para quedar obligado por una promesa es que una persona haga una promesa y que la persona a quien se hace acepte.

En esta norma, siguiendo a Hart, se observan las siguientes facultades: (i) la que tiene el promitente de hacer una promesa condicional, (ii) la que tiene el prometido, por medio de su aceptación, de hacer que el

promitente quede obligado a cumplir lo prometido, y (iii) la que tiene el prometido de liberar al promitente de dicha obligación.

La facultad del promitente es la de poder quedar sujeto a una obligación condicional, cuya condición es que el prometido acepte la promesa.

La característica que diferencia a los actos que se realizan en ejercicio de facultades de los actos que puede hacer, en un sentido físico, la gente, es que son actos que, de alguna manera, invocan una norma: el agente pretende que su acto sea un acto que cumple con una condición prescrita en la norma; asimismo, pretende que la otra persona reconozca tal circunstancia.

Una norma confiere facultades, comenta MacCormick, cuando establece una condición que sólo puede ser satisfecha cuando el agente realiza un acto pretendiendo cumplir tal condición y que así sea reconocido el acto. Cuando la condición se refiere a establecer una obligación (o, en el caso de la promesa a que nos hemos referido, una obligación condicionada), la facultad que uno ejercita, en relación con tal condición, es la facultad de establecer una obligación.

En conclusión, una norma confiere facultades cuando la norma establece una condición que es satisfecha, únicamente, por un acto realizado con la intención de invocar a la norma.

El elemento de invocar la norma, en el sentido apenas explicado, es esencial para la elucidación del concepto de facultad. Sin este elemento no se podría distinguir entre ejercitar una facultad (e.g. hacer una promesa) y, realizar cualquier acto que, como condición, produce consecuencias jurídicas (e.g. ser condenado a 20 años de prisión como consecuencia de haber matado a alguien). En ambos casos los actos son condiciones que producen consecuencias jurídicas. Sin embargo, en el caso de matar a alguien, aunque el agente realiza el acto con ciertas intenciones (satisfacer una venganza, robar algo, etcétera), entre estas intenciones no se encuentra la de que su acto sea reconocido como un acto que pretende satisfacer la condición establecida en la norma para ser sentenciado a prisión. Es, por tanto, incorrecto decir que una persona está facultada, por ejemplo, para ser arrestada.¹⁸⁴

Para Hart una de las deficiencias más graves de las teorías anteriores es no dar cuenta de las normas que confieren facultades. Tales teorías reducen todas las normas de un orden jurídico a una norma tipo, en el caso de Austin, mandatos del soberano, en el caso de Kelsen, a prescripciones dirigidas a un funcionario para aplicar una sanción en caso de verificarse determinadas condiciones establecidas en la norma.

Hart señala que la existencia en el derecho de normas que confieren facultades se manifiesta del hecho de que son utilizadas en la vida social de manera completamente distinta a las normas que imponen obligaciones. Sin embargo, el concepto de "facultad normativa" puede ser explicado

¹⁸⁴ MacCormick Neil. *H.L.A. Hart. cit.*, p.74

recurriendo a la noción de "requerimientos" de conducta. Para ello, señala MacCormick, no es necesario postular la existencia de una clase de normas cuya única función es conferir facultades.

La norma que faculta a una persona a hacer promesas es, a su vez, una norma que impone obligaciones: establece la obligación de cumplir lo prometido. Sin embargo, este tipo de norma tiene la peculiaridad de que, al establecer una obligación condicionada a la realización de un acto que invoca a la norma, además de crear obligaciones, confiere facultades. Una norma de este tipo tiene dos funciones: crear obligaciones y conferir facultades. Es, por tanto, equivocado afirmar que dondequiera que existen facultades conferidas necesariamente tiene que existir una clase de normas cuya única función es conferir facultades.

No todos los grupos sociales tienen el mismo tipo de normas. En algunas comunidades la norma que faculta a hacer promesas podría encontrarse dividida en dos proposiciones: una proposición que estableciera las condiciones que deben cumplirse para hacer promesas, y otra que estableciera la obligación de cumplir lo prometido. Por tanto, no en todas las situaciones en que se confieren facultades debe necesariamente existir normas que confieren facultades, concebidas como un clase aparte de normas. Hart ha sido fuertemente criticado por realizar aceveraciones empíricas sin, sostienen sus críticos, haber profundizado mucho, en el campo de la sociología empírica, a la cual concierne hacer un estudio comparativo de las distintas maneras en que se manifiestan las normas en diferentes comunidades.

En las sociedades primitivas que carecen de órganos institucionalizados de gobierno la interacción de los individuos es regulada por una serie de costumbres, tradiciones y usos. Sin embargo, es incorrecto querer explicar dichas formas de regulación de conducta recurriendo únicamente al concepto de "normas primarias de obligación". En este tipo de sociedades los valores compartidos, considerados estándares comunes de conducta, son tan prominentes como los estándares convencionales y precisos, conocidos como "normas". La conducta de los individuos es regulada en gran medida por una serie de principios y estándares de comportamiento. Lo que es necesario es que los individuos de una sociedad tengan un entendimiento compartido de las conductas requeridas para saber que actos consituyen un mal. Es cierto que muchos requerimientos de conducta son obligaciones, pero no todos los requerimientos de conducta son obligaciones.

Asimismo, la expresión "normas primarias de obligación" utilizada por Hart es desafortunada. Esto se debe a que, como ya quedó mencionado, no todos los estándares de conducta son normas y a que el término "obligación", como quedó explicado anteriormente, no agota todos los casos relacionados con requerimientos de conducta. Sería más apropiado, comenta MacCormick, utilizar la expresión "estándares sociales primarios" o "requerimientos sociales primarios" para describir el modo de auto-regulación de sociedades "pre-jurídicas".¹⁸⁵

Una de las principales consecuencias del desarrollo de instituciones jurídicas en una sociedad, o, siguiendo a Hart, del paso de una sociedad

"pre-jurídica" a una "jurídica", es precisamente la transformación de "estándares sociales primarios" a normas. Pero en una sociedad "pre-jurídica" las normas primarias de obligación constituyen tan sólo una porción de los estándares que regulan la conducta de los individuos en sociedad. Afirmar que las normas primarias de obligación constituyen una de las notas distintivas de las sociedades "pre-jurídicas" es, por tanto, contradictorio.

Cabe mencionar, que aun dentro del contexto de sociedades con una "estructura simple de normas primarias de obligación" el concepto de "facultades normativas" puede ser explicado, siempre y cuando los estándares involucrados sean normas, y no principios o estándares en sentido estricto, y se relacionen con obligaciones (y no con otro tipo de requerimiento de conducta).

La teoría del derecho de Hart se construye basándose en la crítica que hace al reduccionismo, principalmente austiniano, que pretende elucidar el concepto de derecho por medio del modelo de órdenes coercitivos. Para Hart el fracaso del modelo de órdenes coercitivos para dar cuenta de la noción de norma jurídica se debe a que los elementos con que se construye tal teoría (las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas) no incluyen, ni, tampoco, pueden mediante su combinación producir, la idea de norma, sin la cual no es posible elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho. La noción de "hábito", que se refiere a regularidades externas de comportamiento, no puede reproducir la actitud interna que es esencial para una apropiada elucidación de la idea de norma.¹⁸⁶

El profesor Carlos Nino¹⁸⁷ señala que Hart no ha fundamentado debidamente su tesis anti-reduccionista, y, al igual que MacCormick, piensa que todavía se puede ensayar con cierta plausibilidad un análisis de las normas secundarias en términos de obligaciones.

Comenta Nino que para Hart la regla de reconocimiento es una genuina regla prescriptiva que establece el deber de los jueces de aplicar las reglas que tienen cierto origen. Si esto fuera así, continua diciendo Nino, la regla de reconocimiento no sería más que un tipo especial de regla de obligación -una regla de obligación de segundo grado.

La objeción que se suele presentar a esta reducción consiste en el hecho de que la regla de reconocimiento surge del comportamiento de jueces y sus destinatarios primarios son ellos mismos; por lo que no se vé cómo explicar este fenómeno de autoimposición de obligaciones.

La respuesta a esta objeción, señala Nino, es que, si bien es cierto que no parece tener sentido una obligación autoimpuesta cuando no hay una norma superior que establezca ese efecto normativo para ciertos actos del obligado, este no es el caso. En este caso, al igual que en el caso de la costumbre, se trata de una obligación generada por el comportamiento del conjunto de jueces y que se impone a cada uno de ellos individualmente; no hay coincidencia entre la autoridad normativa y el sujeto normativo.

¹⁸⁶ Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p.78

¹⁸⁷ "El concepto de derecho de Hart", en Squella, Agustín (Ed.), *H.L.A. Hart y el concepto de derecho*, Valparaíso, Revista de Ciencias Sociales, Núm. 28, enero-junio, 1986, pp. 33-54.

Una segunda objeción de la tesis anti-reduccionista de Hart consiste en que no toda regla de reconocimiento contiene una exigencia de observar las normas originadas en ciertas fuentes; alguna regla de reconocimiento puede autorizar a que se recurra a tales normas. Este es el caso, comenta Nino, de las llamadas "fuentes de derecho facultativas".

Esta objeción puede responderse diciendo que, en primer lugar, ella no descalifica el análisis de, por lo menos, algunas reglas de reconocimiento en términos de obligación, y, en segundo lugar, ella depende de que las normas permisivas¹⁸⁸ (como las reglas de reconocimiento que autorizan a recurrir a ciertas normas) no sean a su vez reducidas a normas que establecen prohibiciones y sanciones.

Tomadas en sentido fuerte, las permisiones, apunta Nino, se reducen a normas de obligación, sólo que no del comportamiento que es mencionado explícitamente por la norma (el que resulta permitido) sino del de no interferir con él.

Nino señala que las normas de adjudicación y de cambio son, en realidad, normas de obligación, ya que imponen la obligación de observar las normas que dicta el órgano al que se le da competencia o acuerden los

¹⁸⁸ Desde el punto de vista jurídico existen dos situaciones en las que se puede hablar de permisiones:

A. La que se produce debido a la ausencia de una norma prohibitiva. Este es el sentido débil de permisión.

B. La que se produce cuando una norma, por un lado, autoriza a alguien desempeñar cierto acto y, por el otro, prohíbe a terceras personas interferir en tal acto. Este es el sentido fuerte de permisión.

particulares. Se trata de normas que establecen obligaciones "en blanco", haciendo depender la especificación de la conducta obligatoria de la voluntad de otros.

La reducción de las normas secundarias o de las normas de obligación, comenta Nino, tiene un atractivo obvio: se cuenta con un modelo pre-teórico para entender las normas de obligación que está basado en modelo de órdenes. Unas y otras inciden de igual modo en el razonamiento práctico a través del hecho de que su formulación constituye un antecedente que hace aplicables razones para actuar de carácter moral o prudencial. Señala Nino que no contamos con algún modelo alternativo para entender como incidirían en el razonamiento práctico normas permisivas o de competencia que no fueran reducibles a normas de obligación (los intentos que se han hecho en ese sentido parecen insatisfactorios). Por tanto, sigue siendo plausible concebir a estas normas, principalmente en el caso del derecho, como normas que generan distintos tipos de obligaciones para sujetos distintos a sus destinatarios explícitos.

VII

EVOLUCION DE LA TEORIA DEL DERECHO DE HART

En su artículo *Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart*,¹⁸⁹ el profesor Farrell muestra la evolución del pensamiento de Hart en relación con el tema de las normas jurídicas y las obligaciones. De acuerdo con el profesor argentino Hart ha terminado por aceptar las sugerencias de Joseph Raz sobre la materia, de modo que debería, en realidad, hablarse de la teoría de "Hart-Raz".

Señala Farrel que en *The Concept of a Legal System*, Raz dice que las normas guían el comportamiento prescribiéndolo. Las normas prescriben el comportamiento porque su existencia implica la existencia de hechos que, (i) constituyen una razón para realizar el comportamiento prescripto en las ocasiones en las cuales se aplican las normas, y (ii) son causados mediante una reacción humana hacia la no realización del comportamiento prescrito en esas ocasiones. Raz habla sobre la existencia de razones comunes (*standard reasons*). Para explicarlas, Raz menciona el siguiente supuesto:

1. El acaecimiento de un caso de Z otorga alguna considerable probabilidad al acaecimiento subsiguiente de un caso de P.
2. El agente (esto es, la persona que realiza Z en cualquier ocasión), usualmente conoce lo afirmado en 1.

¹⁸⁹ Farrell, Martin D. *Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart*, en Squella, Agustín. *H.L.A. Hart y el concepto de derecho*, cit.,

3. El acaecimiento de P siguiendo a un caso de Z es muy a menudo deseable, o indeseable, a los ojos del agente.¹⁹⁰

De acuerdo con Raz, si se dan estas tres condiciones, puede decirse que P es una razón común para realizar o no realizar Z.¹⁹¹ Raz, posteriormente, vincula esta situación, que ocurre en una etapa aún no normativa con aquellas en las que puede hablarse de la existencia de normas.

Para Raz el concepto clave para la explicación de las normas es el de razones para la acción; razones que, desde un cierto punto de vista, pueden considerarse como relaciones entre hechos y personas.¹⁹² Las razones pueden tener diferentes grados de fuerza: si dos razones entran en conflicto, aquella de las razones que desplace a la otra es la más fuerte. Pero también, continua diciendo Raz, una razón puede ser cancelada por la aparición de condiciones de cancelación: el hecho de que mi amigo me haya liberado de mi promesa de ir a su casa no es para nada una razón y sin embargo cancela la razón para ir a su casa creada por la promesa. La cancelación de una razón motivada por la aparición de condiciones de cancelación no involucra un conflicto de razones y no se refleja en la fuerza de ellas.¹⁹³

190 Farrell, Martin D. *Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart*, cit., p.284

191 *The Concept of a Legal System*, p. 159.

192 Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975, pp. 9 y 19.

193 *Practical Reason and Norms*, cit., p. 27.

Las razones, como se mencionó anteriormente, pueden entrar en conflicto; los conflictos de razones se resuelven por el peso o fuerza relativos que determina cual de ellas desplaza a la otra. Pero en vista de que no todos los conflictos son del mismo tipo, Raz propone distinguir entre razones para la acción de primer orden y de segundo orden.

Una razón de segundo orden es cualquier razón para actuar por una razón o abstenerse de actuar por una razón. Una razón excluyente es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por una razón.¹⁹⁴ Para explicar esto Raz utiliza el siguiente ejemplo:

Ana está buscando un buen modo de invertir su dinero. Por la noche, un amigo le habla de una posible inversión, pero sujeta a la condición de que decida antes de la medianoche. La inversión es complicada, y Ana necesitaría de un par de horas para examinar en forma completa toda la masa de documentos con información relevante que es puesta a su disposición. Pero, como ella ha tenido un día extenuante, contesta que no puede tomar una decisión sobre la inversión por estar demasiado cansada y perturbada. El amigo replica que Ana no puede evitar tomar una decisión, puesto que rehusarse a considerar la oferta equivale a rechazarla. Ana admite que está rechazando la oferta, pero no porque piensa que las razones en su contra sobrepasan a las razones en su favor, sino porque no puede confiar en su propio juicio en ese momento. En este caso, aunque está tomando una decisión en contra de la oferta, no lo hace porque la oferta misma, por sus méritos, deba ser rechazada, sino porque ella tiene una

194 *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 35 y 39.

razón para no actuar sobre los méritos del caso.¹⁹⁵ El cansancio de Ana es, entonces, una razón excluyente.

Raz señala que en el ejemplo mencionado hay varios principios involucrados: P₁: Siempre uno debería, consideradas todas las cosas, hacer lo que uno debería hacer de acuerdo al balance de razones, y P₂: Uno no debería actuar de acuerdo al balance de razones si las razones que inclinan la balanza son excluidas por razones excluyentes no derrotadas. Hay dos maneras mediante las cuales las razones pueden ser derrotadas: pueden ser desplazadas por razones en conflicto con ellas o por razones excluyentes. Si P₂ es válido, entonces Raz cree que P₁ debería ser reemplazado por P₃: Siempre uno debería, consideradas todas las cosas, actuar sobre la base de una razón no derrotada.¹⁹⁶

Además de la noción de razones excluyentes, Raz introduce el concepto de "permisiones excluyentes". Comenta Raz que decir que yo tengo una permisión excluyente para realizar un acto no implica que no hay razones para no hacerlo,¹⁹⁷ pero sí implica que hay razones que me autorizan a descartar, a excluir de mis consideraciones, algunas razones para no hacerlo. Las permisiones excluyentes difieren de las razones excluyentes en que ellas no requieren que yo descarte las razones excluidas; simplemente me autorizan a hacerlo.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Raz, *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 36 y 40.

¹⁹⁶ Raz, Joseph, *Reasons, Requirements and Practical Conflicts*, en Korner Stephan (Ed.), *Practical Reason*, Oxford, Basil Blackwell, 1974, p. 35.

¹⁹⁷ Aquí Raz se refiere a permisiones en sentido fuerte. Vid nota 188

¹⁹⁸ Joseph Raz, *Reasons, Requirements and Practical Conflicts*, cit. p. 35.

Raz señala que pertenece a la naturaleza del derecho, como sistema normativo, el guiar el comportamiento proporcionando razones jurídicas para la acción. El único modo mediante el cual las leyes pueden proporcionar razones para la acción es determinando que ciertas consecuencias jurídicas siguen a la realización de ciertas acciones. Raz considera que las normas son razones para la acción y que el principal problema al comprender las reglas es apreciar qué tipo de razones son y cómo difieren de otras razones.¹⁹⁹

Para Raz, la noción de razones excluyentes es esencial para la explicación de las normas que mandan. Menciona que una persona considera una razón como excluyente si en ciertos casos en los cuales él se enfrenta con razones incompatibles, su reacción difiere de la adecuada para aquellos conflictos en los cuales una razón desplaza a otra porque es más fuerte o de mayor peso. La diferencia consiste en que la persona afectada considera a las razones incompatibles como pertenecientes a dos tipos, o niveles, diferentes de razonamiento. Piensa que las razones pertenecientes a un nivel excluyen la acción en base a razones del otro nivel. Raz señala que si examinamos la razón característica de la persona que apoya a una norma que manda, encontraremos que la considera como una razón excluyente. Aceptar una norma implica creer que es una razón excluyente.²⁰⁰

199 *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 49 y 51.

200 *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 73-76.

Después de haber expuesto las consideraciones anteriores, Raz analiza lo que sucede en el ámbito del derecho. Raz distingue un tipo de hechos que consituyen, a su vez, una razón para una acción y una razón (excluyente) para descartar razones en contra de ellos. A tales hechos los llama "razones protegidas" para una acción. Asimismo, Raz define "poder normativo" como la capacidad para cambiar razones protegidas. Supone que ese poder es utilizado empleando lo que llama "enunciados de poder" (*power-utterances*).²⁰¹

Según Raz, hay tres maneras mediante las cuales los que detentan el poder pueden cambiar razones protegidas. La primera es mediante la emisión de una instrucción excluyente, esto es, utilizando el poder para decirle a una persona que haga O. Este enunciado de poder, comenta Raz, es una razón para esa persona para hacer O y, también, una razón de segundo orden para no actuar sobre la base de razones para no hacer O. Las instrucciones excluyentes, en consecuencia, son razones protegidas. La segunda manera de ejercer el poder es mediante un enunciado de poder otorgando permiso para realizar una acción hasta entonces prohibida por una instrucción excluyente. Raz llama a tales permisiones "permisiones cancelatorias", porque cancelan razones excluyentes. La tercera manera de utilizar el poder es confiriendo poder a una persona. Esto no cambia por sí mismo las razones protegidas, pero autoriza a una persona a cambiarlas.²⁰²

201 Farrell, Martin D. *Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart*, cit., p.290

202 Raz, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, Oxford, p. 18.

Posteriormente, Raz menciona las diferencias que existen entre una razón excluyente y una razón de primer orden:

Primero, las razones excluyentes excluyen por clase y no por peso. Ellas pueden excluir todas las razones de una cierta clase (tales como consideraciones de bienestar económico, por ejemplo), incluyendo razones muy poderosas, mientras que no excluyen, en cambio, consideraciones triviales pertenecientes a otra clase (tales como, por ejemplo, consideraciones de honor).

Segundo, sin tener en cuenta el diferente impacto de las razones excluyentes y de las razones de peso acerca de lo que debería ser realizado, consideradas todas las cosas, difieren, también, comenta Raz, en el modo como las concebimos. Algunos hechos son razones de peso que desplazan a razones en conflicto; otros, en cambio, no son comparados con razones en conflicto. Su impacto no consiste en modificar el balance de razones sino en excluir la acción misma del balance de razones.²⁰³ En conclusión, Raz considera a las normas que mandan como razones excluyentes.

Hart acepta expresamente la teoría de Raz expuesta más arriba. De acuerdo con Hart para comprender ciertos rasgos del derecho debe introducirse la idea de una razón jurídica autoritaria; se trata de una consideración que es reconocida, por lo menos por los tribunales de un sistema jurídico eficaz, como constituyendo una razón para actuar de un tipo especial. Hart denomina a este tipo de razón "de contenido

²⁰³ *The Authority of Law, cit.*, pp. 23-33.

independiente y perentorio".²⁰⁴ Hart hace notar que tal idea le fue sugerida de la lectura de un pasaje del Leviatán; sin embargo, reconoce que no habría apreciado la importancia de las observaciones de Hobbes sin el trabajo de Raz sobre las razones excluyentes, las cuales, según Hart, reflejan en muchos aspectos la idea que él tomó de Hobbes.²⁰⁵

Hart analiza el pasaje del Leviatán. Según Hart en este Hobbes quiere decir que quien ordena intenta que el oyente adopte la voluntad del que ordena, en lugar de la suya, como guía para la acción, colocándola así en lugar de cualquier deliberación o razonamiento del ordenado. La expresión de la voluntad de quien ordena, en el sentido de que se realice un acto, intenta excluir o eliminar cualquier deliberación independiente por parte del oyente acerca de los pros y de los contras de realizar el acto. En consecuencia, no se pretende que la expresión de voluntad del que ordena funcione dentro de las deliberaciones del oyente como una razón para realizar el acto, ni siquiera como la razón más fuerte o dominante, porque presupondría que continuó la deliberación independiente, mientras que el que ordena intenta excluirla. De acuerdo con Hart, esto es lo que se pretende decir cuando se dice que un imperativo es una forma "perentoria" de dirigirse.²⁰⁶

Luego de estudiar el carácter perentorio de las razones, Hart se ocupa del aspecto del contenido independiente de las mismas. Este radica en el

204 Hart, H.L.A. "Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., p. 243.

205 "Commands and Authoritative Legal Reasons", cit., p. 244.

206 "Commands and Authoritative Legal Reasons", cit., p. 253.

hecho de que quien ordena puede emitir muchas órdenes diferentes a las mismas, o a distintas, personas, y las acciones ordenadas pueden no tener nada en común. Sin embargo, en todas ellas el que ordena pretende que la expresión de su intención sea tomada como una razón para realizar el acto; pretende, en consecuencia, que funcione como una razón independientemente de la naturaleza o carácter de las acciones a ser realizadas.²⁰⁷

El reconocimiento de las palabras del que ordena como constituyendo, generalmente, una razón perentoria para actuar de contenido independiente es una actitud normativa, no un simple hábito de obediencia, y, comenta Hart, este es el núcleo de un grupo completo de fenómenos normativos vinculados que incluyen, no sólo la noción general de autoridad o legislación, sino muchos otros casos en los cuales, mediante palabras o actos, somos incapaces de crear, modificar o distinguir obligaciones, de un tipo o de otro. Para Hart el reconocimiento general en una sociedad de las palabras del que ordena como razones perentorias para la acción, es equivalente a la existencia de una regla social.²⁰⁸

Farrell señala que el aspecto central de la teoría de Hart, en su versión actual, es el concepto de razones de contenido independiente y perentorio; que son, en otras palabras, las razones excluyentes de la teoría de Raz. La aceptación explícita por parte de Hart de la influencia de Raz autoriza a hablar de la tesis Hart-Raz. Sin embargo, comenta Farrell que, puesto que la mayoría de los sistemas jurídicos están compuestos tanto de normas que

207 "Commands and Authoritative Legal Reasons", *cit.*, p. 254.

208 "Commands and Authoritative Legal Reasons", *cit.*, pp. 256-258.

imponen omisiones como de normas que imponen acciones, para poder explicar las normas en términos de razones para actuar, la tesis Hart-Raz necesita ser completada. En su versión actual, continua diciendo Farrell, sólo dá cuenta de las normas que imponen omisiones.²⁰⁹

Señala Farrell que para comple la tesis no es necesario buscar fuera de la obra de Raz. La tesis puede ser completada con utilizar el concepto de "permisión excluyente": Decir que yo tengo una permisión excluyente para realizar un acto no implica que no hay razones para no hacerlo; sí implica, en cambio, que hay razones que me autorizan a descartar, a excluir de mi consideración, algunas razones para no hacerlo. La norma que requiere que auxilie a un tercero se acerca a una permisión excluyente; pero solamente se acerca. Porque la norma en cuestión -en rigor- no me autoriza a descartar razones para no prestar auxilio, me exige que lo haga. Es por esta causa, comenta Farrell, que las permisiones excluyentes no alcanzan a explicar perfectamente la acción de estas normas. Las permisiones excluyente difieren de las razones excluyentes en que ellas no requieren que descarte las razones excluidas; simplemente me autorizan hacerlo. Por ello lo que se requiere para completar la teoría es una especie de permisiones que sean la contrapartida de las razones excluyentes; que no se limiten a autorizar, sino que lleguen a requerir.

Por tanto, Farrell propone utilizar el concepto, introducido también por Raz, de "instrucciones excluyentes", uno de los modos mediante el cual

209 Farrell, Martin D. *Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart*, cit., p.294

quienes detentan el poder pueden cambiar razones protegidas. Emitir una instrucción excluyente es utilizar el poder para decirle a una persona que haga O. Este enunciado de poder es, a su vez, una razón para esa persona para hacer O y, también, una razón de segundo orden para no actuar sobre la base de razones para no hacer O.

De acuerdo con Farrell, con esta nueva adición tenemos a nuestro alcance la tesis completa: algunas normas jurídicas imponen obligaciones que consisten en omitir determinada conducta; ellas son razones excluyentes. Otras normas jurídicas imponen obligaciones que consisten en realizar determinada conducta; ellas son instrucciones excluyentes.²¹⁰

**TERCERA
PARTE:**

VIII

CONCLUSIONES

En base a lo expuesto en las páginas anteriores podemos avanzar las siguientes conclusiones:

PRIMERA.- A lo largo de su obra, Hart introduce métodos sofisticados de análisis lingüístico a la jurisprudencia. Según Hart, debido a que el derecho es un fenómeno cultural moldeado por el lenguaje, una comprensión del lenguaje y de su empleo contribuye al entendimiento del derecho como institución social. Como lo muestra su recomendación por las definiciones contextuales, Hart estaba particularmente interesado en aplicar al análisis del derecho los métodos filosóficos desarrollados en la escuela analítica. En relación con este punto, Raz inclusive comenta que, quizás, el éxisto de Hart en vincular la jurisprudencia de habla inglesa a la principal corriente filosófica reviste mayor importancia que su contribución a resolver diversos problemas jurídicos.²¹¹

Hart muestra una gran preocupación en torno al problema de las definiciones en el derecho. Menciona que, en vista de que términos como "derecho" no pueden ser esclarecidos por medio de una definición, lo que se puede y debe hacer es señalar un conjunto de elementos que son centrales al concepto de derecho.

Hart anuncia que su esfuerzo no esta dirigido a dar una regla para el uso del término "derecho", sino a contribuir al avance de la teoría jurídica, tratando de mejorar el análisis de la estructura distintiva de un sistema jurídico y de profundizar la comprensión y semejanzas que hay entre el derecho y otros fenómenos sociales.

En *The Concept of Law* Hart advierte que si bien la unión de normas primarias y secundarias podría ser una condición suficiente para el uso de la expresión "sistema jurídico", él no pretende que la palabra "derecho" sea definida en tales términos, y es porque no pretende identificar o regular de este modo el uso de palabras como derecho o jurídico. Hart señala que *The Concept of Law* es ofrecido como una elucidación del *concepto* de derecho, más que como una definición de "derecho" de la que se espera, naturalmente, que provea una regla o reglas para el uso de aquellas expresiones.²¹²

SEGUNDA.- Hart rechaza la posibilidad de analizar el concepto de normas jurídicas a través de su reducción al fenómeno de órdenes respaldadas por amenazas. En lugar de esto, Hart propone elucidar la noción de norma jurídica a partir del análisis del concepto más general de norma social.

Con este fin, Hart introduce un nuevo método para elucidar la noción de normas sociales basado en el análisis del discurso normativo. Hart analiza las condiciones bajo las cuales enunciados

212

Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, cit., p.208

del tipo "Juan tiene derecho..." o "Yo debo..." adquieren sentido. Hart observa que quien formula un enunciado de este tipo expresa su reconocimiento y respalda un estándar de conducta que es adoptado como una guía de comportamiento.

Raz señala que, al insistir en la importancia de este punto de vista, Hart se pone del lado de aquella escuela de pensamiento según la cual la explicación de toda conducta humana tiene que asignarle un papel preponderante al punto de vista del agente que ejecuta la acción. La explicación de una acción tiene que incluir una explicación de la manera como el agente percibe su situación y de su razón para actuar como lo hizo.

TERCERA.- Para Hart las normas sociales no son más que regularidades de conducta ampliamente acatadas en la comunidad, cuyos miembros creen en el deber de someterse a ellas. Debido a su posición normativista, Hart enfatiza, no las opiniones de la gente con respecto a lo que debe hacerse, sino más bien el deseo de ellas de criticar y presionar a quienes no cumplen con tales normas. La teoría de la normas de Hart está, por tanto, basada en las sanciones. Aunque, como se comentó en su oportunidad, la existencia de normas sociales no depende de la existencia de sanciones institucionalizadas, que son características del derecho, sí depende de reacciones críticas difusas frente a conductas incorrectas, de acuerdo con tales normas.

CUARTA.- Si bien es cierto que Hart hace depender su análisis de las normas de la existencia de sanciones, formales o informales, adoptó en dos aspectos cruciales una posición diferente a la de sus predecesores:

En primer lugar, como vimos antes, dedicó significativos esfuerzos a enfatizar que el derecho se basa, en el fondo, en la colaboración de por lo menos una parte de la población que se siente comprometida a ser guiada por el sistema jurídico.

En segundo lugar, el derecho no sólo impone obligaciones; también, confiere facultades a las personas. Para Hart, las normas que confieren facultades forman una clase por sí solas; ayudan a que los individuos lleven a cabo sus propósitos.

QUINTA.- Sin embargo, como quedó mencionado, el anti-reduccionismo de Hart no está del todo fundamentado. Las normas que confieren facultades pueden ser explicadas desde el punto de vista de las obligaciones que imponen. Aunque el fenómeno de facultades normativas se analiza con mayor claridad a través de normas que confieren facultades, esto no quiere decir que dondequiera que hay facultades conferidas normativamente debe necesariamente existir normas que confieren facultades entendidas como una clase en sí de normas.

SEXTA. La teoría de Hart tiene el defecto que se refiere únicamente a normas y no a estándares en sentido estricto o principios. Las

condiciones bajo las cuales se utilizan apropiadamente términos jurídicos específicos únicamente se refiere a normas; no da cuenta del uso de tales términos en relación con estándares y principios.

Para finalizar podemos decir con Neil MacCormick que el gran mérito de la teoría de Hart es que, con reconsiderar algunos puntos cruciales de su exposición, establece un marco conceptual para explicar nociones que, sin tal marco, serían inexplicables.²¹³

IX

A P E N D I C E

BIBLIOGRAFIA DE

H. L. A. HART

- "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Núm. 49, 1948-1949, pp. 171-94.
- "Is there Knowledge by Acquaintance?", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, (Suppl.), Vol. 23, 1949, pp. 69-90.
- "Law and the Modern Mind", en *Mind*, Vol. 60, 1951, pp. 268-270.
- "A Logician's Fairly Tale", en *Philosophical Review*, Vol. 60, 1951, pp. 198-212
- "Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-52)", en *American Journal of Comparative Law*, Vol. 2, 1953, pp. 355-364.
- Definition and Theory in Jurisprudence (Inaugural lecture)*, Oxford, Oxford University Press, (1953) 1975. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 21-48. Existe versión española de Genaro R. Carrió: "Definición y teoría de la ciencia jurídica, en Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 93-138.
- "Are There Any Natural Rights?", en *Philosophical Review*, Núm. 64, 1955, pp. 175-91. Existe versión española de Genaro R. Carrió: "¿Existen derechos naturales?" en Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis, cit.*, pp. 65- 91.
- "Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century; A Reply to Professor Bodenheimer", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 105, 1957, pp. 953-75.
- "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, Núm. 71, 1958 pp. 593-629. (Reimpreso en Feinberg, J. y Gross, H. (Eds.), *Law in Philosophical Perspective*, ... Cal., Dickenson Publisher, 1977, pp. 46-65 y en Dworkin, Ronald M. (Ed.), *The*

- Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, (1977) 1979, pp. 17-37. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 49-87. Existe versión española de Genaro R. Carrió en Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 1-64.
- Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Trad. de Genaro R. Carrió, op. ul. cit.
- "Legal and Moral Obligation" en Malden, A.I. (ED.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, The University of Washington Press, 1958. Existe versión española de Javier Esquivel y Alfonso Ortz: "Obligación jurídica y obligación moral" en *Cuadernos de Crítica*, Núm. 3. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977.
- Causation in the Law* (conjuntamente con A.M. Honoré), Clarendon Press, Oxford, 1959. Existe segunda edición por la misma editorial 1985.
- The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe versión española de Genaro R. Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962. (esta versión fue reimpresa en México: *El concepto del derecho*, México, D.F. Editora Nacional, 1978).
- Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, Londres, 1963.
- "The Morality of Criminal Law", Magnes Press, Universidad Hebrea, Jerusalem; Oxford University Press, Londres, 1965.
- "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", en *University of Chicago Law Review*, Núm. 35, 1967-1968, pp. 1-13. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 248-262.
- Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of law*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- "Bentham on Legal Rights", en Simpson, A.W.B. (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence. Second Series*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pp. 171-91 (reimpreso en Hart, H.L.A. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, ("Legal Rights"), Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 162-193.
- 1976-1976: *Law in the Perspective of Philosophy*, en *New York University Law Review*, Núm. 51. ... [año], pp. ... Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 145-158. Existe versión

española de Rolando Tamayo y Salmorán y Alfonso Ortíz: "El derecho en la perspectiva de la filosofía", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XI, Núm. 33, septiembre-diciembre, 1978, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 313-329

"Between Utility and Rights", en *Columbia Law Review*, Vol. 79, Núm. 5, Junio de 1975, pp. 829-846 (reimpreso en 1979) y en Ryan, Alan (Ed.), *The Idea of Freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1979 pp. 77-98. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 198-222.

"American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Georgia Law Review*, Vol. 11, Núm. 5, septiembre 1977, pp. 969-989. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 123-144.

"Utilitarianism and Natural Rights" en *Tulane Law Review*, Vol. 53, Núm. 3, abril 1979, pp. 663-680. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 181-197. Existe versión española de Juan Ramón de Páramo: "Utilitarismo de derecho", en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos.

"Kelsen Visited" en *University of California Law Review*, Vol. 10, 1963, pp. 709-728. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 268-308. Existe versión española de Javier Esquivel "Una visita a Kelsen" en *Cuadernos de Crítica*, Núm. 4. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas

"Bentham". (*Lecture on Mastermind*), *Proceedings of the British Academy*, Vol. 48, 1962, 297-320. Reimpreso en *Essays on Bentam. Jurisprudence and Poitical Theory, cit.*, ("Introduction"), pp. 1-20.

Law, Liberty, and Morality (The Harry Camp Lectures), Oxford University Press, Londres, 1963.

"Self Referring Law", *Festkrift tillägnad Professor, Juris Doktor Karl Olivecrona* vid hans Avgång från professorsämbetet den 30 Juni 1964 av Kolleger, larjungär och vänner. Kungl. Bocktryckeriet P. A. Norstedt & Söner, Stockholm, 1964, pp. 307-16. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 170-178.

The Morality of the Criminal Law, (Lionel Cohen Lectures, 1964), Magnes Press, Hebrew University, Jerusalem; Oxford University Press, London, 1965.

- "Lon L. Fuller's The Morality of Law", en *Harvard Law Review*, Vol. 78, 1966, pp. 1281-1296. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 343-364.
- "Il Concetto di obbligo", trad. di Gavazzi, en *Revista di Filosofia*, Vol. 57, 1966, 125-140. Existe versión inglesa: "Legal duty and obligation" en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit.*, pp. 127-161.
- "Beccaria and Bentham", en *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Academia delle Scienze di Torino, Memorials of the Academy Series 4a no. 9 Turin, 1966. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit.*, (Bentham y Beccaria") pp. 40-52.
- "Bentham on Sovereignty", en *The Irish Jurist*, New Series, Vol. 2, 1967, pp. 327-35. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit.*, ("Sovereignty and Legally Limited Government"), pp. 220-242.
- "Intention and Punishment", en *Oxford Review*, Vol. 4, 1967, pp. 5-22.
- "Varieties of Responsibility", en *Law Quarterly Review*, Vol. 83, 1967, pp. 346-64.
- "Legal Positivism", en *Encyclopaedia of Philosophy*, ed. P. Edwards, Vol. 4, Macmillan and Free Press, New York, 1967, pp. 418-20.
- "Problems of Philosophy of Law", *Encyclopedia of Philosophy*, ed. P. Edwards, Vol. 6, Macmillan and Free Press, New York, 1967, pp. 264-76. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 88-119.
- "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", *Ethics and Social Justice*, ed. M.K. Munitz and H.E. Kiefer, pp. 171-99. Vol. 4 of Contemporary Philosophic Thought: The International Philosophy Year Conferences at Brockport; State University of New York Press, Albany, 1968-70. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 309-342. Existe versión española de Rolando Tamayo y Salmorán: en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (Homenaje a Hans Kelsen II). México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Año VII, Núm. 21, pp. 105-140.
- "Duty", en *International Encyclopedia of Social Sciences*, ed. David L. Sills, Vol. 4, pp. 320-3. Macmillan and Free Press, New York, 1968.

- "Introduction" (Critical Notes and Index, en Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. por J.H. Burns and H. L. A. Hart, Athlone Press, London, 1970 (Collected Works of Jeremy Bentham). (conjuntamente con J.H. Burns).
- "Introduction" (Critical Notes and Index, en Bentham, Jeremy. *Of Laws in General*, ed. por H. L. A. Hart, Athlone Press, Londres, 1970 (Collected Works of Jeremy Bentham).
- "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytic Jurisprudence", en *Jhering's Erbe: Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, pp. 68-78; hrsg. von F. Wieacker und Chr. Wollschläger, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1970. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 265-277.
- "Bentham's Of Laws in General", en *Rechtstheorie*, Vol. 2, 1971, pp. 55-66. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., 1982, pp. 105-126.
- "Bentham on Legal Powers", en *Yale Law Journal*, Vol. 81, 1972, pp. 799-822. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., ("Legal Powers"), pp. 194-219.
- "Abortion Law Reform; the English Experience", en *Melbourne University Law Review*, Vol. 8, 1972, pp. 388-411.
- "Bentham on Legal Rights", en Simpson, A. W. B. (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (2nd series), Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 171-201. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., ("Legal Right"), pp. 162-193.
- "Bentham and the Demystification of the Law", en *Modern Law*, Vol. 36, 1973 pp. 2-17. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., pp. 21-39.
- "Rawls on Liberty and Its Priority", en *University of Chicago Law Review*, Vol. 40, 1973, pp. 534-555. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 223-247.
- "Bentham and the United States of America", en Coase, R. H. (Ed). 1776: *The Revolution in Social Thought*, 1977. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., ("The United States of America"), pp. 53-78."

"Bentham on Legal Rights", *Oxford Essays in Jurisprudence* (2nd series), ed. A. W. B. Simpson, pp. 171-201, Clarendon Press, Oxford, 1973. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit.*, ("Introduction") pp. 1-20.

"Diamonds and String: Holmes on the Common Law", en *University of Chicago Law Review*, Vol. ... 1977, pp. 278-285. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 278-285.

"Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill", en *New York Review of Books*, Vol., 8, 1980. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit.*, pp. 79-104.

"The House of Lords on Attempting the Impossible", en Tapper, Colin (Ed.), *Crime, proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres, Butterworth, 1981. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy, cit.*, pp. 367-391.

"Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit.*, p. 243.

Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory, cit., (1982).

Essays in Jurisprudence and Philosophy, (1983), 1885.

X

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición póstuma: Londres, Dumond, 1861).
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1984.
- , *Thomas Hobbes*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992 (la primera edición en italiano es de 1989), pp.36-37 (traducción de Manuel Escrivá de Romaní)
- BODENHEIMER, Edgar. "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 104, 1955-1956, p. 1680.
- CAMPS, Victoria. *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*, Prologo de Javier Muguerza, Barcelona, Península, 1976. ((Historia/Ciencia/sociedad, Núm. 129).
- FARRELL, Martín D. "Obligaciones jurídicas y razones para actuar: la evolución del pensamiento de Hart", en Squella, Agustín (Ed.), *H.L.A. Hart y el concepto de derecho*, Valparaiso, Revista de Ciencias Sociales, Núm. 28, enero-junio, 1986.
- FULLER, Lon L. "Positivism and Fidelity to Law.- A Replay to Professor Hart", en *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1957-1958, pp. 630.
- , *The Morality of Law*, New Haven, Conn. 2a. Ed. 1964
- GOETZ, Philip W. (Ed.) *The New Encyclopaedia Britannica*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc. 1989.
- HACKER, P.M.S. "Hart's Philosophy of Law", en Hacker, P.M.S. y Raz, Joseph. *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, (1977) 1979, pp. 1-25.
- HOBBS, Thomas. *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, The University of Chicago Press, 1971,

- , *Del Ciudadano*, Instituto de Estudios Políticos, Caracas, 1966.
- , *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª edición, UNAM, México, 1958 (traducción de Eduardo García Maynez).
- , *Teoría pura del derecho* (traducción de Roberto Vernengo), quinta edición, UNAM, 1986, México.
- MACCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981 (*Jurists: Profiles in Legal Theory*, Núm. 1).
- NINO, Carlos. "El concepto de derecho de Hart", en Squella, Agustín (Ed.), *H.L.A. Hart y el concepto de derecho*, Valparaíso, Revista de Ciencias Sociales, Núm. 28, enero-junio, 1986.
- PARAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, de. *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. (*El Derecho y la Justicia*, Núm. 3).
- RAZ, Joseph. *H.L.A. Hart*, en *H.L.A. Hart y el Concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Núm. 28, Primer semestre, 1986
- , *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, Oxford.
- , *The Concept of a Legal System*, 2ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1980
- SAVIGNY, Eike, von . *Filosofía analítica*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial, Sur, S.A. 1974. (Estudios Alemanes).
- TAMAYO y SALMORAN Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Editorial Themis, 1992.
- , "La teoría del derecho de Jeremy Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Instituto de Investigaciones Jurídicas), año XVII, Núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 553-570.

---- "Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica. (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)", en Serrano Magallón, Fernando (Compilador). *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, México, Editorial Porrúa, 1993, pp. 373-401. Una versión revisada de este artículo apareció, con el mismo título, en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. pp. 195-226.

VATTIMO, Gianni (Ed.), *Enciclopedia Garzanti di filosofia*. Milán, 1985.

WALKER, David. M. *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical Investigation*, Trad. G.E.M. Anscombe, Oxford, Basil Blackwell, (1958) reimpresión del texto en inglés 1989.