

Positivism, vigencia y eficacia en el pensamiento de H. L. A. Hart - Ensayo Doctoral -

Jairo Alberto Martínez Idárraga¹

INTRODUCCIÓN

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Autor Británico, estudió abogacía en el New College (Oxford University) del cual se graduó en 1932. En un principio se dedicó a ejercer la profesión en forma privada, pero con el comienzo de la segunda guerra mundial, Hart ingresa a trabajar en el servicio de inteligencia británico (MI5), donde compartió labores con otros filósofos oxonienses como Gilbert Ryle y Stuart Newton Hampshire.

Posteriormente Hart pasa a desempeñarse como académico en Oxford, donde ocupó la cátedra de Jurisprudencia. Fue profesor visitante en varias universidades estadounidenses, y principal de Brasenose College.

En 1959 publica, junto con A. M. Honoré, *Causation in Law*; y en 1961 publica su trabajo más importante: *The concept of Law*, es decir el concepto de Derecho.

Hart se enrolla dentro de la llamada Analytical jurisprudente, corriente del positivismo para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho.

Era el hijo de un sastre judío de la pendiente polaca y alemana, practicó en la barra del Chancery a partir de 1932 a 1940 junto con Richard Wilberforce.

JUSTIFICACIÓN

El Estudio y el desarrollo de la ciencia jurídica, debido al devenir histórico y especialmente de la sociedad moderna, ha exigido a distintas instituciones, numerables formas de concebir el derecho y de buscar la efectividad de la justicia, en su nivel especialmente eficiencia y de positividad.

Una sociedad humana no puede concebirse sin conflicto de intereses y derechos, ya que las normas jurídicas que reglamentan estas conductas están bajo la susceptibilidad de ser violadas, por tal razón y ante tales circunstancias, nacen disyuntivas que se presentan a elección de posibles soluciones.

El debate de Hart- Dworkin permitió el surgimiento de las primeras herramientas para la comprensión de los cambios en la interpretación y la práctica del derecho. Y continúa alimentando las creaciones de la teoría jurídica y el derecho constitucional en todo el mundo.

¹ Docente Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira, Coordinador del Grupo de Investigación en Derecho procesal Categoría C de Colciencias. Candidato a Doctor del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

Las ideas de Hart llegaron a Hispanoamérica gracias Genaro Carrió haciendo que la versión sociológico-analítica de positivismo propuesta por Hart, fuese ganando más influencia que la versión Kelseniana, predominante en España y Latinoamérica.

Los acontecimientos constitucionales recientes han dado lugar a un mayor interés de Hart y han motivado la traducción y el estudio de los trabajos de Dworkin.

SUMARIO:

POSITIVISMO VIGENCIA Y EFICACIA DEL PENSAMIENTO DE HART

- 1. CUESTIONES PRELIMINARES 1.1. EL IUSNATURALISMO TRADICIONAL
 - 1.2. EL IUSNATURALISMO TEOLÓGICO
 - 1.3. EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA
 - 1.4. EL IUSNATURALISMO MODERNO DE DWORKIN.
- 2. EL IUSPOSITIVISMO.
 - 2.1. EL IUSPOSITIVISMO DE HANS KELSEN (POSITIVISMO ESCÉPTICO)
 - 2.2. EL POSITIVISMO METODOLÓGICO DE HERBERT HART.
- 3. LOS POSTULADOS DE HERBERT HART
 - 3.1. EL DERECHO Y LAS ORDENES RESPALDADAS POR AMENAZAS
 - 3.2. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA FRENTE A LA OBLIGACIÓN MORAL
 - 3.3. LAS REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS
 - 3.3.1. REGLAS PRIMARIAS
 - 3.3.2. REGLAS SECUNDARIAS
 - 3.3.3. LAS REGLAS DE RECONOCIMIENTO (RULE AL RECOGNITION)
 - 3.3.4. LAS REGLAS DE CAMBIO
 - 3.3.5. LAS REGLAS DE ADJUDICACIÓN.
 - 3.3.6. PUNTO DE VISTA EXTERNO Y PUNTO DE VISTA INTERNO FRENTE A LAS REGLAS.
- 4. EL IUSNATURALISMO MODERNO

Y LA CRÍTICA DEL RONALD DWORKIN A LA TEORÍA DE HART

- 4.1. LAS RESPUESTAS DE HART A LAS PRIMERAS CRÍTICAS
- 5. POSITIVISMO, VIGENCIA Y EFICACIA EN EL PENSAMIENTO DE HART.
 - 5.1. EFICACIA
 - 5.2. VALIDEZ.
 - 5.3. EL DERECHO COMO TÉCNICA SOCIAL
 - 5.4. ES LA EFICACIA CONDICIÓN DE VALIDEZ DE LA NORMA JURÍDICA?
 - A) *Regla de Reconocimiento y Validez Jurídica*
 - B) *Nuevas Preguntas*
 - C) *Patología de un Sistema Jurídico*
 - 5.5. REFLEXIÓN DEL PROFESOR FELIZ FRANCISCO SÁNCHEZ DÍAZ.
- 6. CONCLUSIONES.
- 7. BIBLIOGRAFÍA.

Hablar de Hart² es hacer referencia a una de las principales figuras del siglo XXI, especialmente en cuanto se refiere al derecho alemán, reconocido por su célebre obra: “El concepto del Derecho”, publicada en 1963, en la que se encuentra, para muchos, su principal legado. En esta obra Hart parte de la reconstrucción de una teoría donde explica el derecho como un conjunto de ordenes generales respaldadas por amenazas emitidas por un soberano, cuyas características más apremiantes son –la independencia y supremacía - y generalmente la obediencia debida. Así mismo en sus diez capítulos, el autor aborda diferentes conceptos desde las normas jurídicas, las reglas primarias y secundarias, el sistema jurídico, la moral y el derecho internacional

Herbert Hart, es la figura más importante de la filosofía jurídica anglosajona del siglo XX. Este filósofo británico, se ubica dentro de la corriente del positivismo, entendido este como El Positivismo es una corriente o escuela filosófica que afirma que el único conocimiento auténtico

2 Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX, considerado el mayor exponente del positivismo metodológico o conceptual.

es el conocimiento científico, y que tal conocimiento solamente puede surgir de la afirmación positiva de las teorías a través del método científico. El positivismo deriva de la epistemología que surge en Francia a inicios del siglo XIX de la mano del pensador francés Augusto Comte y del británico John Stuart Mill. Según esta escuela, todas las actividades filosóficas y científicas deben efectuarse únicamente en el marco del análisis de los hechos reales verificados por la experiencia.

Aunque en sus inicios Hart comparte una lectura del positivismo jurídico parecida a la de Kelsen³, pero sin la influencia kantiana que tiene este –kelsen-, se orienta más con un matiz de la filosofía analítica del lenguaje ordinario.

1. CUESTIONES PRELIMINARES:

Con esa pasión con la que el hombre ha intentado comprender su devenir, sus circunstancias propias, las causas de su origen y de su existencia, desde tiempos inmemoriales se ha intentado descubrir, o mejor, definir, el concepto de ese conjunto de reglas que han gobernado la existencia humana socialmente entendida, aquello que genéricamente se ha denominado DERECHO y que por ende tiene que dejar entrever conceptos de positividad, vigencia y eficacia de la norma jurídica.

Al hacer referencia a lo que los autores han denominado el concepto del derecho necesariamente debemos ubicarnos en dos corrientes fundamentales: El iusnaturalismo y el iuspositivismo, las cuales han presentado diferentes

enfoques, que conviene recordar antes de adentrarnos en el objeto específico de este trabajo.

1.1. El iusnaturalismo tradicional: comprende la creencia que existen, por encima de las leyes creadas por el hombre, ciertos principios del derecho natural. Se proclama entonces la idea de un derecho superior al hombre mismo, con fundamentos perennes, imposibles de desconocer y basados en la razón humana.

1.2. El iusnaturalismo teológico: basado en los presupuestos de Santo Tomás de Aquino, quien defendió la idea de un derecho proveniente de Dios y del cual debe emerger el sistema positivo. (uno de sus principales expositores es John Finnis)

1.3 El iusnaturalismo racionalista: basado en los pensamientos de los iluministas. Se cimenta en que el origen de los principios morales reposa en la naturaleza de la razón humana.

1.4. El iusnaturalismo moderno de Dworkin: parte de la existencia de “principios” básicos para el devenir humano.

2. El iuspositivismo: definido de manera completamente independiente de la moral. Ha proclamado que las normas jurídicas sólo son aquellas que surgen de los hombres (algunos positivistas desconocen completamente a la moral, otros, por su parte, se limitan a aceptar su existencia pero de manera no imperante).

3 Pensador jurídico y político austriaco (Praga, 1881 - Berkeley, California, 1973). Este profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Viena (desde 1917) fue uno de los principales autores de la Constitución republicana y democrática que se dio Austria en 1920, tras su derrota en la Primera Guerra Mundial (1914-18) y la consiguiente disgregación del Imperio Austro-Húngaro. En 1929 pasó a la Universidad de Colonia, pero la ascensión de Hitler al poder le llevó a dejar Alemania (1933). Tras unos años enseñando en la Universidad de Ginebra, pasó a la de Praga (1936). Finalmente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-45) le decidió a abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1940). Allí ejerció la docencia en la Universidad de Harvard, de donde pasó a enseñar Ciencia Política en la de Berkeley (1942).

Bentham y Austin en el siglo XIX explicaron que el derecho es el conjunto de órdenes dictadas por el soberano y cuyo incumplimiento o desobediencia implica una sanción, estos autores son críticos acérrimos del derecho natural tradicional.

2.1. El iuspositivismo de Hans Kelsen (positivismo escéptico): Expresa que una norma jurídica es un juicio que debe ser, en el que se imputa una sanción jurídica a la descripción de la conducta. Considera que el derecho natural no existe.

2.2. El positivismo metodológico de Herbert Hart: a diferencia de las demás teorías, no plantea una definición precisa de derecho; simplemente sitúa tres interrogantes que si bien no responde expresamente el concepto de Derecho; si son analizados para que el lector se cree su propia definición de derecho: 1. ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?; 2. ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?; y 3. ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?.

Hart plantea que el derecho no se puede definir al estilo de Austin y Kelsen, más bien proclama la idea de **Reglas Primarias y Secundarias**.

3. LOS POSTULADO DE HERBERT HART.

Una vez puntualizadas las diferentes teorías (las más importantes, por lo menos) referentes al concepto del derecho, es del caso centrar el estudio en el tema adjudicado, el cual para abordar sus niveles de positivismo, eficacia y validez deben partir, a mi juicio, de los planteamientos del autor inglés Herbert Hart .

Nos referiremos a los bosquejos básicos que el autor trae sobre los tópicos que surgen de las tres preguntas citadas en el punto 2.2. : a) La relación del derecho con las órdenes respaldadas por amenazas; b) La relación de la obligación jurídica con la obligación moral; y c) Las reglas primarias y secundarias.

3.1. EL DERECHO Y LAS ÓRDENES RESPALDADAS POR AMENAZAS.

Hart, pese a respetar la concepción positivista, acomete una crítica compulsiva a las teorías positivistas imperantes en Inglaterra para los años sesenta.

En este sentido encontramos que p.ej. Austin defendió la idea del derecho como el conjunto de órdenes dadas por el soberano bajo la creencia que en caso de incumplimiento sobrevendrían consecuencias nocivas. Hart rechaza esta conclusión por lo siguiente:

- Porque las normas no dependen del soberano, (en un caso dado éste puede desaparecer, pero las normas continuarán).
- Porque algunas normas limitan las potestades legislativas del soberano (v.g. algunas lo cobijan a él)
- Porque algunas normas surgen de la costumbre y no del soberano.
- Porque existen normas que no imponen sanciones, por ejemplo las que facultan para hacer algo (p. ej. suscribir un contrato u otorgar un testamento).

Hart rechaza la teoría de Austin porque no la concibió bajo el perfil de una "regla", la cual busca que la persona no se vea obligada a algo, sino que tenga la obligación de algo. Esto quiere decir, en términos simples, que para Hart el derecho debe surgir de la conciencia de las personas para acatar mutuo propio las normas, sin que tenga que subsistir una agresión psicológica o una amenaza para inducir a la obediencia.

Expresa Herbert. Hart: “Las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas⁴”.

3.2. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA FRENTE A LA OBLIGACIÓN MORAL.

Hart es un fuerte contendor de la filosofía moral. En palabras de los profesores BONORIO y PEÑA AYAZO Hart dice que “del hecho que una norma jurídica se considere contraria a ciertas pautas morales no puede inferirse que dicha norma no posea carácter jurídico, como tampoco del hecho que una norma se considere moralmente deseable no puede inferirse que la misma sea una norma jurídica⁵”.

3.3. LAS REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS. El paso de una estructura social pre-jurídica a un orden jurídico

Luego de esta breve referencia a los criterios básicos de Hart con relación a las otras teorías del positivismo y el naturalismo, situémonos ahora en lo que son sus bases filosóficas, lo que desde su cátedra en la universidad de Oxford denominó REGLAS, bajo los parámetros de Primarias y Secundarias.

3.3.1. REGLAS PRIMARIAS.

Desde el momento mismo en el que los hombres se agrupan, surgen las reglas para hacer contribuciones a la vida común o cumplir ciertos servicios (V.g. cazar, cocinar, vigilar, entre otros); también en ese grupo habrán sanciones (V.g. para el que robe o para el que no cumpla sus funciones). Estas pautas de convivencia se han denominado reglas primarias.

Esas reglas primarias no forman un sistema, no se pueden denominar jurídicas; simplemente serán un conjunto de pautas o criterios de conducta separados sin ninguna marca identificatoria.

Por su característica parroquial las reglas primarias tienen serios defectos que impiden su configuración o surgimiento al mundo del derecho. Hart cita tres defectos básicos: La falta de certeza (porque en ese pequeño grupo primitivo no se sabe a ciencia cierta cuales son las reglas predominantes y cuál es su alcance); el carácter estático (porque las normas, pese a que van perdiendo aplicación, siguen existiendo de manera aislada; esto impide la evolución del grupo); y la indiferencia (por la difusa presión social, siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada, pues no existe un órgano que dirima los conflictos).

3.3.2. REGLAS SECUNDARIAS:

Surgen como una necesidad; como un requerimiento para superar los tres defectos de las reglas primarias. Hart las denomina: remedios para pasar del mundo pre-jurídico al jurídico.

Dice el autor: “*Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible*”.

Para solucionar la falta de certeza surgen las reglas de reconocimiento. Para superar

4 LA DECISION JUDICIAL. El Debate Hart – Dworkim. Estudio preliminar de Cesar Rodríguez- Bogotá: Siglo de Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

5 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sala Administrativa. Filosofía del Derecho. Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayaco. Edit. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2002.

el carácter estático nacen las reglas de cambio. Y para alivianar la indiferencia se estructuran las reglas de adjudicación.

3.3.3. LAS REGLAS DE RECONOCIMIENTO (rule al recognition).

Pueden surgir de manera variada, por ejemplo en sociedades antiguas pueden basarse en documentos escritos o en un monumento público donde hay un listado de reglas dotado de autoridad.

Este tipo de regla busca legitimar y reglamentar los comportamientos humanos; debe entenderse de manera puntual (por escrito) y cuando ella surge podemos decir que se pasa del mundo pre-jurídico al jurídico.

El autor CÉSAR RODRÍGUEZ en un interesante ensayo referente al debate existente entre Hart y Dworkin expresa que la regla de reconocimiento tiene un carácter jurídico social: “de un lado, es la fuente de validez el criterio supremo y, por tanto, es la regla última del sistema jurídico; de otro lado, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema⁶⁷”.

Así entonces podemos decir que esta regla es, quizá, la base principal de la teoría Hart, toda vez que en ella se concentra su pensamiento positivista y se demarca su alejamiento de la moral como asiento de convivencia.

3.3.4. LAS REGLAS DE CAMBIO:

Concentran la posibilidad de facultar a un individuo o cuerpo de personas para introducir nuevas reglas primarias tendientes a la conducción de la vida del grupo.

Tienen una relación estrecha con las reglas de reconocimiento porque donde existen aquellas, las últimas necesariamente incorporarán referencias legislativas.

3.3.5. REGLAS DE ADJUDICACIÓN:

Tienen dos objetivos: (1) identificar a los individuos que pueden juzgar y (2) establecer el procedimiento que se debe seguir en cada juicio.

Busca dirimir los conflictos a partir de decisiones particulares. El grado de certeza que proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces (surgen aquí los primeros trazos de discrecionalidad que demarcan el pensamiento Hart).

De todo lo anterior, surgen (según Hart) las bases para llegar al concepto del derecho. Así pues, “Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política”.

Así las cosas, para Hart esa mezcla de reglas permite que cada uno de nosotros se plantee una idea de lo que es el derecho basado en la existencia de reglas claras. Además, dice el autor, su teoría enriquece el trabajo del jurista porque le facilita entender el concepto de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción; mientras que al estudioso de la política le permite deducir las definiciones de Estado, autoridad y funcionario.

67 LA DECISION JUDICIAL. El Debate Hart – Dworkin. Estudio preliminar de Cesar Rodríguez- Bogotá: Siglo de Hombre Editores. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

No obstante lo precedente, Hart deja bien claro que la unión de reglas primarias y secundarias, si bien es el centro de un sistema jurídico, no es el todo.

3.3.6. PUNTO DE VISTA EXTERNO Y PUNTO DE VISTA INTERNO FRENTE A LAS REGLAS.

- Punto de vista externo. Puede ser asumido por un observador interesado en registrar solo repeticiones de conducta de los miembros de una sociedad, o por un miembro que no acepta las reglas jurídicas por considerarlas justificadas sino con el fin de evitar el castigo.
- Punto de vista interno. Destaca de dimensión normativa de las reglas.

4. EL IUSNATURALISMO MODERNO Y LA CRITICA DE RONALD DWORKIN A LA TEORÍA DE HART.

Este autor, sin desconocer la existencia de las reglas, expresa que el derecho está formado por verdaderos *Principios*⁷, los cuales constituyen proposiciones morales que poseen un fundamento en actos de autoridades oficiales del pasado.

Dworkin se queja del desconocimiento en la teoría Hartiana de la idea de principios, habida cuenta que en el caso de existir, por ejemplo, contraposiciones entre reglas, debe existir un tercer elemento mediador que dirima el conflicto, este obedecería a los principios.

Este autor no concibe la idea que los principios estén por encima de las reglas, pero sí que estén en un mismo nivel, toda vez que así se evitaría conceder al juez la peligrosa discrecionalidad que plantea Hart. *“El juez al decidir no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que los individuos poseían*

antes de su decisión. Los principios constituyen los materiales que le permiten al Juez buscar las respuestas a los casos difíciles”

En síntesis, para Dworkin los principios deben ser considerados en un grado de importancia igual al de las reglas, pues aquellos permiten al juez buscar respuestas correctas a casos difíciles (con la ayuda de la moral) y evita la descabellada idea de permitirle de manera discrecional -llegando a bases extrajurídicas- solucionar las controversias.

Se puede afirmar que en ésta teoría del iusnaturalismo moderno se intenta unir la concepción de moral con la de derecho para afirmar que el último siempre debe hacer un juicio de valor moral para su aplicación -existen pues vínculos interdependientes entre estas figuras-.

4.1. LAS RESPUESTAS DE HART A LAS PRIMERAS CRÍTICAS.

- Hart se defiende de las críticas hechas por Ronald Dworkin, particularmente de la aplicación del concepto de derecho para incluir los principios justificativos y la afirmación de una respuesta correcta en los casos difíciles sin recurrir a la discrecionalidad judicial.
- Hart afirma que la inclusión de principios justificativos en el concepto de derecho no es correcto, dado que el solo intenta describir la estructura del derecho sin justificarla ni criticarla.
- En cuanto a la discrecionalidad judicial. Hart se niega tajantemente a la existencia de un juez súper poderoso o Hércules como se denomina en la teoría de Dworkin. Dado que dice que en los casos difíciles pueden sobrevivir dos o más interpretaciones basadas en

7 En la obra de DWORKIN no hay una exposición sistemática sobre los principios. La alusión a ellos aparece más bien en argumentaciones cuyo objeto no es precisamente esclarecer el tema de los principios, sino más bien acumular argumentos que parezcan convincentes contra las teorías de HART.

principios encontrados, entre las cuales el juez irremediamente tendrá que escoger. En esta última instancia el juez tiene un poder discrecional. La única forma de defender la posición contraria sería afirmar que en cada caso difícil existe un único conjunto de principios aplicables que sirve de base para la respuesta adecuada, lo cual parece contrario a la práctica jurídica.

5. POSITIVISMO, VIGENCIA Y EFICACIA EN EL PENSAMIENTO DE HART.

Antes de iniciar una profundización en el tema del Positivismo, Vigencia y Eficacia en el pensamiento de Hart, conviene hacer una precisión conceptual con respecto a estos tres términos importantes, que pueden cambiar con la postura y significado que les dio el autor británico.

- **Positivism Jurídico:** desde el punto de vista filosófico, es aquella “corriente que no reconoce valor sino a las normas del derecho positivo. De tendencia estatal o sociológica, rechaza toda metafísica y toda idea de derecho natural”⁸.
- **Vigencia:** es el lapso de tiempo en que una cosa tiene la actitud de ser utilizada⁹. Así decimos que ciertos códigos morales, o de usos o costumbres están vigentes, pues los observamos en su uso cotidiano. La palabra vigencia se usa con mucha frecuencia en el Derecho, así se

habla de derecho vigente al que tiene una aplicación efectiva en un Estado, en contraposición, en contra posición al Derecho Histórico, cuyas normas han sido derogadas, por otras leyes que así lo han determinado expresamente. Una norma legal entra en vigencia, cuando puede ser aplicada correctamente.

- **Eficacia:** viene del latín (*efficace*), Eficacia (Del lat. *Eficacia*): capacidad para obrar o para conseguir un resultado determinado. La eficacia es “un adjetivo de naturaleza cualitativa, aplicable a los procesos jurídicos o en cualquier área en general”¹⁰. En condiciones ordinarias lo que busca es la optimización de los procesos. Es importante entender que la eficacia no es un efecto, no es un resultado, pues una alta eficacia consiste en seguir estrictamente los lineamientos de una verdadera planificación

Después de esta importante contextualización, frente a los términos de positivismo, vigencia y eficacia; se vuelve a insistir que estos pueden o no cambiar en la doctrina Hartiana.

Una buena parte de su obra, como hemos visto, “va dirigida a la distinción del Derecho, como mecanismo de control social, de las concepciones jurídicas que asimilan el Derecho y la coerción, por una parte; y de otra, de las concepciones que reconducen al Derecho al ámbito de la Moral”¹¹.

8 RAYMON, Guillien y JEAN Vincent. Diccionario Jurídico. Editorial Temis. S. A. Bogotá. Colombia. 2009. Pág. 303.

9 Diccionario Real Academia de la Lengua Española.

10 BEATRIZ Delgado M. Nuevas Tendencias del Derecho. Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho. Editorial Universidad Santiago de Cali. 2009

11 HAET, H. L. A.: El concepto del Derecho, Op. cit., (Prefacio a la edición inglesa), p. XI: “En este libro se ha querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”.

Para explicar el anterior presupuesto tenemos que recordar que Hart no distingue diferenciación alguna entre obligación moral y jurídica, ya que aquí entran en juego los conceptos de aceptación y obediencia voluntaria, que pueden tener diversas interpretaciones, incluso de tipo moral.

Distingue la validez y la obligatoriedad por la existencia de normas secundarias que no imponen obligaciones, sino que confieren potestades o permiten identificar las normas del sistema. Siempre que alguien está obligado a hacer algo, implica la existencia de una regla, pero no al revés. La regla de reconocimiento establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico. Además, a la vez que dota de unidad y coherencia al sistema jurídico, determina cuáles son, en un momento dado, las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la comunidad¹²

Personalmente me identifiqué mucho con el pensamiento de María José Tella y Falcón, cuando afirmar que “el hombre solo debe sentirse obligado solo a lo que conoce”¹³. Porque como afirma Goethe “el hombre sólo conoce aquello que ama”... aunque un hombre más escéptico podría invertir la frase y decir que “amamos sólo aquello que conocemos”, estoy casi seguro que con esta última forma se identificaría Hart, por su marcado sentido positivista.

No sucede así con la Ley, porque estamos obligados incluso por aquellos preceptos jurídicos que desconocemos y aquí sí que entra en juego aquel famoso postulado que reza: la ignorancia de la Ley, no sirve de excusa. Tras la lacónica redacción el artículo 9° del Código Civil, a cuyo tenor “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, se esconde uno de los fundamentos iusfilosóficos del Estado: el principio de la obligatoriedad de la ley. A la luz de este principio, no se puede concebir un Estado incapaz de hacer cumplir sus propias normas, ya que hacerlo implica la negación del Estado mismo como institución político-jurídica por excelencia.

5.1. Eficacia: Las normas jurídicas, pues, están creadas para ser cumplidas. Si una norma no tiene la capacidad de hacerse cumplir, carece de **eficacia** y tanto vale que exista como que no exista. De manera análoga, tanto vale una sociedad regida por un Estado que no hace cumplir sus normas, como aquella en donde reina la anarquía absoluta. Pues bien, la norma del artículo 9° es uno de los mecanismos que ha ideado el legislador con el fin de garantizar la obligatoriedad de la ley. Según dicha regla que, en adelante, es conocida por todos como la *regla de la ignorancia de la ley*, el ciudadano no podrá alegar su desconocimiento de la preceptiva jurídica contenida en la ley para justificar su incumplimiento.

12 HAET, H. L. A.: El concepto del Derecho, Op. cit., pp. 140-6, 249-251, 285-6; y en su obra Ensayos on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford (Clarendon Press), 1982, pp. 145 a 147, 156 a 158, 160-1..

13 FALCÓN Y TELLA, María José: Concepto y fundamento de la validez del Derecho, Madrid, Civitas, 1994, p. 49; por otra parte, del mismo modo que decimos que el Derecho es imperativo porque prevé potencialmente sanciones para el supuesto de su incumplimiento, pero no se precisa la actuación real mediante la coacción física y el uso de la fuerza, decir que el Derecho es obligatorio no supone considerar jurídicas sólo aquellas normas que de un modo u otro, directa o indirectamente, imponen obligaciones. Si fuera así, tendríamos que buscar la obligatoriedad de las normas que no imponen sanciones en una fundamentación moral.

Pero aquel aparente rigor no es creación del Estado de Derecho, ni del código de Bello. Según la opinión mayoritaria, el reconocido aforismo "*ignorantia iuris non excusat*"¹⁴. proviene del Derecho Romano en el que, bajo el supuesto que los ciudadanos tenían acceso al derecho (*iuris*), se consideraba inexcusable alegar su desconocimiento. Por lo anterior decir que el derecho obliga, supone para los miembros del grupo una referencia especialmente objetiva, para atribuirse y reclamar recíprocamente derechos y obligaciones.

5.2. Validez: En cuanto a la **validez** del Derecho, entre las normas secundarias, se encuentra la "Regla de Reconocimiento" (*Rule of Recognition*), de la cual se ha hablado anteriormente, que determina los criterios de validez y pertenencia de las normas respecto del propio sistema, ya que todas las normas identificadas por la Regla de Reconocimiento son válidas y vinculantes, por lo que, en última instancia, el Derecho descansa también en una norma básica, aunque no será hipotética, sino real.

Verdaderamente no se trata de una hipótesis, no es un presupuesto del pensamiento jurídico, sino que es una norma positiva, una norma cuya existencia se manifiesta en la práctica concorde de los tribunales a la hora de identificar el Derecho válido en orden a su aplicación¹⁵. En este sentido podemos llegar a una conclusión válida cuando se afirma que *la regla de reconocimiento es fundamento de la validez jurídica, porque dota de sentido a la noción de validez*. Por lo cual puede decirse que Hart hace depender la

validez de cada norma jurídica no de otra y así sucesivamente de forma indirecta, sino que la validez de cada norma jurídica depende directamente de la existencia de la regla de reconocimiento.¹⁶

Para Hart validez no es sinónimo de existencia, y tampoco validez es sinónimo de obligatoriedad. Sólo cuando aparece una regla de reconocimiento, lo que sólo sucede en sistemas jurídicos desarrollados, tiene sentido la noción de validez para designar aquellas normas cuya "existencia" no depende que sean efectivamente aceptadas y aplicadas por los jueces, sino sólo que reúnan los requisitos exigidos en la regla de reconocimiento.

Para Hart, la vigencia o existencia de una norma se comprueba verificando que es válida, es decir, que se acomoda a los criterios de validez establecidos en la regla de reconocimiento. Vigencia y validez son dos aspectos de una misma realidad; lógicamente, si una norma es válida, existe como tal norma, y si existe como tal norma, es que es válida; en este sentido hay acuerdo con la posición kelseniana, cuando se afirma que la validez y vigencia son dos aspectos que posibilitan enfoques distintos y que deben ser diferenciados.

La vigencia hace referencia principalmente al «ser» fenoménico y existencial de la norma. Una norma vigente es una norma que tiene existencia física, empírica, histórica, en cuanto tal norma. La validez, por contrario, hace referencia al aspecto más ideal, es decir, a la obligatoriedad, a la obediencia. Una norma es válida porque es obligatoria y se debe obedecer. El ser

14 Máxima Latina que significa: La ignorancia de la Ley no sirve de excusa, y tiene sus orígenes en el mismo Derecho Romano.

15 Ramos Pascua, J. A.: *La regla de Reconocimiento en la Teoría jurídica de H. L. A Hart*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 101. "Dicho de otro modo: se trata de una norma que ha de inferirse de la práctica judicial".

16 Falcón Y Tella, María José.: *Concepto y fundamento...*, Op. cit., p. 171.

o la realidad de la norma se compone de vigencia y validez.

5.3. El Derecho como Técnica Social:

Conviene traer a la discusión también, lo visto durante el Seminario del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre de Colombia, con el Profesor Español Félix Francisco Sánchez Díaz¹⁷, cuando con respecto a la postura de Kelsen, en la lectura del documento El Derecho como Técnica Social, se sacaron las siguientes conclusiones:

- Eficacia es diferente a validez
- Debe existir una motivación para el cumplimiento de la norma
- El derecho es un orden coactivo exterior, como técnica social

5.4. ¿Es la Eficacia condición de validez de la norma jurídica?

Por supuesto que no, no podría ser así. Una cosa es la validez y otra la eficacia. No hay otra forma de analizar la validez que partiendo de la eficacia del derecho, una norma es válida si es obligatoria, y es obligatoria si deriva de otra norma de rango superior, la norma fundamental presupone la eficacia del sistema, la da por supuesta Kelsen quien articula la validez de tal manera que está atada a la eficacia, *la validez es una propiedad de los elementos integrantes del sistema, no se necesita recurrir a la validez solo se necesita para saber si la norma está vigente.*

Kelsen no expresa nada que sea incierto o incierto; la premisa conceptual de Kelsen tendría otra variante, validez es un concepto que necesariamente supone otra variante. Kelsen se plantea el

problema de manera equivocada, *validez es diverso de eficacia*, es correcto, pero el positivismo requiere partir de lo que concibe como realidad y entiende que la realidad del derecho es la norma, pero una norma real, allí está la confusión que conduce al positivista al derecho positivo, que es el derecho positivado; se mezcla el hecho de la imposición del derecho con la propiedad formal de una norma de pertenecer a un sistema jurídico, el positivismo jurídico mezcla cosas que no tienen la misma naturaleza, el derecho es un conjunto de formas que remite a un convencionalismo que implica que el derecho es el resultado de una decisión que una vez creado tiene leyes propias, no interrumpe el hecho de la imposición del derecho y el hecho de su validez introduce un concepto sociológico en un análisis que pretende ser jurídico.

De igual manera en la lectura del Concepto de Derecho por Hart¹⁸. Capítulo VI. Los fundamentos de un sistema jurídico, se dan aspectos muy importantes sobre el concepto de validez jurídica, que conviene traer presente.

a) Regla de Reconocimiento y Validez Jurídica:

- 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 de la persona ó personas soberanas.
- El fundamento de un sistema jurídico no puede ser la actitud de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado
- La regla de reconocimiento última, da al sistema de reglas sus criterios de validez, de objetividad.

17 Académico de la Universidad de Palmas, Islas Canarias (España). Licenciado en Derecho de la Universidad de Laguna, Master en Sociología Jurídica, Tesis de Grado con calificación de notable. Doctor en Derecho de la Universidad Laguna. Ha escrito varios libros como la Decisión Judicial y Ciencias Jurídicas, La teoría de la comunicación del Derecho, entre otros. Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre de Colombia.

18 EL CONCEPTO DE DERECHO, H.L. A. Hart. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford. Traducción de Gregorio R. Carrio. Ebeledo – Perrot. Buenos Aires.

b) Nuevas Preguntas:

- Surgen del planteamiento y posturas entre la teoría jurídica y la teoría política y son problemas verdaderamente difíciles
- El primer problema gira en torno a la clasificación, por cuanto se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para descubrir un sistema jurídico
- Derecho y Hecho: el argumento en favor de llamar “derecho” a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico.
- En contraposición a este planteamiento, el argumento de llamarla “hecho” es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema eficaz
- Es necesario recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: (i) 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 (ii) se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.
- El segundo problema gira en torno de la oculta complejidad y vaguedad de la afirmación que en un determinado país o en un cierto grupo social existe un sistema jurídico.

c) La Patología de un Sistema Jurídico:

- La prueba de la existencia de un sistema jurídico tiene que extraerse, por lo tanto, de dos diferentes sectores de la vida social. El caso normal, no problemático, en que podemos decir

con confianza que existe un sistema jurídico, es precisamente aquél en que resulta claro que los dos sectores son congruentes en sus respectivos, intereses típicos frente al derecho.

- Las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial son generalmente obedecidas. A veces puede darse un divorcio entre el sector oficial y el privado.
- La ruptura que se da entre ellas puede tener diferentes factores de perturbación, como el de la revolución, el de la ocupación enemiga y la quiebra del control jurídico ordenado.

5.5. Reflexión del Profesor Félix

Francisco Sánchez Díaz: quien afirma que Hart hace algo que diferencia de Kelsen en su análisis y es describir de un modo más fiel la estructura de un sistema jurídico interno, al diferenciar normas primarias y secundarias, para Kelsen la norma era un acto objetivo de voluntad y su teoría de la norma jurídica se acogía al modelo clásico de supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

Hart mejora el planteamiento de Kelsen, pues dice que un sistema jurídico es heterogéneo en cuanto a la naturaleza de sus normas, pues considera primarias a las que imponen deberes y secundarias a las normas más sofisticadas que incluyen modelos para modificar las normas primarias, se atiene más a la complejidad de la norma jurídica. Luego llega a la norma de reconocimiento que es la regla última, Kelsen habla de una estructura bicameral hacia arriba y de una norma fundamental. Hart no quería dar ese salto hacia la norma fundamental, Hart se apoya en la sociología y la norma que permite reconocer a las demás la sustenta sobre prácticas del aparato del Estado, de los jueces y su existencia o su eficacia es la condición de existencia del ordenamiento jurídico que en últimas es social, combina de nuevo la vigencia de las normas con los hechos sociales, no es consecuente con la distinción, pues no se deben mezclar y la regla de reconocimiento funde el punto de

vista interno con el externo. Confunde en las reglas de reconocimiento un aspecto diferencial, pues no tiene presión para el cumplimiento pues si no se cumple deja de existir, no es lo mismo una regularidad de conducta respaldada por una presión social respaldada por el hecho de una sanción para quien se desvíe de lo previsto de la norma.

Los grandes teóricos positivistas del derecho introducen fundamentos sociológicos para fundamentar la validez y la eficacia del ordenamiento jurídico, La Teoría Comunicacional del Derecho afirma que la conexión entre validez y eficacia es innecesaria pues cada una es independiente; la TCD contempla problemas relacionados con la eficacia de la norma como problemas estrictamente sociológicos.

La regla de reconocimiento es una práctica social, es una idea del pensamiento jurídico positivista, es un hecho fundamental para la existencia del ordenamiento jurídico que si no se da deja de existir lo que equivale a decir que no está vigente, Hart introduce la eficacia como presupuesto de la validez.

La validez es un concepto jurídico, la eficacia es un concepto social. La regla de reconocimiento en Hart, es siempre social, obedece al reconocimiento que se hace del sistema, implica EFICACIA, sin existencia del ordenamiento jurídico, sus normas no pueden ser válidas según HART, pues eficacia para él no es lo mismo que validez, y sin eficacia no existe este ordenamiento.

La Teoría Comunicacional del Derecho no está de acuerdo pues la validez de la norma es una propiedad interna del ordenamiento jurídico, el ser es el punto de vista interno, es la consistencia interior de eso que existirá o no dentro del ser, están las reglas de reproducción jurídica que los propios ordenamientos instauran que permiten saber para cualquier ordenamiento existente o no existente,

pasado o presente, cuáles normas serían válidas y cuáles no.

Para responder estos interrogantes se formulan distintas preguntas de lo que es dable o no hacer, el hecho que la existencia de determinadas leyes produzca un problema moral, es incuestionable. La moral responde a la vigencia de una ley sumamente injusta.

A manera de conclusión:

- Validez jurídica y validez sociológica no son lo mismo y la eficacia jurídica y la eficacia social divergen en sus conceptos.
- La norma (primaria o secundaria) en Hart, se mantiene válida en tanto haya sido producida por un ordenamiento que esté vigente y que sea reconocida por los operadores jurídicos y la población.
- Los criterios son criterios en sí, no hay que indagar si son válidos o inválidos. En términos Hartianos el criterio del criterio es la EFICACIA.
- Necesitamos una autoridad superior que nos haga obedecer el derecho, es esta una tendencia psicológica.

6. CONCLUSIONES

6.1. Académicas:

- Las reglas primarias y secundarias constituyen la médula de un sistema jurídico y una herramienta poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado al jurista y al teórico de la política.
- Hart busca estudiar el derecho vigente en una sociedad a partir de una independencia de la moral.
- Las reglas primarias y secundarias constituyen un simple soporte del concepto del derecho; el cual es tan abstracto y tan personalísimo

que sería peligroso defender una definición estricta, por las implicaciones sociales y políticas que podría generar éste resultado en culturas marcadamente disímiles y ante pensamientos rotundamente divergentes.

- Podemos afirmar que el debate Hart y Dworkin cambió la interpretación y la práctica del derecho, basta ver la judicialización de los temas sociales (V.g. en el Tribunal Constitucional Español o en la Corte Constitucional Colombiana).
- La regla de reconocimiento es fundamento de la validez jurídica, porque dota de sentido a la noción de validez.

6.2. Doctrinales:

- Validez jurídica y validez sociológica no son lo mismo y la eficacia jurídica y la eficacia social divergen en sus conceptos.
- La norma (primaria o secundaria) en Hart, se mantiene válida en tanto haya sido producida por un

ordenamiento que esté vigente y que sea reconocida por los operadores jurídicos y la población.

- Los criterios son criterios en sí, no hay que indagar si son válidos o inválidos. En términos Hartianos el criterio del criterio es la EFICACIA.
- Necesitamos una autoridad superior que nos haga obedecer el derecho, es esta una tendencia psicológica.

6.3. Personales:

- Este trabajo fortaleció el conocimiento del debate entre Dworkin y Hart y permitió comprender las fortalezas y debilidades de cada uno.
- En un estudio como lo es el Doctorado, cuya fin esencial es la investigación sociojurídica, conviene tener presente que frente a determinados temas del Derecho, hay que tener presente que la validez es un concepto jurídico, la eficacia es un concepto social y no se pueden analizar distintos problemas, desde ópticas diferentes.
-

7. BIBLIOGRAFIA

- DELGADO M. Beatriz. Nuevas Tendencias del Derecho. Universidad Santiago de Cali. Facultad de Derecho. Editorial Universidad Santiago de Cali. 2009.
- BONORINO, Pablo Raúl. PEÑAAYAZO, Jairo Iván. Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá 2002.
- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel. Barcelona 1984.
- FALCÓN Y TELLA, María José: Concepto y fundamento de la validez del Derecho, Madrid, Civitas, 1994.
- HART, Herbert L.A. The concept of de Law (el concepto del derecho). Oxford, Clarendon Press, 1961. Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963.
- KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1999.
- RAMOS, Pascua, J. A.: La regla de Reconocimiento en la Teoría jurídica de H. L. A Hart, Ed. Tecnos, Madrid, 1989
- RODRÍGUEZ, César. La Decisión judicial, el debate Hart Dworkin. Universidad de los Andes. Bogotá 1997. 4ª Reimpresión año 2002.