Artículo: Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L.A. Hart
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 178
AÑO LIII
JUL.—DIC.
1985

ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION
FACULTAD DE
CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES

Artículo: Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L.A. Hart
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*UN ALCANCE A LA TEORIA DEL DERECHO DE HERBERT L. A. HART**

JESUS ESCANDON ALOMAR
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad de Concepción

El presente artículo tiene pretensiones muy modestas: simplemente dar una breve noticia acerca de la teoría del derecho del iusfilósofo inglés contemporáneo Herbert L. A. Hart. Pienso que este autor se merece mucho más que las escasas e incompletas líneas que se contienen en este trabajo[1], espero en todo caso que contribuya, aunque sea mínimamente, a que al menos algunas personas comiencen a fijar su atención en un filósofo del derecho y, en general, en una línea de pensamiento que ya no es excusable que pasen desapercibidos en nuestro medio.

La teoría del derecho de Hart, en el plano puramente filosófico, se inscribe de lleno en el ámbito de la filosofía analítica[2]. En el de la filosofía jurídica propiamente tal, recibe una influencia más variada: el positivismo jurídico tradicional inglés (principalmente en las versiones que de él formulan Jeremías Bentham y John Austin[3]), el normativismo kelseniano y el denominado realismo jurídico[4], tanto el americano como el escandinavo; aunque parece que este último tiene una mayor gravitación.

Pero la filosofía jurídica de Hart no se limita sólo a ser una combinación más o menos ingeniosa de las doctrinas y pensadores que en él

*Herbert Lionel Adolphus Hart. Filósofo del Derecho ingles contemporáneo (N. 1907), profesor Emérito de Filosofia del Derecho de la Universidad de Oxford. Una nómina bastante completa de las publicaciones de este autor puede encontrarse en el trabajo de Juan Ramon de Páramo Argüells: "H. L. A. Hart y la Teoria Analitica del Derecho". Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984. Asimismo, debe anotarse que la obra más importante de Hart, "El Concepto de Derecho", se encuentra vertida al español por Genaro R. Carrio, Ed. Abeledo - Perriot, Buenos Aires, 1977 (segunda edición).

[1]Aquí cabe anotar que si bien Hart ha sido motivo de constante preocupación por los estudiosos de la filosofía del derecho en Europa y en los Estados Unidos, no ha ocurrido lo mismo en nuestro país. Por fortuna, este vacío se llenará pronto con un número especial, de próxima aparición, de la Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso y un Seminario de Título escrito por doña Evelyn Pérez Jaña, en el Depto. de Derecho Privado de esta Facultad.

[2]Como se sabe, el vasto movimiento filosófico que suele conocerse, entre otras denominaciones, con el nombre de filosofía analítica, surgió a comienzos de este siglo en Inglaterra, liderado en un comienzo por George Moore y Bertrand Russell, pero ha sufrido con posterioridad una enorme expansión e influencia, así como también ha dejado de ser —o tal vez nunca lo fue— un movimiento unitario. Aunque, sin duda, un tema recurrente de él es ocuparse del lenguaje. Existe una abundantísima literatura acerca de este movimiento filosófico, una buena bibliografía, aunque elemental sobre el, puede encontrarse en el "Diccionario de Filosofía" de José Ferrater Mora, Tomo 2, Alianza Editorial, Madrid, 1984 (quinta edición en "Alianza Diccionarios").

[3]Alguna referencia bibliográfica sobre Bentham y Austin se encuentra en: Fassó, Guido, "Historia de la Filosofía del Derecho", Tomo 3, Ed. Pirámide, Madrid, 1983 (tercera edición).

[4]Al respecto Hierro, Liborio, "El Realismo Jurídico Escandinavo, una Teoría Empirista del Derecho", Fernando Torres Editor S. A., Valencia, 1981. Kelsen H. "Teoría Pura del Derecho", Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1979. Es la traducción de la segunda edición en alemán, que introduce substanciales modificaciones con respecto a la primera, la clásicamente conocida.

Artículo: Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L.A. Hart
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

influyeron. Es mucho más que eso, sin desconocer los aportes recibidos, termina resultando una auténtica creación originaria, sutil y compleja a la vez. En efecto, uno de los matices más interesantes del pensamiento de Hart es que, inspirándose en una línea de pensamiento que básicamente puede ser calificada de positivista y empirista[5], va poco a poco llevando hasta sus últimas consecuencias los argumentos capitales de estas doctrinas, hasta alcanzar el punto en que muestran todo lo que pueden dar de sí, más allá del cual comienzan a surgir sus insuficiencias y limitaciones. El iusfilósofo inglés, con tino y prudencia, intenta abocarse a lo que puede ser considerado como un intento de solución a ellas.

Así, por ejemplo, en lo que respecta a la filosofía analítica, trata de superar la llamada filosofía analítica del lenguaje riguroso, tan bien representada por la doctrina del atomismo lógico de Russell y por el "Tractatus" de Wittgenstein[6], para aproximarse, siempre dentro de la corriente de pensamiento que acaba de señalarse, a la filosofía del lenguaje ordinario. En lo referente al positivismo jurídico anglosajón, también va más allá de la tesis sustentada por John Austin, para quien, en esencia, las normas jurídicas son mandatos de una autoridad soberana a unos súbditos que tienen el hábito de obedecerlos. Para Hart, los ordenamientos jurídicos no están constituidos únicamente por mandatos (aunque, obviamente, no niega que una parte de las normas son mandatos), o dicho en su terminología, sólo por normas primarias de obligación. Esta tesis hartiana también apunta a criticar la idea de Kelsen[7], quien sostiene que si bien en los ordenamientos jurídicos encontramos tanto normas primarias como secundarias, en última instancia todo ordenamiento puede reducirse sólo a normas primarias.

Por el contrario, la opinión de Hart es que el derecho de todo sistema jurídico desarrollado se compone, necesariamente, tanto de normas primarias como secundarias. Las primeras son mandatos sancionados por la fuerza, las últimas cumplen funciones distintas: atribuyen derechos a las personas, facultan a éstas o a ciertos órganos del Estado para cambiar el derecho existente y sirven (sobre todo las de rango superior) para reconocer o determinar las normas que pertenecen al sistema jurídico respectivo. Hay entonces tres clases de normas secundarias, las de adjudicación, cambio y reconocimiento. Profundizando en la crítica a la tesis de que el derecho (aunque sea en última instancia) está compues-

[5]En lo que respecta al plano filosófico del positivismo científico del presente siglo está representado por autores contemporaneos como Russell, Wittgenstein, Carnap, Ayer y otros.

[6]Los conocedores de la obra de Wittgenstein suelen distinguir dos etapas en este pensador. Una que corresponde a su filosofía del lenguaje riguroso y otra a su filosofía del lenguaje corriente u ordinario.
Al respecto ver: Fann, K. T. "El Concepto de Filosofía en Wittgenstein", traduccion de Miguel Angel Bertran. Editorial Tecnos S. A., Madrid 1975. Esta obra contiene una excelente bibliografía sobre los escritos de Wittgenstein y sobre los trabajos que a él se han dedicado.

[7]Al menos del Kelsen clásico, anterior a la segunda edicion de su "Teoria Pura del Derecho", que hemos citado en la nota 4 de este trabajo.

Artículo: Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L.A. Hart
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

to sólo por normas primarias de obligación, es decir, sólo por mandatos sancionados por la fuerza, Hart sostiene que un orden jurídico de esta clase es expresión de sociedades primitivas, pero no de sociedades evolucionadas[8]. De aquí nos atrevemos a obtener la conclusión -no expuesta por Hart- que un sistema jurídico, mientras más se apoye en las normas primarias de obligación, esto es, en mandatos sancionados por la fuerza, en mayor medida es un reflejo de aquello que tiene de primitivo y de regresivo la sociedad humana y en ningún caso representa estadios superiores de ella.

Pero la crítica de Hart a Kelsen -no ya a John Austin- abarca también otros aspectos. En particular, no comparte la tesis kelseniana en cuanto afirma que el derecho, en definitiva, es algo puramente normativo. Desde luego Hart no le niega al derecho una dimensión normativa, pero ésta no agota todo lo que es aquél. Especial reparo le merece la teoría de Kelsen de la norma hipotética fundamental, como la base última que fundamenta la validez del derecho. Pues esta hipótesis del autor vienés conllevaría al parecer una contradicción insalvable: ser puramente normativa por un lado y, por otro, fundamentar la validez de un ordenamiento jurídico sólo si éste es eficaz. En sustitución de la norma hipotética fundamental, Hart propone a la que denomina norma de reconocimiento (a veces usa el plural, normas de reconocimientos), que cumple funciones relativamente análogas a ella, en cuanto fundamenta la validez del ordenamiento jurídico determinando qué normas pertenecen al sistema y cuáles no. Ahora bien, esta norma de reconocimiento no tiene la pretensión de ser una hipótesis puramente normativa, sino que hay en ella elementos fácticos, pudiendo, al menos en parte, ser encontrada en la realidad y no meramente construida.

Hart tampoco acepta lisa y llanamente los planteamientos del realismo jurídico -sin desconocer su aporte-, tanto en su versión americana como escandinava. Se niega a reducir lo jurídico al solo elemento fáctico.

En consecuencia, para el autor a que ahora nos referimos, el derecho no es ni normativismo puro (Kelsen), ni mera facticidad empírica (realismo jurídico). En otros términos ni la validez por sí sola ni la eficacia por sí sola dan plena cuenta de lo que es el derecho. Una combinación de ambas, en la forma tan peculiar y elaborada como la propuesta por Hart, nos da una perspectiva de análisis mucho más esclarecedora sobre él. Esto le permite cumplir con el objetivo fundamental que se propone en su obra[9], que consiste en establecer las reglas y condiciones para el uso correcto y propio del término derecho, y no en dar una definición precisa del mismo. Esta preocupación por el uso del término, no por el significado, es una demostración que Hart adhiere a la filosofía analítica del len-

[8] Hart, H. L. A., "El Concepto de Derecho". Ed. cit. págs. 33 y sgtes. y págs. 99 y sgtes.

[9] Hart, H.L.A. "El Concepto de Derecho", edic. cit. pags. 20 y 21.

Artículo: Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L.A. Hart
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

guaje ordinario, principalmente en la versión que de ella formula John L. Austin[10].

Del todo relacionada con la combinación de normativismo y facticidad, o si se quiere, entre validez y eficacia del derecho que Hart propone, se encuentra otra idea suya que se refiere a dos tipos de análisis que de él pueden efectuarse. Se trata de la distinción entre enunciados jurídicos "internos" y "externos", entre "el análisis desde el punto de vista interno" y "el análisis desde el punto de vista externo", que es posible realizar del derecho[11]. El primero es un estudio del fenómeno jurídico, de las normas, efectuado por quien da por supuesta la validez o vigencia del derecho, como una pauta a la que debe ajustarse la conducta de los hombres. Es la tarea propia de quien hace, teórica o prácticamente, ciencia del derecho en sentido estricto, es decir, del jurista. El segundo representa al estudio que realiza del derecho quien simplemente lo observa desde fuera, sin ocuparse de su vigencia o validez en cuanto normas que deben regir la conducta humana, sino se limita a constatar si en los hechos éstas se cumplen o no. Constituye de acuerdo a Hart la tarea propia de la sociología del derecho.

Pero hay más todavía, esta combinación de normativismo y facticidad conduce al autor de que ahora tratamos, a ocuparse del tema -una vez más con el fin de determinar los supuestos que permitan esclarecer el término derecho- siempre recurrente de las relaciones entre derecho y moral. Según Hart, hay entre ambos una conexión fáctica que puede ser constatada históricamente, pero no una conexión lógicamente necesaria[12].

Por último, vinculado con el tema a que acabamos de hacer referencia, aborda el problema entre derecho natural y derecho positivo, entre las concepciones iusnaturalistas y iuspositivistas. En el trasfondo del planteamiento de él, sin duda se encuentran las teorías de los filósofos del derecho inglés adscritos a una línea tradicional del positivismo jurídico, que distingue entre "el derecho que es" y "el derecho que debe ser". Se trata, como se sabe, de Austin y Bentham principalmente; para ellos sólo "el derecho que es" constituye la tarea de los juristas; "el derecho que debe ser", en cambio, es ocupación de otras profesiones: moralistas, políticos, filósofos, etc. De aquí entonces, el positivismo jurídico resulta obvio. Pero Hart, a pesar de tener alguna proximidad con este positivismo jurídico, no adhiere plenamente a él. Es por este motivo que postula

[10]Austin, John L. (1911-1960). Filósofo inglés contemporáneo, a quien se suele adscribir a la filosofía del lenguaje corriente u ordinario, derivada de la segunda filosofía de Wittgenstein. Su obra más importante, "How to do things with words", se encuentra traducida al español bajo el título "Palabras y acciones". Ed. Paidós, Buenos Aires. 1971.

[11]Hart, H. L. A. "El Concepto de Derecho". Ed. cit. Prefacio a la edición inglesa.

[12]Hart H. L. A. "El Concepto de Derecho", Edit. cit. págs. 193 y sgtes.

Artículo: Un alcance a la Teoría del Derecho de Herbert L.A. Hart
Revista: Nº178, año LIII (Jul-Dic, 1985)
Autor: Jesús Escandón Alomar

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

su tesis del contenido mínimo del derecho natural[13] que se traduce en la afirmación de que todo ordenamiento jurídico debe satisfacer un mínimo de éste.

Hart sostiene que los ordenamientos jurídicos han de cumplir con tal contenido mínimo del derecho natural, porque el objetivo normal o natural de una sociedad humana es la supervivencia. Esta tesis hartiana ha sido sumamente criticada[14], no sólo por quienes rechazan la idea de un derecho de este tipo, sino también por quienes podríamos llamar sus defensores clásicos. Estos últimos califican de muy insuficiente y restringido el planteamiento de Hart al respecto. Son frecuentes las afirmaciones -tal vez no erradas- que lo fundamenta poco y mal, no sacando todas las consecuencias y el provecho que pudo obtener de él[15]. Así, por ejemplo, a partir de la idea de supervivencia como algo consubstancial a la naturaleza y a la sociedad humana, pudo haber elaborado toda una teoría de la justicia y de los derechos humanos, la que siempre es tan necesario formular.

Alcanzado este punto, es posible percatarse que desde su perspectiva filosófica analítica e inserto en una tradición jurídica anglosajona, Hart va construyendo una concepción del derecho que recoge elementos normativos, fácticos y, dicho muy ampliamente, éticos. Aquí surge de inmediato la pregunta de si nos encontramos con otra (entre tantas)[16] teoría tridimensional del derecho. La cuestión es discutible; sin perjuicio de que en muchas ocasiones sea provechoso comparar distintas teorías o doctrinas, no siempre es legítimo reducir simplemente una a otra. Tal vez sea mejor, previo a una tal comparación, intentar tener una visión clara de cada una.

[13] Hart, H. L. A. "El Concepto de Derecho". Edic. cit. págs. 239 y sgtes.

[14] Cattaneo, Mario. "Il Diritto Naturale nel Pensiero di H. L. A. Hart". En "Revista Internazionale di Filosofia del Diritto". N° 4, serie 3, Anno XLII, Milano, 1965.

[15] Al respecto ver Fernández Eusebio, "Teoría de la Justicia y Derechos Humanos". Editorial Debate, Madrid, 1984. Págs. 63 y sgtes.

[16] Como es ampliamente sabido, la expresión "teoría tridimensional del derecho" se asocia con el nombre del gran iusfilósofo brasileño Miguel Reale. Pero como este mismo autor se encarga de decirlo, al menos implícitamente, se han propuesto muchas teorías tridimensionales sobre el derecho. La suya tendría la virtud de ser explícita y de obtener consecuencias a que las otras no llegaron!
Al respecto ver: Reale, Miguel "Filosofía del Derecho", T. I. Ed. Piramide, Madrid, 1979, y "Teoría tridimensional del Derecho. Preliminares históricos y sistemáticos", Ed. Paredes, Santiago de Compostela, 1973.