



MAESTRÍA EN DERECHO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

LOS CONCEPTOS DE “OBEDIENCIA” Y “MANDATO” EN LA TEORÍA JURÍDICA DE
H.L.A HART

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho

Modalidad: Investigación - Cohorte: Décima



Autor: Jesús David Polo Rivera

Director: Gabriel Ignacio Gómez Sánchez

Universidad de Antioquia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Medellín – 2020

<http://derecho.udea.edu.co> - maestriaderecho@udea.edu.co

*A mis amigos, parceros y hermanas de la
vida. A ellos y al pueblo que hemos
construido juntos.*

A Oscar Rodas, por ser él.

CONTENIDO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN GENERAL

PARTE I -EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA EN LA TEORÍA JURÍDICA DE H.L.A. HART

1. PRELIMINARES

1.1.H.L.A Hart y el debate sobre la obediencia en la teoría jurídica

1.1.1. ¿A qué nos referimos cuándo empleamos la expresión “obedecer el derecho” en esta investigación?

1.2.“Positivismo jurídico” y OD

1.3.“Neoconstitucionalismo” y OD

1.4. La obediencia del derecho en la teoría de H.L.A Hart

1.4.1. Preguntas “persistentes” y OD

1.4.2. Reglas sociales y OD

1.4.2.1.Tipos de reglas sociales

1.4.2.1.1. Reglas secundarias

1.4.2.1.2. Reglas primarias

1.4.2.2. “Aspecto interno” de las reglas y OD

1.4.2.2.1. “Aspecto interno” de los destinatarios de las reglas sociales

1.4.3. Obligación jurídica y OD.

1.4.3.1.Obligación jurídica y “lazo”

1.4.3.2.Obligación jurídica y obligación moral de obediencia del derecho

1.4.4. Puntos de vista externo e interno y OD

1.4.4.1.Punto de vista externo y eficacia del derecho

1.4.4.2.Punto de vista interno o de la obediencia “incrementada”

PARTE II – EL CONCEPTO DE MANDATO EN LA TEORÍA JURÍDICA DE H.L.A. HART

2. PRELIMINARES

2.1.Mandato en el imperativismo y en el utilitarismo (J. Bentham, J. Austin y H. Kelsen)

- 2.2.Mandato en el realismo jurídico escandinavo (A. Ross y K. Olivecrona)
- 2.3.El concepto de mandato en los imperativistas según la versión expuesta por H.L.A. Hart
 - 2.3.1. *Situación social*
 - 2.3.2. *Expresión*
 - 2.3.3. *Deseo, intención o voluntad*
 - 2.3.4. *De una persona (soberano)*
 - 2.3.5. *A otra (súbdito, sujeto, ciudadano, persona)*
 - 2.3.6. *Alguna acción u omisión*
 - 2.3.7. *Amenaza de castigo*
- 2.4.Críticas de Hart al concepto de mandato

3. CONCLUSIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

ANEXOS

RESUMEN

Un examen de cualquier texto escolar de teoría o filosofía del derecho nos ofrece un abanico de referencias a los conceptos de “obediencia” y “mandato” que prueban su notoria preponderancia en las distintas corrientes del pensamiento político y jurídico. Es más, los constructos que se ofrecen para explicar y analizar el funcionamiento del poder y del derecho en las sociedades contemporáneas siguen montados predominantemente sobre la relación binaria mando-obediencia.

Herbert L. Hart, uno de los más influyentes representantes del llamado “positivismo jurídico”, fue un crítico acérrimo de esa explicación imperativista del derecho, fundada a su vez en el paradigma o imagen de la soberanía. Pese a que compartimos su sospecha al considerar a este aparejamiento mando-obediencia como fósil, anticuado o primitivo, intentaremos mostrar que nuestro autor también es deudor de esta idea enraizada en la cultura jurídica occidental que se aparece, a pesar de las declaradas pretensiones de algunos teóricos y juristas, como el ingrediente principal o esencial (imperatividad) de cualquier concepción del derecho.

Si esto es así, tanto en sociedades simples como complejas o reticuladas, la tarea principal del derecho es “mandar”, “dictarle órdenes a la vida social” exigiendo “obediencia”. Para el efecto, se dice que el derecho se describe y explica empleando alguno de estos verbos rectores: prohibir, obligar, perseguir, controlar, sancionar, reprimir, normalizar, separar, excluir, inocular, reducir, violentar, etc.; lo cual a nuestro parecer ofrece una imagen incompleta, y que por lo tanto nos propusimos interrogar, del papel del derecho en la vida social.

Para el efecto, nuestro objetivo consistirá en conversar directamente con Hart sobre este problema, restringiéndonos puntualmente a aquellos textos, entrevistas y artículos de su extensa obra que consideramos capitales para el esclarecimiento y la crítica de los conceptos jurídicos implicados en el estudio de la relación política “por excelencia”: mandar y obedecer.

Palabras clave: “obediencia”, “obediencia del derecho”, “desobediencia”, “aceptación”, “compromisos”, “fidelidad”, “reglas sociales”, “aspecto interno y externo de las reglas”, “punto de vista interno”, “punto de vista externo”, “obligación jurídica”, “eficacia”, “razones para la acción”, “mandatos”, “directivas”, “ordenes”, “actos de habla”, “situaciones”.

INTRODUCCIÓN GENERAL

Mandar y obedecer, dos verbos conjugados de múltiples maneras inquietando a la humanidad a través de los siglos. Desde esas conjugaciones se han pensado las cruciales relaciones entre amos y esclavos, señores y siervos, soberanos y súbditos, burgueses y proletarios, autoridades y ciudadanos. En pocas palabras, se trata de la relación profundamente conflictiva entre gobernantes y gobernados que atraviesa a cualquier comunidad política. ¿Relación humana? Sí, cuando de lo que se trata es de adoptar una forma de organización de la vida social entre hombres y mujeres. No, cuando los mismos hombres y mujeres inventan o codifican una Gran Cosa desde la que presuntamente se instaura la división y articulación entre los que mandan y los que obedecen: Dios, la Naturaleza, la Razón, el Capital, el Estado, el Valor, la Ley. En cualquiera de ellos el soberano es ansiado, deseado, buscado, amado.

De hecho, son múltiples las situaciones y estados en los cuales se puede advertir la presencia de una relación de mando y obediencia. Según determinadas circunstancias históricas su tensión o distensión puede ser vivida, más o menos de manera pacífica, más o menos cruenta. En todo caso, hombres y mujeres no han dejado de preguntarse por ella: ¿Si hay que mandar, si hay que obedecer? ¿Quién o quienes mandan y quién o quiénes obedecen? ¿Por qué hay que mandar, por qué hay que obedecer? ¿Cómo mandar, cómo obedecer? ¿Qué es lo que hay que mandar, que es lo que hay que obedecer? ¿Cuándo y bajo qué circunstancias mandar y obedecer?

No han faltado por supuesto quienes, a lo largo de la historia, han pretendido extender esta relación a cualquier fenómeno natural, social y cultural como clave de comprensión universal. Aquí no es ese el caso. Esas preguntas que orientan el complejo entramado entre mandar y obedecer se circunscriben a un ámbito. Es ese ámbito que llamamos política y derecho y que, con Bobbio, asumimos con la metáfora de *las dos caras de una misma moneda*. Aún más, de lo que se trata es de explorar tal relación desde uno de los lados o polos de la moneda: el derecho.

Los manuales escolares de Teoría del Derecho suelen identificar las distintas operaciones y funciones que desata ese artefacto cultural, social e histórico que llamamos derecho. Consideramos al respecto que tal artefacto interviene en la naturaleza y en los

modos de vida de hombres y mujeres a través de unas *mega-operaciones*: Constituir, codificar, gestionar, administrar y regular. Las *situaciones* en que se presenta la relación mando-obediencia pertenecen a la operación regulativa o deóntica del derecho; en virtud de ella se suele decir que se regulan conductas o actividades posibles y contingentes a través de disposiciones jurídicas.

Igualmente, se suelen mencionar como *funciones del derecho*: la organizativa, la persuasiva, la de control social, la de resolución de conflictos, la distributiva, la promocional. Cada una de estas funciones, con sus correlativas disfunciones, son a menudo subordinadas al “control social” y la llamada “resolución de conflictos”; del mismo modo las mega-operaciones del derecho son reducidas o conducidas, como dijimos, a la regulativa: Pero, ¿por qué sucede esto? Porque tanto esas *funciones* y esa *operación* están estrechamente vinculadas a la ilusión soberana del pensamiento; porque la soberanía no puede ser concebida ni actuada sino a través de prácticas sociales vinculadas a la violencia, la guerra y el control; porque la soberanía descansa en las creencias, deseos y pasiones de los “súbditos”. Parafraseando a Nietzsche “la soberanía murió pero todavía se demoran sus consecuencias”; mejor dicho, vivimos, sentimos, odiamos, pensamos y morimos enfermos del “mal de soberanía”. Y esa enfermedad ronda la relación mando-obediencia.

“*Los conceptos de “obediencia” y “mandato” en la teoría jurídica de H.L.A Hart*” ha pretendido rastrear esa relación en uno de los autores más sobresalientes de la teoría del derecho en el siglo pasado, y cuya obra todavía sigue siendo motivo de asombro, controversia y pasión; nos atrevemos a decir que la obra de Hart ha constituido un acontecimiento para todos aquellos que, para bien o para mal, tratan de describir, explicar y comprender el complejo universo de las prácticas jurídicas.

Así pues que el objetivo de esta investigación se concentró en la siguiente actividad: recorrer los conceptos fundamentales de la obra jurídica de Hart y, a partir de ellos, rastrear la relación mando-obediencia. El desafío consistió en demostrar que la construcción hartiana es deudora de la ilusión soberana del pensamiento y que en su obra persisten rasgos notorios de la concepción imperativista del derecho.

Tanto el examen de su crítica a la idea de derecho como “órdenes respaldadas por amenazas” producidas por un soberano, como la crítica al “hábito de obediencia”, en nuestro parecer, han provocado un efecto contrario al que el autor reiteradamente declara:

desmarcarse del imperativismo en las denominadas por él “versiones predictivas del derecho”; incluso también, del “iusnaturalismo”.

Finalmente, nuestra investigación ha sido teórica y cualitativa, lo que supuso analizar conceptualmente el problema planteado y, de manera inicial, construir un esquema del estado de la discusión en algunos autores y corrientes de las teorías jurídicas de corte liberal: Alrededor de los conceptos de “mandato” y “obediencia” se elaboraron mapas conceptuales en los que se identificaron conceptos tales como *reglas sociales, hábitos, aspecto interno y externo de las reglas, obligación jurídica, soberanía, mandamiento, enunciados performativos, punto de vista externo e interno*, entre otros. Desde estos mapas se exploró la obra del Hart mediante lecturas intensas que permitieron progresivamente irle dando forma al texto que ahora presentamos.

PARTE I

EL PROBLEMA DE LA OBEDIENCIA EN LA TEORÍA JURÍDICA DE H.L.A. HART

1. PRELIMINARES

1.1.H.L.A Hart y el debate sobre la obediencia en la teoría jurídica

Herbert Hart desapareció en 1992. Dejó una obra sometida a múltiples interpretaciones, fuente de malentendidos, pero también de inspiración para muchos de los que lo sucedieron (entre los que nos contamos).

El concepto de derecho (1961) es sin duda su obra más destacada, una a la altura del filósofo y teórico que la concibió: compleja y llena de muchísimos contrastes. Hart es un personaje cáustico, punzante, conectado con su tiempo y con el quehacer de sus contemporáneos, uno que fue capaz de sacar de su experiencia personal, como abogado y profesor, la sustancia necesaria para la elaboración de conceptos y estimulantes reflexiones que han rebasado su época y que hoy continúan siendo foco de muchas atenciones.

Su itinerario intelectual también es fiel testimonio de la vitalidad de su pensamiento y de ese apetito voraz por leerse y confrontar las ideas de otros. Esta es sin duda la faceta más animada de la experiencia literaria que nos dejó este proceso de investigación. No obstante, esta existencia movida de su pensamiento dificulta, por otro lado, cualquier visión fija, recta o encaminada de nuestro autor y de sus trabajos.

En esta investigación nos hemos concentrado en un movimiento, entre tantos posibles, que podrían definir el pensamiento de Hart y, más ambiciosamente, el de buena parte de la tradición liberal iuspositivista, en relación con una temática: la obediencia al derecho. Esta temática ha sido injustamente relegada al campo de “*la ciencia de la legislación*” (Austin), “*la política del derecho*” (Kelsen, Ross), “*la metajurisprudencia prescriptiva*” (Bobbio) o las “*justificaciones del derecho*” (Hart). Una temática que, como el mismísimo Ferrajoli (2011b, 34 y 117) remarca es presentada con cierto desprecio, como si tratáramos con escombros, cascotes y desechos de las viejas teorías

del derecho natural (y de la filosofía moral y política) ajenas a los compromisos epistémicos del conocimiento científico del derecho positivo.

Aquí intentaremos poner en relación esta cara sombría, antinómica, reevaluable, incompleta y hasta incoherente del propio Hart, para rescatar su pensamiento y proponer algunos ajustes que, como si se tratase de olas, también confirman nuestro gusto por los movimientos y el rechazo inmediato a cualquier esfuerzo por igualar nuestras ideas a las de él.

Como ya lo anticipamos en la introducción, en este capítulo nos ocuparemos puntualmente de la obediencia (en adelante OD), una noción que no parece muy central, que no es precisamente el objeto declarado de sus esfuerzos intelectivos, pero que reaparece a lo largo de sus escritos y se impone incluso a pesar de él. Podríamos decir, como a él le gustaba hacer, que esta noción acopia muchos *problemas persistentes* del pensamiento político y jurídico.

Pues bien, Hart trató de enfatizar en muchos de sus trabajos la necesidad de que los estudiosos del derecho capten la manera cómo la gente percibe, acepta, se relaciona y se compromete con el funcionamiento de la maquinaria jurídica. Hart -como veremos después- invitaba *también* a estar atentos respecto de las regularidades, patrones o hábitos que se pueden extraer de la interacción de estos sujetos que somos y que constituyen, posteriormente, el dominio de lo que él mismo denomina prácticas jurídicas.

De un modo más general, su teoría también puede ser leída como una exhortación seria a tomar en cuenta la manera cómo los individuos y grupos afectados por innumerables reglas las usan, en sus propias palabras, como guía o pauta para orientar sus acciones y omisiones, a la vez que por ello se reconocen como sujetos jurídicos en diferentes ámbitos del derecho. Una intuición que queremos aprovechar y desarrollar en este capítulo de la investigación, pero sin hacer a un lado nuestras sospechas y críticas.

El *objetivo* de este capítulo es entonces el siguiente: Partiendo de la articulación de reglas primarias y secundarias en Hart, que el autor menciona como la clave de la jurisprudencia, exploraremos los *conceptos* de regla social primaria y secundaria con sus respectivos caracteres, aspecto interno de las reglas, obligación jurídica, punto de vista interno, punto de vista externo y eficacia. La apuesta consiste en demostrar que mediante estos conceptos, Hart no abandona la concepción imperativista del derecho y que su

pensamiento sigue siendo deudor de una imagen soberana que articula los mandatos con la obediencia. Si tal demostración resulta exitosa entonces nos parece importante evaluar su pertinencia descriptiva y explicativa para dar cuenta de las formas y funcionamientos jurídicos en las sociedades contemporáneas y para trazar líneas investigativas críticas de tal concepción que insinuaremos en las conclusiones de este trabajo.

La estrategia expositiva que emplearemos enseguida parte de un breve recuento de las posturas más sobresalientes de la cuestión de la obediencia en el “positivismo jurídico” y en el “neo-constitucionalismo”; en un segundo acápite localizaremos el problema de la obediencia dentro de las llamadas por Hart *preguntas persistentes* del pensamiento jurídico; realizado lo anterior recorreremos los conceptos mencionados en el objetivo e intentaremos demostrar las razones por las cuales creemos que todavía están conectados con la concepción imperativista y soberana de la obediencia. Los resultados de este capítulo, aunados al concerniente al concepto de mandato, nos servirán para señalar brevemente en las conclusiones algunas críticas a la capacidad descriptiva, explicativa y comprensiva del *concepto de derecho* de Hart para dar cuenta de la fenomenología jurídica contemporánea.

Creemos que la *importancia* de este abordaje puede expresarse en los siguientes interrogantes. Diversas corrientes del pensamiento jurídico y, en particular las concepciones positivistas, adoptan como presupuesto de sus construcciones que la “obediencia generalizada” es una condición necesaria para la existencia y funcionamiento de un sistema jurídico. En la actualidad, ¿este presupuesto es necesario? ¿Es idóneo para dar cuenta del derecho como un “campo”? ¿Opera en todos los ámbitos e instancias jurídicas?; si es así, ¿los *modos* de esta “obediencia” son idénticos?; ¿el problema de la obediencia es un problema mal planteado o es anacrónico?; ¿En vez de “obediencia” en las sociedades contemporáneas habría que hablar de “aceptación”, “confianza”, “creencia”, “fidelidad”, “percepción”, “compromisos”, “ejercicios” etc.?; si esto es así, ¿cómo repercute en la configuración positiva de los modos de vida?; si esto es así entonces ¿las cuestiones más significativas del derecho dependen de los destinatarios?, ¿Es en el “uso” de las disposiciones que se juegan los aspectos cruciales de las disposiciones jurídicas?, por consiguiente, ¿son los contextos en los que se “usan” las disposiciones jurídicas los que determinan el *concepto de derecho*?, ¿los problemas de vigencia, validez, ambigüedad, vaguedad, lagunas, antinomias, pluralismo, entre otros, se deciden por los interpretes según sus intereses, deseos, creencias, razones en

contextos estratégicos, competitivos, cooperativos? ¿El problema de la “obediencia”, “aceptación” o “confianza”, “fidelidad”, “compromiso”, “ejercicio” funciona del mismo modo según el tipo de disposiciones jurídicas de que se trate?, ¿Sirve este estudio para explorar críticamente la proposición según la cual “no hay derecho sin creyentes” o “las autoridades y disposiciones no son nada sin aquellos que las soportan?”, etc. Por supuesto esta investigación no puede responder ni ofrecer soluciones a todos estos interrogantes; al respecto consideramos de la mayor importancia rescatar esta temática, señalar, hasta donde nos es posible el estado de la cuestión y anticipar algunas líneas investigativas promisorias que puntualmente destaquen uno u otro de esos interrogantes.

Finalmente, nuestra intuición es que, a pesar de que se dice que el derecho se satisface con su obediencia u observancia generalizada -con prescindencia de las motivaciones que se exhiban como motores de obediencia-, es necesario estudiar las explicaciones que ofrecen estos teóricos para este acatamiento que, según parece, se extiende por todo el cuerpo social y se reproduce en las instituciones y disposiciones jurídicas. Esta exploración quizás abra las compuertas a una línea investigativa que consideramos de la mayor importancia: el tratamiento instrumental del derecho en ámbitos estratégicos, competitivos, cooperativos, etc. y su constitución como “hiper-objeto” repleto de creencias, ilusiones, deseo y goce. En este sentido, el derecho no es concebido sólo como algo que niega la vida, sino que de manera insidiosa, configura las condiciones y modalidades positivas de la vida.

Somos conscientes que, como en cualquier esfuerzo de esta índole, nosotros también corremos el riesgo de contradecirnos, de ir demasiado pronto o demasiado lejos, de empantanarnos en el vano, de desmentirnos hasta caer en el caos del pensamiento mismo cual provincianos tímidos en un entorno todavía poco familiar. Veremos pues si *en medio* de este desorden organizado somos capaces de escenificar, criticar y proyectar algunas imágenes sobre la OD derivadas de la teoría jurídica de H.L.A. Hart.

1.1.1 ¿A qué nos referimos cuándo empleamos la expresión “obedecer el derecho” en esta investigación?

En esta primera parte de la investigación, intentaremos reconstruir un breve estado de la cuestión acerca de la llamada OD, experimentando con las piezas conceptuales que

para el efecto nos proporciona la obra de H.L.A Hart. A él recurriremos en particular, con el propósito de organizar en su pensamiento las coordenadas angulares sobre la OD en las que se han apoyado históricamente las distintas versiones del “positivismo jurídico”.

No obstante, consideramos importante mantener algunas *precisiones terminológicas* que permitan abordar con rigor y densidad el modelo de explicación empleado por ese autor sobre la OD y confrontarlo con otros autores que iremos ligando a esta explicación.

En principio, la expresión “obedecer el derecho” podría relacionarse, a lo sumo, con como frases como: “cumplir el derecho”, “actuar de conformidad con las reglas jurídicas” o, simplemente, “seguir una orden de una autoridad normativa”. Sin embargo, consideramos que podrían precisarse mucho más si aclaramos:

Quizás la primera fuente de equivocidad es la siguiente: la obediencia al derecho puede ser referida a la totalidad del sistema jurídico -eludimos abordar la distinción entre sistema jurídico y ordenamiento jurídico- y también obediencia a *una* o a *un conjunto* de disposiciones jurídicas concretas. En este segundo sentido, nos dedicaremos en este trabajo solamente a un *tipo* de disposición jurídica: las normas jurídicas, con prescindencia de los principios, reglas constitutivas, reglas de fin, directrices, reglas técnicas y valores jurídicos. Como advertiremos más adelante, las normas jurídicas son tratadas por Hart como reglas sociales primarias.

Reconocemos en tal sentido, como se sostuvo en la introducción general, que la OD se manifiesta en la operación regulativa del derecho, que se contrae a algunas de las funciones desplegadas por el andamiaje jurídico (función de control social y de resolución de conflictos) y que, por tanto, existen multitud de situaciones jurídicas y sociojurídicas en las cuales, en principio, la cuestión de la obediencia/desobediencia no se plantea, o si se plantea puede ensombrecer o complejizar extremadamente otras operaciones y funciones sociales que se llevan a cabo con el derecho. Ejemplo de estas situaciones son aquellas en donde nos encontramos con disposiciones constitutivas de un estatus, con directrices, o con reglas que atribuyen potestades o funciones a determinados órganos, definiciones, etc.

Cualquiera que sea el caso, habitualmente la expresión “obediencia al derecho” se emplea en la teoría jurídica desde dos perspectivas:

- a. *El punto de vista de la autoridad (funcionarios)*. La expresión “obediencia al derecho se emplea para dar cuenta de los medios utilizados por las autoridades orientados a que los destinatarios exhiban un cumplimiento voluntario, generalizado y espontáneo o, en su defecto, “forzado” u “obligado” de las reglas que regulan su comportamiento.
- b. *El punto de vista de los ciudadanos*. Aquí la expresión explica las motivaciones enviadas a los destinatarios para que no se aparten de las de las reglas determinando, además, cómo y bajo qué circunstancias deben actuar conforme a ellas.

Ambas perspectivas comprometen un aspecto relevante del derecho, su carácter deóntico. Desde el punto de vista de las autoridades, la *prescripción* de conductas *posibles*. Esto es, que las autoridades tienen la expectativa, fundada o infundada, de que el sistema o la norma puede ser obedecida. Por su parte, desde el punto de vista de los destinatarios, es que ellos *pueden -son capaces o no-* de acatar o transgredir el sistema o una norma jurídica concreta.

Cualquiera de estas entradas suscita sus propias preguntas y tensiones, incluso relaciones entre ellas. Nuestra intención, por supuesto, no es aplicarle una perspectiva reductora a esta temática, sino llevarla hasta el borde del acantilado, rebasarla si es posible. Pero por ahora nos interesa visualizar el espectro de situaciones que, quizás, podría abarcar la temática cuestión y de las que, sucesivamente, iremos haciendo algunos cortes analíticos.

1.2 “Positivism jurídico” y OD

La primera cuestión de la que nos ocuparemos en este fugaz acercamiento al pensamiento de H.L.A. Hart tiene nombre propio: “positivismo jurídico”. Es difícil concentrar en unas cuantas tesis o postulados, las diferentes teorías, movimientos, doctrinas y corrientes que se articulan en el corazón de este acontecimiento ya desgastado. Sin embargo, intentaremos hacer una exposición sintética de las propuestas y argumentos más influyentes que ofrece este sistema de pensamiento, aunque privilegiando aquellos que tengan alguna resonancia con los problemas que posteriormente trataremos en esta investigación.

El positivismo jurídico tiene que ver, de entrada, con la locución “derecho positivo”. Bobbio (2007, p.74) confirma esta relación cuando presenta la conocida **tesis ontológica**: “*no existe más derecho que el derecho positivo*”. Con esta afirmación dice recoger la perspectiva de la mayoría de pensadores de esta corriente, pero más radicalmente la de aquellos exponentes del denominado “nudo positivismo”, “positivismo estatal-legalista”, “paleo-positivismo”, “positivismo tradicional” o “positivismo ideológico”¹ (“el” positivismo jurídico por excelencia, al decir de algunos juristas) a los cuales se ha acusado, en distintos momentos, de una concepción voluntarista, legalista y estatalista del derecho (“ley del Estado”) que aboga, además, por una “obediencia ciega e incondicional” al mismo, cualquiera sea su contenido y bajo la conocida divisa: “la ley es la ley”.²

Para algunos esta consideración axiológico-política (“valorativa” o “ideológica”) es simplemente una “apreciación favorable” frente a una perspectiva que siempre ha estado presente en la *doxa* de la filosofía política liberal, especialmente desde Thomas Hobbes (1588-1679) y Georg W.F. Hegel (1770-1831). Según esta orientación, existe una tendencia a identificar el derecho y el Estado, la cual se ha concretado históricamente en los intentos de monopolización de la producción jurídica y los consabidos esfuerzos de centralización del “poder coactivo” en aras de una reducción gradual de otros poderes. Esta tendencia además, invita a pensar que no hay otro derecho diferente del estatal y, por tanto, ningún sujeto que esté por encima -en términos espaciales- o después -en términos temporales- del Estado.

Desde este estricto punto de vista, los ciudadanos consiguen la verdadera “libertad” aceptando que las conductas prescritas por el derecho estatal son *posibles*, pero el “sumo

¹ Bobbio (2007, p. 16) propone una caracterización de esta corriente del positivismo jurídico sobre la que no podremos ahondar mucho más: “(...) 1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo, o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales (...)”

² Chiassoni (2016) sostiene que con el fin de la segunda guerra mundial entra en crisis esta versión del positivismo jurídico, ya que esta expresión adquiere una connotación despectiva, especialmente alimentada por el iusnaturalismo en boga aquel entonces: “Para estos “ser positivistas” significa, de hecho, adherir a todo lo censurable, incluso abominable que puedan llegar a sostener los hombres a propósito del derecho: la idea de una cientificidad que se revela pobre y degradante al permanecer dentro de los límites angostos de la experiencia, la negación de la dimensión moral trascendente del derecho, la idolatría del derecho positivo en cuanto tal, el trueque de la “verdadera justicia” por un orden, una certeza y una justicia ilusorias, la destrucción de toda contención jurídica al poder político, la complicidad en las formas más demoníacas de régimen, etc.” (p. 91-92).

bien” sólo se *concreta*³ cuando las “leyes del Estado” (o “leyes positivas”) son obedecidas incondicionalmente por estos, en tanto “componentes del Estado”.

El positivismo ideológico surgió pues, entre otras, de los reparos y críticas suscitadas a las “doctrinas” del Derecho Natural. En un primer momento, y partiendo de las objeciones elaboradas por la Escuela Histórica y la Escuela de la Exegesis, destacamos precisamente el rechazo a la existencia de algún derecho natural que permita que se sospeche de la “autoridad” del derecho positivo,⁴ lo cual tuvo consecuencias inmediatas en la configuración y jerarquización misma de las fuentes del derecho.⁵

Cabe señalar que el objetivo de esta crítica tiene dos caras que encuentran su razón de ser en una misma finalidad: reificar la ley del Estado como la expresión más genuina de: (i) la “voluntad general” o (ii) la “conciencia del pueblo”, la cual debe ser obedecida bien porque: (i) en el primer caso, es la comunidad la que, autónomamente y mediante actos de voluntad, se da órdenes a ella misma; bien porque, (ii) en el segundo caso, el derecho es entendido como un producto humano e histórico que está en armonía con las exigencias y deseos de *convicción popular* (“*el espíritu de cada pueblo*”) que definen una determinada época.

Estas tesis decimonónicas se mantuvieron hasta encontrarse después con el enfoque de otros autores a los que también se les ha dado el mote de positivistas jurídicos y que en general son inscritos en el llamado “positivismo metodológico” y, más particularmente, en el “imperativismo”. Son ellos entre otros, J. Bentham (1748-1832), J.

³ Citamos directamente a Hegel (trad. 1999, p. 379-381, párrafos 260 y 261) para precisar los alcances de nuestra afirmación: “(...) El Estado es la realidad efectiva de la libertad concreta. Por su parte, la *libertad concreta* consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares, por un lado, tengan su total *desarrollo* y el *reconocimiento de su derecho* (en el sistema de la familia y de la sociedad civil), y por otro se conviertan por sí mismos en interés de lo universal, al que reconozcan con su saber y su voluntad como su propio *espíritu sustancial* y toman como *fin último* de su *actividad*. De este modo, lo universal no se cumple ni tiene validez sin el interés, el saber y el querer particular, ni el individuo vive meramente para estos últimos como una persona privada, sin querer al mismo tiempo lo universal y tener una actividad consciente de esta finalidad (...) El Estado, en cuanto algo ético, en cuanto compenetración de lo sustancial y lo particular, implica que mi obligación respecto de lo sustancial sea al mismo tiempo la existencia de mi libertad particular, es decir, que en él deber y derecho estén *unidos en una y la misma relación*”.

⁴ Obviamente lo que hay aquí es una confianza (fe) en las cualidades del legislador omnisciente y racional que, para ese entonces, venía a heredar no sólo los atributos que se predicaban de la soberanía, sino también las exigencias de justicia que vienen amarradas a los mitologemas del legalismo (ej. *volenti non fit iniuria* en el *reino de los fines* de Kant).

⁵ La conocida tesis de las “fuentes sociales” es la cristalización histórica de esta crítica al derecho natural. Esta tesis es muy importante en la investigación y en el pensamiento de Hart porque permite sostener que, al menos desde el punto de vista del iuspositivismo, el derecho debe constatar en prácticas, acontecimientos y hechos sociales que son los que, en últimas, definen y delimitan los criterios de validez en un sistema jurídico determinado. Por ejemplo, la práctica de los jueces y tribunales permite identificar el derecho existente y válido (fuentes del derecho) y la aceptación de los criterios de la llamada *regla de reconocimiento*.

Austin (1790-1859), H. Kelsen (1881-1973)⁶ y K. Olivecrona (1897-1980)⁷. Sus propuestas analíticas mantienen una concepción imperativista de la “norma jurídica”, en virtud de la cual se la entiende como un “mandato” del “legislador estatal” dirigido especialmente a los funcionarios encargados de movilizar los engranajes institucionales de la maquinaria estatal. Para los efectos de esta investigación, hay que destacar en esta concepción la llamada **tesis voluntarista**, según la cual, el derecho, en tanto hecho social, es producido por “actos de volición” o “mandatos” derivados de *aquellos* que tienen el poder supremo de “dictar normas”. Sobre esta base común, los autores invocados ofrecen algunas variaciones que expanden y contraen los límites de este postulado.

Los autores que siguieron estas tesis, y en parte los que todavía hoy las defienden, no pretendían ocuparse de problemas relacionados con la *justificación* de la existencia del derecho o de su “normatividad”⁸; y mucho menos si estos interrogantes apuntaban a problemas relacionados con la OD, ya que estas eran cuestiones “extrañas” a la empresa avalorativa y “puramente”⁹ descriptiva que históricamente han pretendido realizar las teorías jurídicas positivistas.

Así fue como pudimos advertir aquí la emergencia de una deriva epistemológica (metodológica o conceptual) de esta corriente del pensamiento jurídico. El objetivo de

⁶ La clasificación de Kelsen como imperativista puede resultar polémica, ya que algunos consideran que este es más bien un autor “normativista”, es decir, uno para quien el núcleo esencial de su concepción del derecho lo ocupan normas jurídicas que se estructuran en un sistema, antes que los susodichos imperativos o mandatos. Pese a esto, seguimos considerando a Kelsen dentro del que Bobbio denominó como “*imperativismo crítico*”, dado que Kelsen sostuvo que las normas jurídicas eran *imperativos hipotéticos* vinculados a actos coactivos y, por tanto, dirigidas a funcionarios o jueces encargados de sancionar a los ciudadanos cuando sea que estos realicen u omitan determinados comportamientos. Aparte de lo anterior, Kelsen termina admitiendo, incluso en su obra póstuma *Teoría general de las normas*, que las normas jurídicas son “actos de voluntad” y, por ende, constituyen mandamientos, ordenes u imperativos. Sin ese carácter sería difícil mantener la idea de que el derecho es una técnica de control social que se cualifica a sí misma por su dimensión coactiva. Sobre estos aspectos se señalarán algunas notas adicionales en la segunda parte de la investigación.

⁷ La inclusión de Olivecrona en este listado también puede resultar polémica -al menos en principio-, ya que aunque este autor no intenta destruir la reputación científica del “positivismo jurídico” expone muchas diferencias con las maneras cómo se había estudiado, llegando a ofrecer un método más “naturalista” y “empírico”. El calificativo de “imperativista” parece que lo aproxima más con los autores invocados, aunque esto lo explicaremos, todavía más, en la segunda parte de la investigación.

⁸ Los autores estudiados emplean esta palabra de un modo ambiguo, a veces para referirse a la “autoridad del derecho”, su “fuerza vinculante” o su “obligatoriedad”. Aquí no nos ocuparemos de enfatizar en estas distinciones. Sin embargo, queremos aclarar que la cuestión de la “normatividad” no es otra cosa que el problema de las conexiones entre el derecho y la fuerza, la cuestión acerca de si el derecho es o no es fuerza, o cómo puede ejercer fuerza de una forma tal que se distinga de la moral o de otros órdenes normativos.

⁹ La “pureza” se predica del método de estudio del derecho, el cual como propone Kelsen -por ejemplo- debe excluir cualquier perspectiva ideológica o doctrinaria que malogre la pretensión de objetividad o que permita que se filtren juicios ideológicos en la descripción científica del orden jurídico.

esta perspectiva se sitúa en el plano del conocimiento científico, es decir, de la descripción y delimitación clara del objeto de cualquier investigación o estudio empirista y anti-metafísico del “derecho positivo”¹⁰. De acuerdo con este enfoque, los problemas referidos a la OD¹¹ pertenecerían al plano “ético normativo” (Chiassoni, p. 83-85) relacionado, en el mejor de los casos, con cuestiones concernientes a la *justificación* o “prioridad práctica” de las normas jurídicas, en el marco de las denominadas “filosofías de la justicia”.

En otras palabras, sus estudios no pretendían explicar por qué el derecho debe ser moralmente obedecido por los ciudadanos o seguido fielmente por los sujetos que tienen algún rol en la institucionalidad. Sus compromisos, que no ideológicos en ese momento, se resuelven en la adhesión a valores epistémicos como: “la verdad, la claridad conceptual, la coherencia lógica y terminológica, la capacidad explicativa y la honestidad intelectual” (Chiassoni, 2016, p. 87).

De esta postura aparentemente “desapasionada” frente al derecho deriva, según Norberto Bobbio (2007, p. 16, 46), la denominación de “formalismo jurídico” con la que se solía encuadrar la postura teórico-filosófica de aquellos que enfocan el positivismo jurídico desde el prisma del método. La cuestión de la OD, al menos en esta perspectiva, fue descartada o considerada menor; a lo sumo, un “presupuesto” o “estipulación” sin bases empíricas que no era del caso discutir, por tratarse de un problema moral o político.

Sin embargo, al respecto podríamos decir que tal “desprecio” por la cuestión de la OD se infiltra en sus elaboraciones de múltiples maneras, entre otras: en la concepción voluntarista de la producción jurídica, en el concepto de norma jurídica, obligación y/o deber jurídico, sanción, acto coactivo, sistema jurídico, eficacia; en la teoría de la interpretación jurídica, etc. Es más, cuando apelan al concepto de “validez material o

¹⁰ La buena acogida de esta corriente del positivismo jurídico en el siglo XX se debe, en parte, a algunos factores que convendría tener presentes: el auge de la “razón” representado en el triunfo de una tradición del pensamiento científico que hoy conocemos como “positivismo científico” y que se acentúa especialmente en el ideal metodológico de dominar, por medio de la razón y un cuidadoso método positivo, cualquier fenómeno social o natural intentando subsumirlo en unas leyes con pretensiones científicas y universales. La filosofía positivista fundamenta el conocimiento del mundo en la razón –por lo menos su explicación científica- y de esa manera intenta delimitar el objeto de estudio de la ciencia del derecho, separándolo de la moral, la religión o la política. Por lo anterior, y como veremos enseguida, el debate sobre la OD queda confinado a la filosofía política o moral.

¹¹ Problemas que, más o menos en palabras de estos autores, podrían formularse así: “¿Por qué hay deberes morales y jurídicos frente al derecho?”; “¿Por qué las normas jurídicas deben ser cumplidas?”, etc.

sustancial” y admiten que los criterios de validez de las normas jurídicas son “contingentes”; o incluso cuando hablan de la llamada “rematerialización constitucional”¹² reconocen, en mayor o menor medida, valores y principios de índole moral o política que afectan los contenidos de las normas jurídicas y, por ende, los presupuestos para que estas sean o deban ser obedecidas.

Con el desarrollo y la consolidación de la llamada “filosofía analítica del derecho”¹³ después de la Segunda Guerra Mundial, se reforzó el enfoque y programa epistemológicos, aunque con una teoría del derecho y una ciencia jurídica más enfocadas al estudio, descripción y conocimiento científico del “lenguaje normativo del legislador” o del “lenguaje-objeto del derecho”. Y para el efecto se propusieron, resumiendo, un *sinfín* de *distinciones* entre tipos de enunciados, definiciones, niveles del lenguaje, significados y contextos con los que, a menudo, los operadores jurídicos y abogados están familiarizados.

¹² La emergencia de los llamados “enfoques evolucionistas del derecho” (La Torre, 1993) fue, en sus inicios, una novedosa respuesta crítica al método, las creencias, presupuestos y principios fuertemente asentados por el llamado “formalismo jurídico” y, más concretamente, al modelo de “racionalidad formal” que había ordenado el “mundo normativo” pese las exigencias y demandas políticas de distintos sectores sociales.

De manera que, inicialmente, lo que estos trabajos sociológicos intentaron -y que después podemos confirmar si examinamos algunas tesis centrales del neoconstitucionalismo- es una especie de *rematerialización del derecho*, como solución a una presunta “crisis” que todavía hoy afecta a la “racionalidad formal del derecho” en las sociedades contemporáneas.

Ahora bien, tal y como lo propone Max Weber, se pueden identificar “tipos” de derecho que se corresponderían a su vez con “tipos” racionalidades y legitimaciones que rigen actividades, ámbitos y prácticas jurídicas concretas. Sin caer en una suerte de *determinismo*, lo que intenta este autor (y otros sociólogos jurídicos como Gunther Teubner, 2000) es darle soporte empírico -siguiendo la elaborada metodología de las ciencias sociales- a las refinadas especulaciones teóricas y filosóficas acerca del derecho propuestas por las teorías jurídicas al uso.

De este contraste emerge el concepto de “racionalidad material” con el que Weber intenta expresar las realidades sociales que el lenguaje jurídico era incapaz de comprender adecuadamente, y no precisamente por su “ambigüedad”, “vaguez” o “incompletitud”, sino más bien por las complejas interrelaciones entre el derecho, la moral, la política y la sociedad, de las que devienen demandas específicas de *remoralización* y *repolitización* del derecho que ponen en entredicho el modelo de racionalidad formal. Pese a lo novedad de la propuesta, otros sociólogos jurídicos (Teubner o Kennedy, por ejemplo) han propuesto renunciar a los intentos de “rematerialización del derecho” en favor de otros tipos de racionalidad, como por ejemplo la racionalidad reflexiva.

¹³ Esta tendencia radicaliza el enfoque del positivismo metodológico y lo ajusta a los nuevos desarrollos de la lógica, sin abandonar la pretensión de verificación empírica de todas las afirmaciones de la ciencia jurídica (las afirmaciones metafísicas son afirmaciones sin sentido) y la construcción de un lenguaje científico formalizado e independiente del lenguaje cotidiano (metalenguaje).

Ahora bien, el listado de “ascendentes” y “descendientes” que influyeron en esta perspectiva del positivismo jurídico es extenso y difícil de organizar, aunque podríamos hacer algunas menciones puntuales: por ejemplo, la llamada filosofía analítica turinés, la filosofía anti-idealista propuesta por los precursores del realismo escandinavo y el denominado realismo analítico italiano o genovés pueden ser tratados, en mayor o menor medida, como versiones del llamado “positivismo epistemológico”.

Ahora bien, ya en un nivel más general, el “neopositivismo” o “empirismo lógico”, por un lado, y la “filosofía del lenguaje ordinario” o “filosofía lingüística” de Wittgenstein, por otro, son el bípode que da vida, en buena medida, al abanico de corrientes mencionadas.

Sin embargo, esta perspectiva también fue mostrada síntomas de agotamiento y desgaste que hicieron dudar sobre su utilidad, su marcada “autorreferencialidad”¹⁴ y “neutralidad valorativa”, su poca o nula adecuación a las transformaciones de las sociedades y del Estado (de bienestar, constitucional, etc.) y hasta del papel de los intelectuales y científicos jurídicos adscritos a esta, incapaces de problematizar su quehacer o los efectos políticos de sus compromisos epistémicos. El efecto integrado de estas y otras críticas ha impedido que el “programa epistemológico” -si lo hubo alguna vez- se mantuviera como pretendían sus precursores originales, incluso en la actualidad.

Así y todo, nos llegaron algunas controversias -en Latinoamérica el debate anglosajón¹⁵ entre Ronald Dworkin y H.L.A Hart tuvo bastantes seguidores gracias, entre otras, a la prematura traducción de *El concepto de derecho* hecha por Genaro Carrió en 1963- que le dieron una renovación inesperada a la vertiente “metodológica” en crisis, y nos permitieron conocer “nuevas” versiones del positivismo jurídico (el “positivismo político”, el “positivismo normativo o prescriptivo”, el “constitucionalismo positivista”, entre otros).

Ninguno de estos “nuevos” surcos abandonó el ideal de conocimiento científico del derecho, aunque por lo menos admitieron desde entonces una exigencia política que estaría ínsita en esa elección: “la aceptación del *status quo*”, o mejor, el compromiso exigido a los individuos encargados de interpretar y sistematizar el derecho positivo estatal para que colaboraran activamente con tareas que los convertían en “guardianes” del derecho puesto. De esta manera, el positivismo jurídico adopta una faceta más ideológica, con la que se pretendía aportar justificaciones del compromiso de ciertos

¹⁴ Para algunos críticos de la filosofía analítica, no está en discusión que el derecho es lenguaje, o mejor, que está compuesto por “entidades lingüísticas”, *pero* no se reduce a ellas. De modo que, pese a que la mayoría de autores adscritos a la tradición analítica tienden a sostener que el derecho es esencialmente un sistema “autopoietico” que se define por la producción y reproducción de enunciados lingüísticos, no es lo único que; hay que describir y problematizar otros funcionamientos y disfuncionamientos, teniendo en cuenta las relaciones entre las estructuras legales y las configuraciones sociales contemporáneas.

¹⁵ Vale mencionar en esta controversia a Duncan Kennedy, autor que hace parte de la red de pensadores norteamericanos conocida como *Estudios Críticos del Derecho* (CLS) que quiebra completamente con las teorías constructivistas y re-constructivistas dominantes en aquel momento. De hecho, su proyecto puede ser presentado, en parte, como una crítica realista a “dos bandas”, ya que está dirigida a las principales obras de la teoría jurídica anglosajona en el siglo XX. Este sólo hecho justificaría un análisis detallado de la propuesta de Kennedy, pero calculamos que eso desborda, por ahora, los límites de esta investigación.

Así pues, en este trabajo nos enfocaremos en los adversarios a los que Hart explícitamente dirigió sus críticas -en particular en *El concepto de derecho*-: el realismo jurídico (norteamericano y, en menor medida el escandinavo), el positivismo jurídico de Austin, Bentham y Kelsen; y el conceptualismo de Roscoe Pound.

legos con el derecho positivo estatal¹⁶; así, se trazarían las condiciones ideopolíticas para cualquiera que pretenda el conocimiento científico de aquel.

Con posterioridad a este reparo se produce una agitación en las doctrinas positivistas que reforzó, paradójicamente, el estatus de aquellos y aquellas que desempeñan un rol científico y, por ende, pretenden adoptar un punto de vista externo extremo o externo radical en relación con las reglas sociales de comportamiento de un determinado grupo social. Como el mismo Hart lo anticipaba, la aceptación de este punto de vista propio de los *científicos* -que no desconoce, insistimos, valoraciones axiológicas, estándares morales y hasta intereses políticos determinados- se puede complementar perfectamente con la asunción del punto de vista interno extremo por parte de *funcionarios, abogados, jueces y operadores jurídicos* en general, que tienen, entre otras, la obligación política de aplicar las disposiciones jurídicas, incluso identificándose con ellas al momento de orientar sus decisiones.

Esta precisión es determinante para la temática de esta investigación, ya que en este momento -segunda mitad del siglo XX-, las corrientes positivistas en boga -específicamente las variantes “analítica” y “epistemológica” que comentamos atrás- sufren una especie de “restauración” apalancada con los discursos y narrativas del emergente Estado Constitucional que no le eran propios hasta entonces, pero que resultaron decisivos para entender el papel político, justificativo y valorativo que han desempeñado ciertas teorías jurídicas liberales desde entonces. Además, el “regreso” de problemas relacionados con la “valoración” y “justificación” del derecho, permitió dar cuenta de aspectos capitales relativos al “razonamiento práctico” de los destinatarios de las disposiciones jurídicas que, como es evidente, afectaron después la manera cómo se abordaba la OD.

Ahora, para entender los alcances de esta lenta transmutación de la cultura jurídica occidental, hoy mal encogida en el término “neoconstitucionalismo”, conviene que volvamos a enfrentar las perspectivas de Hart y Dworkin, aunque esta vez no nos concentraremos en sus incontables diferencias y discrepancias, sino que queremos esclarecer su incidencia en las construcciones teóricas sobre la OD.

¹⁶ Es inquietante como los positivistas descubren la “necesidad” de complementar su aparato justificativo sobre la OD con el “punto de vista interno” de los obreros del conocimiento jurídico. Ya no bastaba con las ventajas materiales e inmateriales que tenían estos sujetos, sino que además debían disponer de argumentos para justificar su posición y, de forma más general, los ejercicios, prácticas y procedimientos que ellos mismos ponen a operar.

El tándem Hart-Dworkin, positivismo-constructivismo, nos proporcionó herramientas para entender algunos cambios que se introdujeron en las prácticas jurídicas con la llamada “juridización de la Constitución” y la emergencia de los tribunales constitucionales. Tales cambios que repercutieron, entre otras cosas, en la discrecionalidad judicial, la concepción de interpretación y la posibilidad o no de hallar respuestas correctas a casos difíciles, los cuales fueron abordados como si fueran ajenos al problema de la OD.

Sin embargo, la “discrecionalidad”, la “interpretación”, la “corrección” y aún el “caso” difícil entrañan un sustrato común: la elección por parte de un sujeto “autorizado” de un determinado curso de acción. Esta elección, según la instancia o emplazamiento correspondiente, podrá ser calificada por algún actor como “obediente o desobediente” (en unos casos guía, en otros no, de ese curso de acción) a las disposiciones jurídicas que comprometen la situación. Por consiguiente, ese debate al final tuvo importantes repercusiones en relación con el problema de la OD.

Por otro lado, la teoría jurídica hartiana nunca negó la existencia de los llamados “principios”, aunque no los haya tratado con el detenimiento y el rigor con el que lo hizo Dworkin. Esto significa, entre otras, que Hart no negó la posibilidad de tomar la vía de los principios (o el llamado “derecho natural mínimo” en sus palabras) y ofrecer, desde allí, justificaciones morales o teleológicas a ciertas prácticas jurídicas. Tampoco rechazó, a nuestro parecer, la posibilidad de que los principios sean tematizados como contenidos implícitos y subyacentes a los desarrollos históricos de la Constitución que integran, a su vez, la “moralidad política” o la “moral política de fondo” (Dworkin, 2012) de una determinada comunidad.

De cualquier modo, lo cierto es que cualquier descripción del funcionamiento del derecho tiene que considerar esta faceta justificativa, argumentativa y moral del derecho que involucra directamente a los productores, aplicadores y destinatarios de las reglas (los usuarios). Para estos, el derecho es también una práctica social de interpretación, acción y decisión que tiene por objeto unos materiales jurídicos. Ahora, suele decirse que sólo a través de una argumentación retórica o persuasiva, los sujetos o usuarios pueden convencerse a ellos y a otros, sobre sus decisiones y cursos de acción con el derecho.

Vale aclarar que las corrientes jurídicas que siguieron y sucedieron este debate, ofrecen después algunas propuestas comprensivas sobre los problemas asociados a la

OD, que se enfocan precisamente en ordenar las *razones prácticas* (morales y prudenciales) por las que los destinatarios de un sistema de reglas sociales aceptan o no la existencia de la obligación jurídica y, en consecuencia, de actuar o no conforme a ella. Desde nuestro punto de vista, este giro en la cuestión, y vale decir que Hart fue uno de sus principales precursores, se ha mantenido aunque con varios matices que nos gustaría presentar en la perspectiva teórica del llamado “neoconstitucionalismo”.

1.3 “Neoconstitucionalismo” y OD

En lo que concierne a la visión estatal-legalista del derecho positivo -con los matices expuestos al principio del acápite anterior- es notorio que esta ha sido blanco de críticas radicales desde distintas orillas del pensamiento jurídico, debido especialmente a los cambios impuestos por el Estado constitucional de derecho y el engranaje conceptual del llamado “neoconstitucionalismo”. El propio desenvolvimiento histórico de las opciones filosóficas y epistemológicas de esta presunta “nueva cultura jurídica” (Pietro Sanchís, 2009, p. 101) dio lugar a una revisión general de las tesis centrales del positivismo jurídico que coincide, en algunos puntos, con las críticas hechas otrora por algunas doctrinas del derecho natural.¹⁷

En el ámbito de esta cultura jurídica al “positivismo jurídico” se lo ha acusado históricamente de mostrarse inaccesible a los valores y principios de justicia (“no hay otra justicia que la legal”¹⁸; “la ley es un instrumento seguro de justicia”); por tanto, comprometido con la defensa a ultranza del Estado y el derecho positivo vigentes, tanto como su correlativa obediencia. Sin embargo, esto no es del todo cierto, sobre todo si tomamos en cuenta los distintos matices que retratamos en el acápite anterior -en especial cuando recuperamos fugazmente la pareja Hart-Dworkin-, y los que resultan de analizar la compatibilidad de la filosofía política que defiende el llamado

¹⁷ El derecho natural, especialmente la doctrina racionalista moderna, es una de las fuentes que históricamente inspiró el surgimiento del llamado “constitucionalismo”. Ahora, la definición que hace Sanchís (2009, p. 34) del “constitucionalismo” describe una relación de mando-obediencia y la sitúa como un fenómeno y un proceso histórico, “en virtud del cual la relación entre los detentadores del poder y quienes están sujetos al mismo se configura como una relación jurídica, definida, regulada y sometida a reglas jurídicas conocidas”. Por ahora no podemos ocuparnos de las implicaciones que se siguen de explicar el constitucionalismo a partir de la noción de soberanía, la cual desemboca, entre otras, en las distintas versiones del contrato o pacto social.

¹⁸ Hobbes (trad. 1966, p. 192) muestra decididamente las implicaciones de esta expresión: “Los reyes legítimos hacen justas las cosas que mandan, por el hecho de mandarlas, e injustas las cosas que prohíben, por el hecho de prohibirlas”.

“neoconstitucionalismo” y que, todavía hoy, sirve de suelo común tanto a “iusnaturalistas” como a “iuspositivistas”.¹⁹ Alguien diría que, precisamente por estos matices, el neoconstitucionalismo tiene un rostro jánico sobre la OD:

- a. De un lado, tenemos discursos filosóficos con una vocación iusnaturalista²⁰ que han emergido en diferentes épocas históricas (clásica, medieval y renacentista) y retratan algunos “modos de vida” desobedientes de los que ahora se toman argumentos en favor del surgimiento histórico del “constitucionalismo”; en otras palabras, estos discursos nos informan sobre los “argumentos de justicia” que emplearon hombres y mujeres que no se dejaron engullir por las vicisitudes de los poderes o leyes existentes, desde *Antígona*,²¹ pasando por la doctrina del tiranicidio, el derecho natural de resistencia o la desobediencia civil, los cuales se apoyan en la contradicción entre un presunto derecho positivo y los derechos naturales -y de un entendimiento de estos como límite al gobierno-.

Gracias a que en la actualidad todo el “derecho positivo” se encuentra “irradiado” (Pietro Sanchís, 2009) e “impregnado” (Guastini, 2003) constitucionalmente por principios y derechos fundamentales -que vienen a ser, en parte, la cristalización de las diferentes oleadas recientes del iusnaturalismo-, resulta más que cuestionable a la luz de estos argumentos, la estadalatría y legolatría del positivismo jurídico tradicional y la correlativa obediencia incondicionada a la “ley del Estado”, por lo menos en principio.

- b. De otro lado, tenemos la perspectiva de otros defensores de este “paradigma constitucionalista”²² pero con una vocación más iuspositivista. Para estos autores, la

¹⁹ Por lo anterior, aquí no negamos la influencia de ambos en la emergencia de este fenómeno cultural.

²⁰ Aunque hay algunos filósofos y teóricos del derecho contemporáneos que se califican a sí mismos como “no-positivistas” o “post-positivistas” y que muestran claras conexiones con algunas corrientes del pensamiento iusnaturalista.

²¹ Así retrata Sófocles (trad. 2018) la respuesta de Antígona a Creonte cuando este la enfrenta por transgredir la ley: “No fue Zeus quien dio ese bando, ni la Justicia que comparte su morada con los dioses infernales definió semejantes leyes entre los hombres. Ni tampoco creía yo que tuvieran tal fuerza tus pregones como para poder transgredir, siendo mortal, las leyes no escritas y firmes de los dioses. Pues su vigencia no viene de ayer ni de hoy, sino de siempre, y nadie sabe desde cuándo aparecieron. De su incumplimiento no iba yo, por temor al capricho de hombre alguno, a recibir castigo entre los dioses. Que iba a morir, ya lo sabía — ¡cómo no! —, aunque tú no lo hubieras prevenido en tu proclama. Y si muero antes de tiempo, lo tengo por ganancia, pues quien vive como yo en una muchedumbre de desgracias, ¿cómo no va a sacar provecho con la muerte? Así, el alcanzar este destino no me causa dolor alguno. En cambio, si hubiera tolerado ver insepulto el cadáver de quien nació de mi madre, entonces sí me dolería. Con esto otro, en cambio, no siento dolor alguno. Si a ti te parece que he cometido una locura, tal vez sea un loco ante quien incurro en falta de locura”.

²² Esta es la expresión que emplea Manuel Atienza (2008, p. 39) para encuadrar a los numerosos y heterogéneos autores que han aportado los fundamentos teóricos, epistemológicos y filosófico políticos del *neoconstitucionalismo*.

obligación de OD sigue siendo uno de los resquicios que menos interés despierta,²³ o que a lo sumo equivale a una especie una adhesión moral y espontánea a la Constitución y el Estado constitucional de derecho, en este caso entendidos como “la” receta de integración étnico-cultural, política y social que reúne, en sí misma, un abanico nutrido de valores, principios y pautas morales que le dan mayor vigor y obligatoriedad a los contenidos del derecho puesto.²⁴

Algunos de los más firmes defensores de esta postura han señalado, incluso, que la Constitución no sólo es la expresión del poder constituyente del pueblo (“soberanía popular”) o su acto fundacional, sino que además es el “compendio de la moralidad pública de la modernidad” (Pietro Sanchís, 2009, p. 105); por esta senda conservadora, han reavivado el deber moral e incondicionado de OD, aunque en esta ocasión este deber no juega en favor de la “negación” del derecho natural, de la crítica o censura del derecho positivo o de la rigurosa separación entre derecho y moral, sino todo lo contrario: en esta concepción del “deber de obediencia” se auspician actitudes contemplativas y nada críticas frente a los reconocidos contenidos materiales y formales de la Constitución y los poderes que ella crea y organiza, en todo caso superiores a la vida terrena misma. De modo que, según esta versión del “neoconstitucionalismo”, las leyes y las autoridades pueden actuar sin trabas, empleando incluso un derecho superior a estas, como justificación moral de lo existente, cualquiera que sea el estado de cosas existente.

Todo esto parece sugerir que la Constitución, ahora inmune a toda posibilidad crítica, dejase de ser un hecho histórico para convertirse en una idea de razón, abstracta, elevada,

²³ Resumen, a modo de ejemplo de este punto, la caracterización que ofrece Luis Pietro Sanchís (2009, p.117) de las ideas generales o ideas-fuerza de una teoría del derecho neoconstitucionalista: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas”. De este último aspecto, la *constelación de valores y principios tendencialmente contradictorios*, se puede desprender una inquietante consecuencia: si la Constitución es la resultante de diversas concepciones que posibilitan la integración étnico-cultural, social y política, entonces es “ilegítima” cualquier opción de resistencia al texto constitucional. Dicho en otros términos, no se justifica, desde ningún punto de vista, la desobediencia al texto constitucional.

²⁴ Cabe mencionar que, particularmente en Colombia, la Constitución recoge una serie de elementos y predicados que, en algunas ocasiones, parecen antagónicos y hasta podría decirse que se enfrentan a tensiones entre ellos. Esto no hace más que confirmar que “la” receta de integración y diversidad moral y cultural del neoconstitucionalismo es una fórmula bastante endeble, un collage muy variopinto en el que también se incrustan, hay que decirlo, algunos de los axiomas más importantes del capitalismo.

como si tuviera un “plus”, algo que la coloca por encima de otros artificios y ficciones humanas. Por lo tanto, es *como si* la Constitución, en términos prácticos, transmutara suprasensiblemente, poniendo de cabeza todos los demás artificios jurídicos (¿o más bien poniéndolos a girar a su alrededor?, ya que en todo caso ella es el “centro” y goza de la máxima legitimidad).

Siguiendo esta vía que algunos han etiquetado como “patriotismo constitucional”, vale decir además que la Constitución adquiere una suerte de “*resonancia teológica*”²⁵: es el texto jurídico sagrado, aquel que deben reverenciar todos los actores, partícipes e intérpretes del sistema jurídico, sin importar sus *posiciones* o *diferencias* de raza, color de la piel, casta, edad, etnicidad, idioma, ascendencia, orientación sexual, religión, clase socioeconómica, capacidad, cultura, localización geográfica, conocimientos, emociones, etc.²⁶

Si esto es así, forzosamente tendríamos que concluir que los contenidos mismos de la Constitución pertenecen al orden de lo luminoso, lo intocable, lo cualitativamente más apreciable y bueno en sí mismo.²⁷ De ahí que suceda lo que pasa con muchos objetos litúrgicos protegidos por guardianes o sacerdotes —en ocasiones muy similares al guardián de “Ante la ley” de Franz Kafka—: sólo *hombres* “ilustrados”, “iluminados”, “letrados”, “sabios”²⁸, agrupados en el “senado hereditario” con el que soñaba Bolívar en su *Discurso de Angostura*, resultan más aptos no sólo para decidir sobre los problemas que vive la gente —a pesar de ella misma—,²⁹ sino para resguardar y preservar la Constitución de las peyorativamente tratadas como *oleadas populistas*.³⁰

²⁵ En este sentido, algunos emplean la expresión “neoconstitucionalismo” para referirse a una especie de “catecismo moral” que se proyecta desde la Constitución y que la revela como un artefacto mágico-religioso y hasta metafísico, con algunas propiedades que valdría la pena estudiar.

Más allá de si estamos de acuerdo o no con esta polémica deriva analítica, nos parece más apropiado entender la Constitución como una ficción-real que compromete creencias, justificaciones y acciones en las que convergen o se enfrentan, más regularmente de lo que parece, todo tipo de fuerzas sociales.

²⁶ Los que llevaron adelante este proceso de “sacralización”, “deificación” o “santificación” de la Constitución repiten los pasos de sus predecesores, los otrora defensores de la “supremacía de la ley”. De esta manera, centran sus esfuerzos anular o neutralizar los efectos de ciertas contingencias particulares que hacen que la Constitución profundice las desigualdades existentes y alimente la codicia, el egoísmo y otras vilezas sociales.

²⁷ Eso no es todo. Alrededor de este artefacto totémico podemos hallar todo tipo de soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas como ceremonias, rituales, himnos, símbolos, credenciales, etc., sin los cuales estos artefactos (Estado y Constitución) tampoco operarían.

²⁸ Los jueces generalmente son representados como hombres ilustrados, sobrios, racionales, libres en cuanto a su discernimiento; según esta imagen, estos hombres no incurrir en el pecado de la ignorancia ni en los excesos de una voluntad absoluta, momentánea y caprichosa unida especialmente al quehacer legislativo.

²⁹ Estas afirmaciones están soportadas en algunas de las respuestas que ofrece Dworkin al problema de la “interpretación y adjudicación del derecho”. Para este autor, la solución correcta de cualquier controversia o

Esto último nos lleva a pensar que, pese a las críticas de algunos neoconstitucionalistas a las tesis clásicas del positivismo jurídico en sus derivas relativas a la OD, este encontró nuevos bríos y se readeció a las exigencias políticas e ideológicas de este modelo de organización jurídico-política, manteniendo intacta la incontestable lógica del formalismo ético y el positivismo ideológico, tal y como sugiere Rodríguez Uribe (2002) en sus estudios sobre “constitucionalismo ético”.

Sin embargo, no nos parece conveniente exagerar o caricaturizar los rasgos del neoconstitucionalismo, sino reconocer que en esta expresión confluyen, para lo mejor y para lo peor, muchas doctrinas y tradiciones constitucionales que impiden que las Constituciones sean entendidas como marcos unívocos, cerrados u homogéneos, con pretensiones idénticas en cuanto a su función organizativa y directiva de la vida social. Al contrario, parecen más bien textos densificados y heteróclitos de los que derivan todo tipo de *efectos*, algunos de ellos colaterales, inesperados y hasta indeseables.

Como consecuencia de lo anterior, convendría matizar nuestras consideraciones sobre la postura del neoconstitucionalismo respecto de la OD (¿una postura?), ya que se pueden encontrar distintas doctrinas sobre la cuestión que no necesariamente defienden una adhesión espontánea, ciega y acrítica a la Constitución, ni siguen una suerte de compromiso interno con la “moral política de fondo” en la que finalmente se soporta el derecho positivo; antes bien, ofrecen otro tipo de “razones morales y políticas” para justificar la desobediencia del derecho, aunque en casos muy puntuales³¹ y con trasfondos y matices distintos.

situación problemática relevante jurídicamente es aquella que se corresponde con los principios de la “moral política de fondo” de cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta tarea no puede ser confiada a cualquier sujeto, sino a aquellos y aquellas cuya actividad discrecional está controlada por estos materiales históricos denominados “principios” y que, por tanto, sirven de suelo “pre-interpretativo” en el que eventualmente podrían apoyarse sus propias “argumentaciones morales”.

³⁰ Aquí estamos, guardadas las proporciones, ante una de las manifestaciones de la llamada “supremacía constitucional” (y de su corolario, el “control judicial de constitucionalidad”), en palabras más generosas, de la siguiente manera: en nuestro contexto se dice que la Corte Constitucional es la que tiene la última palabra, la respuesta definitiva; encarna el más “neutro” de los poderes y, por tanto, es la interprete autorizada y más apropiada de “el texto constitucional”.

No obstante lo anterior, no dudamos del papel estratégico que han tenido, en general los jueces, y más particularmente los tribunales de cierre constitucional del Sur Global (Bonilla, 2015, 36 y ss.), especialmente en asuntos como: el reconocimiento y la protección de los derechos civiles y políticos de ciertas minorías; la exigibilidad de los derechos sociales para que las personas en situación de pobreza puedan exigirlos, entre otros.

³¹ Hay otros fenómenos de *desobediencia justificada* que exceden, por mucho se dice, las ocupaciones, las intenciones y los interés teóricos de aquellos y aquellas que se han ocupado de estudiar este fenómeno: revolución, resistencia, insurrección, rebelión. Su tratamiento parece relegado a otros ámbitos del discurso y otras disciplinas.

Por otro lado, no queremos caer en este patrón de crítica al “positivismo jurídico” que lo presenta como un “tigre de papel” al que sus objetores le han incrustado tesis y posturas que resultan, en el mejor de los casos, contradictorias y mal imputadas. Por ese afán muchos terminan, lamentamos, desestimando o rechazando cualquier contribución o crítica de esta corriente a los problemas comprometidos en esta investigación. Esto ocurre, incluso, con aquellos y aquellas que se califican a sí mismos como “positivistas jurídicos”. En lo que respecta a nuestra postura, renunciamos a la engañosa pretensión de uniformar o unificar el conjunto de doctrinas, sobre todo *iuspositivistas*, que recomiendan, sugieren o invitan a obedecer el derecho positivo estatal y trataremos, cuando corresponda, de discutir la certidumbre de esa extraña conclusión.

En cualquier caso, el mote con el que etiquetamos a los autores estudiados es lo que menos importa aquí. Nuestro foco en este recorrido ha estado puesto en los conceptos y preguntas que desde distintas doctrinas jurídico-políticas se han empleado históricamente para describir, explicar, comprender y justificar la OD.

Así es como quisimos empezar nuestra breve inmersión en el laboratorio conceptual que H.L.A. Hart emplea para explorar todos los aspectos relevantes del fenómeno social investigado. Más allá de las dudas y críticas que nos surgieron de sus esfuerzos, este autor representa un punto en el que se encuentran en tensión doctrinas muy diferentes (a veces radicalmente distintas) acerca de la OD.

Ahora bien, si el derecho es un hiper-objeto culturalmente complejo, flexible, sensible, multiforme, plástico, dúctil, cambiante y mutable,³² creemos que es necesario repensar los conceptos que nos proporciona este autor para la descripción, explicación y comprensión de las prácticas jurídicas. Y ya que las cosas se nos presentan de este modo, una de nuestras tareas consiste en tratar de buscar conexiones y desconexiones entre este aparataje conceptual con las dinámicas y transformaciones del derecho en las sociedades contemporáneas.

Sin duda, es difícil interpretar este deliberado “silencio”, aunque tampoco sería justo decir que los autores estudiados no dijeron nada al respecto. En la extensa literatura jurídica sobre “teoría del derecho”, casi todos los autores se han detenido a discutir, casi sutilmente sobre la fenomenología de la desobediencia y sus alcances.

³² Aunque lo recomendable sería no emplear tantos sinónimos, consideramos que esta enunciación exhaustiva es necesaria, ya que cada uno de los adjetivos nos dice algo distinto y determinante sobre el objeto cultural que decidimos estudiar.

No decimos nada nuevo si añadimos que, para entender las filigranas en las que se tejen y destejen sus conceptos -y apropiarnos estratégicamente de ellos-, conviene dar un salto por las fragmentadas parcelas del conocimiento y empezar anudar la mezcla que nos impone el propio Hart entre la teoría, la filosofía del derecho y la sociología descriptiva; hacer con ellas aquí una mezcla o mestizaje que nos permita deambular sin agazaparnos, sin estar atentos a los avisos que nos adviertan sobre no torcer el camino indicado. Saber, saborear algunas combinaciones posibles entre estas disciplinas para obtener algo que degustar en esta investigación.

1.4 La obediencia del derecho en la teoría de H.L.A Hart

Brevemente podemos anunciar lo que haremos en este pasaje del texto: En nuestro entender el problema de OD está vinculado al concepto de regla social; sus repercusiones son diversas cuando se aborda el aspecto interno de las reglas primarias o de las reglas secundarias. Allí trataremos de advertir que la OD está conectada con el concepto de obligación jurídica y que este puede ser tratado desde un punto de vista externo o un punto de vista interno. Dicho tratamiento arroja importantes consecuencias en aquello que los teóricos y sociólogos del derecho han conceptualizado con el término “eficacia”.

1.4.1 Preguntas “persistentes” y OD

En su conocido texto “*El concepto de derecho*” H.L.A Hart consigue desarrollar no sólo un “enfoque novedoso sobre cómo deberían llevarse a cabo las investigaciones filosóficas concernientes al derecho” (Chiassoni, 2016, p. 379 y ss.), sino que también se enfrenta a tres “cuestiones teóricas” de las que podrían derivarse algunas consideraciones conceptuales sobre la OD. Vale decir que estas *cuestiones* son presentadas como “preguntas persistentes” de la teoría del derecho³³ que Hart resume de este modo:

³³ El propio Hart (1992, p. XI) lo explica en los siguientes términos: “En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien está principalmente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero que sea también útil a aquellos que se interesan principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho”. En otro apartado del mismo texto, Hart reitera que su finalidad no es “dar una definición del derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema

He aquí, los tres problemas recurrentes: ¿En qué se diferencia el derecho de las ordenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?” (Hart, 1992, p. 16).

Así pues, el aparato conceptual y metodológico de Hart está encaminado a esclarecer las conexiones existentes entre derecho y reglas; derecho y coerción; y derecho y moral. Esta consideración, que no es un dato menor, ha llevado a confirmar a algunos teóricos como Bix (2006) que el proyecto hartiano es, entre otras, sociológico y lingüístico. En este sentido, lo que buscaría un teórico del derecho, sin sacrificar su preocupación por el análisis, es dar cuenta de las prácticas jurídicas, descomponerlas, estudiarlas y describirlas, haciendo un examen empírico que no se desentienda de los usos y hábitos lingüísticos realmente existentes en determinados ámbitos o instancias de la sociedad. No en vano, Hart (1992, p. XI-XII) calificó *El concepto de derecho* como un “ensayo de sociología descriptiva”, incluso tomó como modelo de explicación de muchos de sus conceptos las célebres tesis de J.L. Austin (1955) en el texto *¿Cómo hacer cosas con palabras?* Supo, de una manera u otra, que para describir lo que ocurre en ciertos *campos* o *instancias* jurídicas, era necesario interrogar las prácticas lingüísticas de la gente y las condiciones sociales en las que esas prácticas se producen o son provocadas.

Por todo lo anterior y más, las preocupaciones derivadas de cada una de las cuestiones persistentes, y que se transmiten a todo el aparataje conceptual de su teoría -en este caso sobre la OD-, admiten distintos niveles de emparejamiento con la sociología. A Hart hay que reconocerle, como veremos enseguida, que nunca procuró desentenderse de la dimensión social y la perspectiva sociológica del derecho.

1.4.2 Reglas sociales y OD

El concepto de *regla*³⁴ es cardinal para Hart, ya que logra poner el acento en el carácter *social* de las disposiciones jurídicas y le permite implantar una diferencia que, a

jurídico nacional, y una mejor comprensión de las **semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales**” (1992, p. 20-21. Negrillas fuera de texto).

³⁴ Hart (1992, p. 11) presenta distintas cuestiones aparejadas a la relación entre regla social y OD: “¿Qué *son* las reglas? ¿Qué significa decir que una regla existe? ¿los tribunales aplican reglas o sólo fingen hacerlo?”. Aparte de estas inquietudes, Hart ofrece aquí un listado no exhaustivo de tipos de reglas y aclara: “(...) Es cierto que

la larga, considerará vital para desmarcarse de otras concepciones “imperativas” y “realistas” del derecho.³⁵ Su compromiso es pues, mostrar en primer lugar, que las reglas derivan de prácticas sociales, de regularidades, de actividades que realizan hombres y mujeres que viven y comparten su existencia. No estamos hablando de reglas que emanan de un orden ideal, metafísico o que son reveladas a estos individuos por Dios o la Naturaleza. Las reglas sociales son el resultado de interacciones, encuentros y producciones humanas (proceden, por tanto, de fuentes sociales).

Como veremos enseguida, Hart nos ofrece una imagen más “amable” de estas reglas a fin de que pueda evidenciarse por qué es que son dependientes de las *actitudes* de los seres humanos respecto de sus propios comportamientos. De ahí que las distinga, de entrada, de los meros hábitos del grupo,³⁶ con un ejemplo bastante sencillo:

(...) Puede existir una simple convergencia de conducta entre los miembros de un grupo social (todos pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana) y, sin embargo, puede no haber una regla que

hay reglas de tipos muy diferentes, no sólo en el sentido obvio de que además de las reglas jurídicas hay reglas de etiqueta y de lenguaje, reglas de juegos y reglamentos de clubs, sino en el sentido menos obvio de que aun dentro de cualquiera de estas esferas, las llamadas reglas pueden surgir de maneras diferentes y tener relaciones muy distintas con la conducta a la que se refieren. Así, incluso dentro del derecho, algunas reglas son creadas por vía legislativa; otras no son creadas mediante ningún acto deliberado. Más importante aún es esto: algunas reglas son **obligatorias** en el sentido de que exigen que la gente se comporte de ciertas maneras, por ejemplo, absteniéndose de la violencia o pagando impuestos, lo desee o no; otras reglas, tales como las que prescriben el procedimiento, las formalidades y las condiciones para la celebración de matrimonios, otorgamiento de testamentos o realización de contratos, indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos”.

³⁵ Hart (1992, p. 31) toma como referente de las concepciones imperativistas la definición de derecho propuesta por J. Austin: “un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquel”, entendiéndolo por soberano a aquella persona o cuerpo de personas “que emitan órdenes respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas”. Más adelante (segundo capítulo) volveremos sobre estas concepciones tomando como referente la noción de *mandato* empleada por nuestro autor.

³⁶ Hart (1992, p. 14) recoge aquí una crítica a las que llama teorías predictivas (realismo jurídico) que se resistiría a la analítica estrictamente *fáctica* de las reglas jurídicas que estas dicen proponer: “(...) ¿Qué puede haber en una regla además del castigo o censura regular, y por ello predecible, a quienes se desvían de las pautas usuales de conducta, que la distinga de un simple hábito del grupo? ¿Puede realmente haber algo por detrás de estos hechos claramente verificables, algún elemento extra, que guía al juez y justifica la pena, o le da alguna razón para aplicarla? La dificultad en decir cuál es exactamente este elemento extra ha llevado a estos críticos de la teoría predictiva a insistir, a esta altura, en que todo el lenguaje de reglas, y el correspondiente uso de palabras tales como “tener que” y “deber” está colmado de una confusión que quizás exalte su importancia a los ojos de los hombres pero que carece de fundamento racional. Simplemente *pensamos* –pretenden estos críticos– que hay algo en la regla que nos obliga a hacer ciertas cosas y que nos guía y justifica al hacerlas, pero esta es una ilusión, aunque sea una ilusión útil. Todo lo que hay, por detrás de los claros hechos verificables de la conducta del grupo y de la reacción predecible ante la desviación, son nuestros poderosos “sentimientos” que nos compelen a comportarnos de acuerdo con la regla y actuar contra aquellos que no lo hacen. No reconocemos en estos sentimientos lo que ellos en verdad son, sino que imaginamos que hay algo externo, alguna parte invisible en la textura del universo, que nos guía y controla en estas actividades (...) Sólo porque adoptamos esa ficción podemos hablar solemnemente del gobierno de “leyes y no de hombres”. Este tipo de crítica (...) exige una elucidación adicional de la distinción entre reglas sociales y simples hábitos de conducta convergente”.

así lo *exija* (...) En Inglaterra no hay ninguna regla que diga que todos tienen que, o deberían, o deben ir al cine una vez por semana. Pero *hay* una regla que dispone que los hombres deben estar descubiertos en la Iglesia. (Hart, 1992, p. 11-12).

El carácter social y habitual de las reglas a las que nos venimos refiriendo es necesario pero no suficiente para Hart (1992, p. 14). En cuanto necesario, este carácter es fáctico, verificable y de ellas pueden predecirse consecuencias (por ejemplo, la realización de una pesquisa o un castigo) y modos habituales de explicarlas y justificarlas. En otros términos, la *juridicidad* de las reglas entraña concebir en ellas la arista de su habitualidad. Como tales, son prácticas frecuentes, históricamente determinadas, llevadas a cabo por los hombres y mujeres.

El propio Hart, al elaborar la crítica al llamado *hábito de obediencia*, señala una sutil diferencia entre hábitos que conviene tener presente:

“(...) Los hombres pueden, por cierto, adquirir literalmente el hábito de acatar ciertas normas jurídicas: conducir por la izquierda es quizás un paradigma, para los ingleses, de un hábito adquirido de este tipo. Pero cuando el derecho se opone a algunas inclinaciones fuertes, como ocurre, por ejemplo, con las leyes que obligan el pago de impuestos, nuestro habitual cumplimiento de ellas, aunque sea regular, no tiene el carácter de espontáneo, sin esfuerzo, arraigado, de un hábito”. (1992, p. 65).

Lo anterior permite sostener que el dominio de los hábitos admite diferencias según las *inclinaciones* fuertes o débiles de los destinatarios, cuya regularidad podrá presentarse como espontánea o más o menos forzosa, arraigada o desarraigada. Desde nuestra perspectiva esto no controvierte sino que complementa lo que Hart denominó “acatamiento” o “habitual cumplimiento”. Insinúa que los destinatarios de las reglas, según sus inclinaciones, gradúan niveles de intensidad. En todo caso, siguiendo esta consideración cualitativa no se podrá hablar de “obediencia”, “acatamiento”, “cumplimiento”, “conformidad” -o sus opuestos-; tampoco de manera genérica o binaria. Es más, aunque no podremos desarrollarlo aquí, las llamadas *razones para la acción o razones prácticas* no pueden prescindir de estas graduaciones cualitativas.

1.4.2.1 Tipos de reglas sociales

Antes de proseguir con la exposición de los conceptos hartianos concernientes a la OD, es importante detenernos brevemente en su tipología de reglas sociales,³⁷ ya que esta se inmiscuye en algunas de las consideraciones que iremos incorporando después acerca de los conceptos de “aspecto interno de las reglas”, “obligación jurídica” y “punto de vista externo e interno”.

Al respecto, nuestro autor sostiene que uno de los problemas recurrentes en las teorías jurídicas, sino el más (1992, p. 31, p. 34-36, p. 41 y ss.), se advierte cuando las caracterizaciones del sistema jurídico lo reducen a un tipo de reglas (primarias, imperativas, de deber, “órdenes respaldados por amenazas por alguien que es generalmente obedecido”, etc.) que cumplen una función muy similar a las reglas sustantivas de derecho penal. Esa sería, resumida muy brevemente, la razón por la que Hart nos presenta su solución conceptual a estos sistemas jurídicos aparentemente primitivos que están basados exclusivamente en reglas primarias: *complementarlas* con unas reglas de segundo grado que él denominará secundarias.

Las primarias (Hart, 1992, 14 y 101) prescriben a los seres humanos conductas que deben realizar o que deben abstenerse de hacer, independientemente de sus deseos, voluntad o interés; en este sentido son *obligatorias*. Las secundarias establecen que los seres humanos *pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas*, crear, modificar, o extinguir reglas primarias, determinar sus implicaciones o controlar la manera en que estas sean aplicadas; en este sentido *indican* lo que deben hacer los seres humanos para realizar sus deseos, voluntad o interés.

Por lo pronto, es importante destacar a grandes rasgos dos cosas que aparecen en esta distinción, y que más adelante abordaremos: en primer lugar, la relación de las reglas con los deseos (voluntad o interés) de sus destinatarios; en unos casos esos deseos son “suspendidos”, “prohibidos” o son considerados “irrelevantes”; en otros casos esos deseos son “facilitados”, “estimulados” u “orientados”. En segundo lugar, hay que

³⁷ No obstante, en el texto *Las piezas del derecho* (Atienza y Ruiz Manero, 1996), los autores nos ofrecen una tipología ampliada de las diferentes proposiciones lingüísticas que se pueden identificar en un sistema jurídico (aparte de reglas primarias y secundarias) y que, por tanto, pueden funcionar diferenciadamente a la luz de la temática de esta investigación. Pese a lo anterior, y precisamente por tratarse de una investigación de autor, nos vamos a mantener en este caso en la distinción de reglas primarias y secundarias, sin que ello afecte la caracterización que queremos realizar y conscientes de que esta es una investigación con algunas limitaciones y cuestiones que seguirán abiertas a pesar de ella misma.

destacar que esas reglas (primarias y secundarias) no pueden ser comprendidas sino como “actos de habla”.

1.4.2.1.1 *Reglas secundarias*

Siguiendo a Hart, vale la pena resaltar brevemente algunos aspectos de las reglas sociales que denomina secundarias (reconocimiento, cambio y adjudicación). En las sociedades complejas son habituales o regulares algunas prácticas que adquieren los visos de ser reglas. Tales reglas pertenecen a un nivel distinto al de las reglas primarias y se refieren o son “*acerca*” de estas. Dice Hart (1992, p. 117): “(...) mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las primarias”.

La *regla de reconocimiento* es el *remedio* que una comunidad habitualmente encuentra para solucionar la *falta de certeza* de las reglas primarias; mediante ella se mantiene una práctica que consiste en “[especificar] alguna característica o características que es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce” (Hart, 1992, p. 117); esta práctica se denomina “reconocimiento” porque entraña la referencia a la escritura o inscripción *revestida de autoridad* que permite resolver las dudas de manera incontrovertible acerca de la existencia de una regla primaria de obligación.

Existe otra práctica regular en las sociedades complejas que le pone remedio a “la cualidad estática de las reglas primarias”. Esta práctica es la llamada *regla de cambio* mediante la cual se faculta a un individuo o a un grupo para crear, modificar o extinguir reglas primarias anteriores.

Para evitar la *presión social difusa* -la venganza privada- se consolida un conjunto de prácticas que ponen *remedio* a ella; las cuales se traducen en la *regla(s) de adjudicación*. Parafraseando a Hart, a través de estas reglas se faculta a un grupo de individuos para determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha trasgredido una regla primaria,

mediante determinados procedimientos y disponiendo las sanciones que correspondan.

Pues bien, Hart sostiene que las reglas secundarias no sólo están relacionadas entre sí sino que, por una parte, se *refieren* a las primarias; y por otra, pueden ser *reforzadas* por reglas primarias: por ejemplo, al referirse a las reglas secundarias de adjudicación dice lo siguiente: “(...) pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar”. De tal manera que, a nuestro parecer, ese *refuerzo* forma una suerte de *bucle* en el que las potestades conferidas y la fijación de un “estatus particular a las declaraciones judiciales” da lugar a una obligación o deber... de obediencia que sólo puede ser concebido como procedente de una regla primaria. Esto es lo que nos permite sostener que las reglas primarias -que asociaremos al concepto de mandato en la segunda parte de este texto- se inmiscuyen en las reglas secundarias y que, de contera, Hart se mantiene en la senda del imperativismo.³⁸

³⁸ Por otra parte, lamentamos que un concepto como el *reglas secundarias* no pueda ser pensado de otra manera, incluso con cierta independencia de las *reglas primarias*. El desafío de una futura investigación podría consistir en “sacar” ese concepto de la llamada institucionalidad (y de los aparatajes organizados de fuerza) y llevárnoslo a pensar el funcionamiento del derecho en otros ámbitos de la vida social: el mal llamado “sistema” bursátil, las corporaciones bancarias, las organizaciones logreras o las transnacionales de tecnología. ¿Qué decimos de los actores, agentes o sujetos que se valen de la compleja red de reglas secundarias del derecho financiero o comercial y ponen a operar el derecho en esos ámbitos? ¿Qué tipo de disposiciones están obedeciendo? ¿Qué es lo que obedecen *en puridad*? ¿En vez de “obediencia” en esos ámbitos habría que hablar de “aceptación”, “confianza”, “creencia”, “fidelidad” o “compromiso”?

Creemos que la gente en estas situaciones se soporta más en reglas técnicas (secundarias) que en normas jurídicas (reglas primarias); ni siquiera la noción de “sujeto jurídico” nos permite identificar esas fuerzas económicas y poderes completamente despersonalizados que actúan e inciden en estos ámbitos de la vida social. Si esto es así, ¿cómo es que vincula el derecho y la política a esos actores? ¿Por medio de qué tipo de reglas? ¿Y en qué quedo la relación de mando-obediencia?

Digámoslo de otra manera. Nuestras sociedades ya no están regidas **sólo** por normas jurídicas o reglas primarias de deber u obligación. Esto es evidente. Y eso es lo que precisamente hace tan novedoso e interesante el trabajo de Hart. En una sociedad regida únicamente por reglas primarias, la cuestión de la obediencia/desobediencia cuajaría perfecto (hay unas autoridades reconocidas de un lado, claras, distinguibles... y están los ciudadanos del otro). Pero las cosas no están así de claras en nuestras sociedades.

En sociedades reticuladas y complejas, hay otros tipos de disposiciones y, lo que es más, hay otras prácticas jurídicas que muestran otros funcionamientos y disfuncionamientos jurídicos probablemente más complejos que los que termina describiendo Hart con su noción de *reglas secundarias*. **Además**, por qué seguirles diciendo *secundarias* a unas reglas que, claramente, son diferenciables, muy diferentes en su operatividad, de las reglas primarias. ¿Qué decir de la relación del derecho con ciertos poderes salvajes o desregulados? ¿No sería más exacto decir que estos poderes se valen de una red de “reglas secundarias”, subordinando incluso los aparatajes coercitivos estatales a sus propios andamiajes reglados, y no al revés?

1.4.2.1.2 Reglas primarias

Lo más importante cuando nos representamos a las reglas primarias es que ellas técnicamente son tratadas, en general, como “normas jurídicas”.³⁹ Por nuestra parte, mantendremos la denominación de “reglas primarias” porque nos permite acentuar su importancia social, funcional e incluso instrumental y también por su similitud o proximidad con los mandatos. Además, tomando en cuenta los objetivos perseguidos en esta investigación, no creemos que sea necesario entrar en tamaña discusión y mucho menos si es para defender una posición en favor de una u otra denominación.

Ahora bien, uno de los rasgos más importantes de las reglas primarias es que son prescripciones, regulaciones de acciones u omisiones, que se caracterizan por prever algún tipo de sanción jurídica o amenaza del uso de la fuerza estatal en contra del sujeto que realiza o se abstiene de realizar una conducta y, por ende, desobedece la voluntad de la autoridad que creó la regla.

Su formulación típica es la de una proposición jurídica condicional en la que se enlaza un “antecedente” (esto es, una acción u omisión) y un “consecuente” (que consiste en la amenaza del uso de la fuerza estatal o sanción jurídica) mediante una cópula de “deber ser”. Un somero análisis de esta estructura de la regla primaria nos permite advertir: por una parte, que la autoridad

³⁹ En los siguientes párrafos ofrecemos una aproximación a las “reglas primarias” atendiendo algunas aspectos la caracterización propuesta por Von Wright y el propio Hart. Somos conscientes de que existen otras numerosísimas definiciones, clasificaciones y tipologías de *norma jurídica*. En esta investigación no pretendemos dar cuenta de todos los problemas de sentido, estructura, existencia, contenido, posición, identidad, etc., referidos a este tipo de disposiciones jurídicas -que afectan claramente las definiciones que se propongan de estas-. Al parecer todos ellos responden, como decía el profesor Carlos Gaviria (1992, p.115), a ejercicios muy complicados y fatigosos, dictados con el fin de “preservar, a ultranza, el monismo jurídico normativo” y cubrir con su espejismo el mayor número de prácticas sociales posibles.

Por lo anterior, nos alejaremos de estas concepciones sofisticadas y más o menos prevaletentes acerca de este término (Guastini, 2014, p. 46, 58) que dicen superar las nociones estructurales de “norma jurídica” admitiendo, por su parte, que cualquier otra proposición normativa que no quepa en esta definición estándar o que no sea estrictamente prescriptiva, sigue *dependiendo* de prácticas, ejercicios concretos y “actos de habla” que imponen deberes y sanciones, de los imperativos y, en general, de las *reglas primarias* o *normas jurídicas*. Precisamente por esto, la noción de *regla primaria* de Hart o el mismo concepto de *norma jurídica* de Kelsen, con las observaciones más recientes que lo vinculan con conceptos fundamentales como ordenamiento y sistema jurídico, siguen siendo *atractores* en las teorías jurídicas al uso, por lo que estamos muy lejos de decir que responden a concepciones superadas del derecho o del “viejo” concepto de “mandato” (como intentaremos demostrar en la segunda parte de la investigación).

Nuevamente, admitimos con Hart, Dworkin y muchos otros, la existencia de otras “variedades” de disposiciones jurídicas, de otras piezas o elementos del derecho (en sentido objetivo). Somos conscientes de ello. Pero en este momento, y por asuntos de índole analítico, no haremos énfasis en esas “otras piezas”, sino que pondremos el foco en las *reglas primarias*; o mejor, en aquella pieza conceptual del derecho que realiza *predominantemente* la función social regulativa de comportamientos humanos.

normativa le manda a una clase de sujetos abstenerse de realizar una acción prohibida o realizar una acción obligada en el “antecedente”; y, por otra parte, les manda también a determinados funcionarios -perseguir, investigar, imputar, acusar, juzgar y condenar- para que intervengan directamente sobre aquel o aquellos sujetos que han “transgredido” o “violado” las reglas primarias de prohibición o de obligación. En este estricto sentido, lo que se manda se opone a los deseos o intereses de los destinatarios materializados en acciones prohibidas u obligadas.⁴⁰

1.4.2.2 “Aspecto interno” de las reglas y OD

Señalamos al principio del anterior acápite que los hábitos, según Hart, son la mera conducta convergente y regular que no da lugar a ningún tipo de reacción hostil ni reproche cuando alguien se aparta de estos, lo cual no es del todo exacto. Las reglas sociales, defiende Hart, sí pueden suscitar choques, reacciones críticas o presiones sociales por parte de los miembros del grupo en favor de la conformidad. Más allá de si estamos de acuerdo o no con esta distinción, intentamos sugerir que los conceptos de “reglas sociales” y “hábitos” son complementarios, ya que suponen gradaciones intensivas que varían según las condiciones, instancias, ámbitos o emplazamientos jurídicos.

En este apartado, nos centraremos en la que es, quizás, la característica más distintiva de las reglas sociales según Hart (1992, p.71): “*el aspecto interno de las reglas*”:

(...) Cuando un hábito es general en un grupo social, esta generalidad no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por contraste, para que exista una regla social por

⁴⁰ Hart (p. 108) nos ayuda a complementar este importante rasgo de la regla primaria: “(...) se reconoce que la conducta exigida por estas reglas [las primarias], aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que otra persona *que tiene el deber* desea hacer. De ahí que se piensa que las obligaciones y los deberes característicamente implican **sacrificio** o **renuncia**, y la constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades, uno de los lugares comunes del jurista y el moralista”.

lo menos **algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido en el grupo como un todo**. Además del aspecto externo que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto «interno». (Negrillas fuera de texto).

Hart (1992, p. 48) reitera, en primer lugar que el derecho no puede reducirse únicamente a hábitos. Esto significa que el derecho consiste en una articulación de reglas primarias y secundarias que, además de ser *habituales*, tienen un *aspecto* interno: existen reglas primarias que imponen deberes y otro género de reglas, también habituales y con su respectivo aspecto interno, que él denominó, como vimos antes, “reglas secundarias”.

Dicho de otra manera, en virtud del carácter social de estas reglas (primarias y secundarias) se puede destacar *también* un aspecto interno, es decir, que se usan y *sirven* como *pautas y/o guías* de comportamiento general.

Con las dificultades del caso, rescatamos las bondades del concepto de “reglas sociales” como modelo de explicación del funcionamiento del derecho y, más específicamente, porque a través de este, Hart nos invita a enfocar el derecho de otro modo, esto es, privilegiando en este caso la descripción del *aspecto interno* de las prácticas sociales que están en el corazón de su operatividad. Algo que por supuesto favorece enormemente nuestra investigación, porque nos permite concentrarnos en la manera cómo son concebidas, percibidas, representadas, interpretadas y usadas las distintas reglas sociales desde el punto de vista de los sujetos jurídicos implicados por ellas en diferentes emplazamientos jurídicos.

Por otra parte, las reglas sociales, vistas como *pautas o guías de comportamiento*, juegan un papel importante en el razonamiento práctico de ciudadanos y funcionarios, ya que su tarea primordial consiste precisamente en *guiar las acciones* de estos. En este sentido, Hart resalta la relevancia de interrogar el susodicho *aspecto interno* de cualquier práctica jurídico social, aunque no es difícil imaginarse que las prácticas jurídicas que implican a los ciudadanos corrientes son completamente distintas respecto de las de los funcionarios o autoridades; el aspecto interno de las reglas de unos y otros debe diferenciarse, como haremos enseguida. En otras palabras, una cosa es la conformidad general y/o particular (obediencia) de los ciudadanos con el derecho, y otra cosa es el derecho *reconocido* y practicado (aceptación) por los funcionarios.

Por lo pronto, si según Hart el *aspecto interno* consiste en usar la regla social habitual como pauta o guía de la acción propia o ajena, en virtud de lo cual se puede reprochar el apartamiento de las mismas, entonces dichas reglas tienen un carácter prescriptivo o deóntico. Es decir, las reglas -por tal carácter- pueden ser obedecidas o desobedecidas. De tal manera que usar las reglas, sea en calidad de ciudadano o de funcionario, como guías o pautas, entraña obediencia *condicionada* o *incondicionada* a las mismas. Si las cosas son de este modo, como creemos que lo son, entonces podemos reiterar que la “ruptura” de Hart con los imperativistas es sólo aparente.

1.4.2.2.1 *Aspecto interno de los destinatarios de las reglas sociales*

Dado que las reglas sociales, en general, están llamadas a ser *deónticas*, se puede decir que están *dirigidas* a las acciones u omisiones de “ciudadanos ordinarios” y de “funcionarios”, por lo menos en dos sentidos:

- En cuanto dirigidas a los *ciudadanos ordinarios* tienen dos funciones-fines: **a)** Que usen efectivamente las reglas primarias en sus relaciones con los otros, en lo posible con prescindencia de las amenazas o presiones sociales que estas imponen. Y de no ser esto posible que las *obedezcan*, bien por temor o miedo a la realización de la amenaza o presión; **b)** Que las usen organizando sus relaciones *válidamente*, o sea, creando, derogando o modificando otras reglas existentes, en caso de que se les confieran las potestades privadas para ello.

En los dos sentidos aludidos arriba, los ciudadanos, dice Hart, “«se aplican» las reglas a sí mismos”⁴¹. En este sentido, se espera que estos, “sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas”; lo cual implicaría, en

⁴¹ Intentando tomarse la noción de regla social en serio, Hart (1992, p. 50) se pregunta aquí: “(...) ¿Por qué el derecho no habría de preocuparse igual, si no más, del “hombre desconcertado” o del “hombre ignorante” que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste? ¿O del “hombre que quiere arreglar sus asuntos”, con tal que se le diga cómo hacerlo?”.

resumidas cuentas, que “tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas” (1992, p. 49).⁴²

Así las cosas, convendría resaltar una cierta concepción funcional del derecho en Hart derivada de lo dicho hasta aquí: el derecho es una específica técnica social que intenta, mediante el andamiaje de ciertas reglas -que por ahora veremos como simples pautas o guías de comportamiento-, realizar una función social⁴³ **primaria** (*función de control social preventivo, represivo y reactivo*), a saber: evitar que las prescripciones sean desobedecidas. En otras palabras, Hart parece sugerir aquí que el derecho, entendido como la forma de control social más fuerte, tiene la capacidad de persuadir o disuadir a los ciudadanos ordinarios por medio de *razones prácticas* o *razones para la acción*.

El fracaso de esta función primaria -que implica, en otras palabras, la disfuncionalidad de todas las demás herramientas de adaptación social y/o “control social informal”- indica una ineficacia instrumental del derecho: la gente no cumple las reglas primarias de deber, no actúa de conformidad con ellas, no se muestra dispuesto a obedecerlas, etc. y, por ende, ellas devienen ineficaces (más adelante volveremos sobre este punto). El fracaso del control social preventivo, es decir, la falta de entendimiento o comprensión de la regla social primaria y el apartamiento de la conducta social prescrita, habilita a los funcionarios a llevar a cabo un control social reactivo y represivo.

- De allí que las reglas también estén dirigidas a los *funcionarios*. Aquí sostenemos que estos, en cuanto a su *aspecto interno* en general, no sólo *aceptan* las reglas sociales usándolas como “pautas o criterios comunes de conducta oficial”, sino que también aprecian “críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas” (Hart, 1992, p. 145). De otra manera sería imposible que se mostrarán prestos a

⁴² En la segunda parte de esta investigación que se ocupa del mandato nos encontraremos de nuevo con estas cuestiones. Allí se advertirá un ligero matiz que conviene mencionar aquí: Cuando Hart dice que los ciudadanos *se aplican a sí mismos las reglas al margen de la intervención frecuente y permanente –cara a cara con los funcionarios- estos ciudadanos tienen el deber por sí mismos de comprender y entender tales reglas y adecuarse a ellas*. De allí el *desconcierto* del ciudadano por cuanto, al parecer, tendría el “super deber” de creer que esas reglas existen, que son válidas y que le son aplicables. Dicho de otro modo, tienen prohibido ser ignorantes.

⁴³ Que un autor como H.L.A Hart hable de funciones sociales del derecho es un hallazgo sumamente importante en esta investigación, ya que refuerza su preocupación por la dimensión social y funcional de las mismas.

obedecer sus obligaciones en tanto funcionarios (deberes del orden de investigar, juzgar y castigar las desviaciones a ciertas reglas jurídicas primarias).

Expliquémoslo de otro modo: existen, como explicamos antes, reglas secundarias que *constituyen* funcionarios con potestades y funciones; pero además estos funcionarios aceptan el conjunto de reglas sociales (primarias y secundarias) y, precisamente en virtud de ellas, tienen *deberes u obligaciones*, y también, lo hemos dicho, *potestades* para imponer, cambiar, modificar o extinguir pautas o guías de comportamiento de los ciudadanos y adjudicarles derechos subjetivos mediante procedimientos preestablecidos.

Ahora bien, todo este entramado no puede ser entendido al margen de un aparato organizado, diferenciado y jerarquizado de fuerza con el que se espera que los funcionarios cooperen voluntariamente -en virtud de su aceptación-. En este sentido, podemos sostener que ciertos *funcionamientos* y *disfuncionamientos* del sistema jurídico pueden evidenciarse a partir de las prácticas de estos funcionarios en ámbitos y situaciones específicas,⁴⁴ ya que lo que ellos hacen da cuenta de la forma institucionalizada de vida comunitaria.⁴⁵ Institucionalizada entre otras porque, en la relación entre funcionarios y ciudadanos, las reglas secundarias presuponen que se han concentrado y centralizado exitosamente las *funciones regulativas y de control social* y que es posible, en una sociedad compleja, saber con certeza qué funcionario, cómo, en qué condiciones y cuánta fuerza puede desplegar en sus ejercicios de poder coactivo⁴⁶.

⁴⁴ El derecho, en tanto sistema jurídico, no puede estar dissociado de lo que la gente hace —especialmente si nos referimos a la actividad de los llamados *funcionarios*-. En otras palabras, la existencia del derecho está determinada, especialmente, por la actividades “aceptadas” y realizadas por estos. Es inevitable pensar que Hart apela aquí a un *argumento realista*, aunque él después intenta aclarar que sin los esfuerzos mediadores de las reglas sociales no podría decirse que el derecho existe o está en vigor en una determinada comunidad (en general).

⁴⁵ Esta reflexión está apoyada en la reconstrucción institucionalista de los conceptos hartianos elaborada por MacCormick (2010).

⁴⁶ Cuando decimos que el derecho es la fuerza o regula el uso de la fuerza solemos identificar el Derecho y el Estado o ver en ellos, como dice Bobbio, dos caras de la misma moneda: “El Estado se expresa a través del Derecho y, a su vez, el Derecho organiza y regula la vida del Estado”. Por supuesto que esta expresión es bastante imprecisa y está plagada de muchos extravíos (por ejemplo, la equívoca asociación entre legalidad y legitimidad), pero estimamos que clarifica la definición de funcionario a la que estamos aludiendo aquí. Esto es lo que Hart identifica después como institucionalización de la sanción, asunto que en el derecho público se relaciona directamente con el *principio de legalidad*.

No obstante, también es cierto que por medio de estas *pautas* que conciernen en especialmente a los órganos primarios (Nino, 1993, p. 108) y a los sujetos investidos de la función pública de aplicar, disponer y ejecutar las reglas primarias, se genera una cierta *dependencia* que los liga a ese sistema de vínculos jurídicos y sociales del que después “no podrán”⁴⁷ liberarse, precisamente porque están comprometidos no sólo a *cumplir* las reglas primarias (en tanto ciudadanos ordinarios), sino también a *seguir* unas reglas secundarias *aceptadas* que están, como si se tratara de un ciclo que se repite una y otra vez, “reforzadas” por el *juramento de fidelidad* a la Constitución y las leyes que aquellos realizan en la toma de posesión de sus cargos (al respecto téngase en cuenta lo que arriba dijimos del *bucle*).

Pero Hart (1992, p. 24) incluso va más allá, sobre todo cuando invita a mirar más de cerca la actividad de estos funcionarios -especialmente los jueces-: “(...) el juez, al castigar, toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón* y *justificación* del castigo al transgresor”. De esta manera rechaza las “versiones predictivas del derecho” (*realismos jurídicos*), cuyo eje sería la consideración del derecho como un hecho social que consiste, más exactamente, en una práctica constante y repetida por parte de los aplicadores del derecho. Este hecho social sería verificable empíricamente y permite, a un buen observador, predecir efectivamente lo que jueces harán en sus sentencias.⁴⁸

⁴⁷ Esta afirmación hay que matizarla, incluso si estamos intentando privilegiar el “aspecto interno de las reglas” ya que, salvo en los casos claros, en realidad es posible afirmar que los “funcionarios públicos” (por ejemplo, los jueces) tienen un margen fronterizo ineludible de soluciones interpretativas posibles y válidas, las cuales surgen como consecuencia de la “textura abierta del lenguaje”. En cualquier caso, los “funcionarios” acomodan las normas a los casos y no al revés.

⁴⁸ Aparte de lo que hemos sostenido en relación con las llamadas “versiones predictivas del derecho” es importante recordar lo que dijimos en el acápite de las reglas sociales (Cfr. 1.4.2). Aquí añadimos, en favor de ellas, que en la medida en que las reglas sociales aparte de contar con un aspecto interno son también habituales, es posible predecir según la instancia o emplazamiento jurídico respectivo lo que los funcionarios harán o dejarán de hacer; en segundo lugar, si esta cuestión se asume, por ejemplo, desde el punto de vista de un abogado litigante, es indudable que corresponde a la práctica jurídica también predecir lo que probablemente hará un funcionario cuando se le someta a consideración un problema jurídico; finalmente, según la estructura de determinadas disposiciones jurídicas es inevitable introducir juicios de probabilidad -y por consiguiente, hacer predicciones- en el razonamiento práctico.

1.4.3 *Obligación jurídica y OD*

Los conceptos que hemos expuesto hasta aquí dan cuenta de distintas aristas y entradas para abordar el problema de la obediencia que tienen sendas repercusiones en el tratamiento que Hart nos ofrece del concepto de “obligación jurídica”. Para el efecto, Hart nos sitúa en diferentes “*situaciones lingüísticas*” y, partiendo de ellas, nos propone que diferenciamos tres expresiones: “*tener una obligación*”, “*sentirse obligado*” y “*verse obligado*”. Con este recurso lo que Hart intenta, en nuestras palabras, es vincular estas expresiones con distintos sentidos que adquiriría la obediencia.

Ahora bien, con el fin de ofrecer una explicación por lo menos más inteligible de esta idea, vamos a realizar una *sub-versión* de un ejemplo formulado por el profesor Carlos Gaviria (2014, 55) en el texto “*Temas de introducción al derecho*”:

S₁ tiene *interés* en que otro sujeto (S₂) **cumpla** un determinado comportamiento, más exactamente, que no salga de la casa el 1° de enero de 2020 (fin). Para conseguirlo, S₁ *puede* utilizar diferentes medios de coerción:

- 1) Aplicarle una droga capaz de sumirlo en un profundo sueño durante 24 horas.
- 2) Amarrarlo dentro de la casa de tal manera que cualquier intento de salir resulte fallido.
- 3) Prometerle que le dará una recompensa si no sale en el transcurso de ese día.
- 4) Anunciarle un castigo para el caso de que salga.

Siguiendo este ejemplo, e incorporando en él algunas reflexiones de Hart (1992, 102 y ss.) sobre el concepto de “obligación jurídica”, podemos diferenciar las expresiones “tener una obligación” y “verse obligado”; sin embargo, decidimos complementar el esquema hartiano con la frase “sentirse obligado” porque nos parece que esta expresión -incluso sin “tener una obligación”-, nos dice algunas cosas sobre el “aspecto interno de las reglas” que Hart demeritaba, o por lo menos no consideraba relevantes, pese a que las creencias, las motivaciones y las percepciones sí se usan e inciden efectivamente en la vida social como motores de obediencia.

Tres sentidos que adopta la OD entendida como “obligación jurídica”		
<p>“Tener que”, “Tener una obligación” “Estar sujeto al derecho”</p> <p>(Expresiones ligadas a la actitud de S₂ respecto de la regla impuesta)</p> <p>Estas expresiones aplican para los supuestos 3 y 4 (en los que se emplean medios lícitos)</p>	<p>“Sentirse obligado”</p> <p>(Esta expresión puede estar ligada al supuesto en el que S₂ adecúa su comportamiento a lo que S₁ espera, asume por sí mismo el carácter obligatorio de la regla que acepta y utiliza como pauta de conducta).</p>	<p>“Verse obligado a” (obediencia forzosa, situación del atraco)</p> <p>(Expresión ligada a la actitud de S₂ o de S₁, si llegará a ser sancionado)</p> <p>Esta expresión aplica para los supuestos 1 y 2 (en los que se emplean medios ilícitos)</p>
<p>S₂ <u>TIENE UNA OBLIGACIÓN</u></p>	<p>S₂ <u>SE SIENTE OBLIGADO</u></p>	<p>S₂ <u>se vio obligado a obedecer (contra su voluntad)</u></p>
<p>Dado que S₂ <u>reconoce</u> que “tiene una obligación”, se lo puede coaccionar en los casos de desobediencia (esto es, cuando S₂ no cumpla con el <i>comportamiento debido</i>), <i>imponiéndole</i> o <i>aplicándole</i> una <i>consecuencia jurídica</i> (sanción, castigo, pena, privación de premios, bienes, indemnización, etc.) a través de un aparato organizado de fuerza que se activa cuando S₁ le exige a S₂, por esta vía, que cumpla (o que sea sancionado por incumplir) la “prestación debida” (haga o no haga algo).</p>	<p>En este supuesto S₂ “auto-obedeció” la orden impartida sin necesidad de que se empleara algún medio que lo obligara a actuar de una manera u otra. S₂ se sintió obligado y, desde su perspectiva interna, aceptó la regla y acomodó su “modo de vida” conforme a lo prescrito.</p> <p>No hizo falta pues emplear algún tipo de constricción, coacción o estímulo externo para conseguir que obedeciera. Simple: “Aceptó” la orden y la utilizó como guía de su conducta.</p> <p>Vale aclarar que, según Hart (1992, p. 109) la expresión “sentimiento” debe leerse por fuera de su connotación psicológica, cosa que nos parece bastante complicada.</p>	<p>S₂ fue coaccionado físicamente a obedecer, aunque de forma ilícita (prohibida por el derecho). Por tanto, la acción de S₂ no es relevante para el derecho (por ausencia de conocimiento y voluntad) y se la califica como <i>necesaria</i> (no puede producir efectos jurídicos ni puede ser reprochada en términos de responsabilidad).</p> <p>La conducta de S₁ en estos casos, en cambio, sí es relevante para el derecho y podría ser sancionada, si se comprueba en un “<i>proceso judicial</i>” que los medios empleados en esta situación no fueron lícitos, en cuyo caso también se verá obligado a hacer algo en favor de S₂. (indemnizarlo, por ejemplo).</p>

Ahora bien, como evidenciamos en el recuadro de arriba, “sentirse obligado”⁴⁹ no es necesario para evidenciar que un sujeto “*tiene una obligación jurídica*” o que está “sometido a una obligación”. Sin embargo y parafraseando a Hart (1992, p.107), las reglas jurídicas primarias dan origen a obligaciones, siempre y cuando estén respaldadas por una “exigencia general en favor de la conformidad” y una presión social *seria* -es decir, “*se las cree necesarias para la preservación de la vida social*”⁵⁰ que puede llegar a convertirse en una “reacción crítica y hostil” en contra de aquellas y aquellos que se desvían de las reglas jurídicas o, incluso más, de la moral del grupo social. Si esto es así, entonces el sentimiento individual o colectivo que sustenta la “exigencia general de conformidad” y la “presión social seria (lo que se “cree necesario”) es decisivo a la hora de determinar si se tiene o no una obligación.

Por otra parte, sabemos que Hart denomina a las reglas jurídicas primarias como reglas de obligación o de deber. Por supuesto hay varias consecuencias que se siguen de esta similitud pero Hart evidentemente no se hizo cargo de todas ellas: la más importante de momento es que nuestras consideraciones sobre el concepto de obligación jurídica están vinculadas a algún aspecto de las reglas jurídicas primarias. Por ahora nos parece suficiente con hacer notar que, para Hart, la explicación de la idea de “obligación jurídica” es lógicamente diferente de la idea de “amenaza” o “sanción” que el derecho emplea como *refuerzo* para que las reglas jurídicas primarias sean obedecidas. Si esto es así, la explicación que nos ofrece de este concepto debería tomar una distancia de concepciones realistas e

⁴⁹ En un texto de Hart (1977) traducido como “*Obligación jurídica y obligación moral*”, relativamente cercano a la publicación original de “*El concepto de derecho*”, nuestro autor nos ofrece algunas ideas que complementan lo dicho hasta aquí. Vamos a intentar resumirlas brevemente: **a.** No hay que confundir el concepto de “obligación jurídica” con la llamada “obligación moral de obedecer el derecho” u otros “deberes morales” o “deberes de justicia” [no infligir más daño del necesario; no torturar a un niño; no matar, etc.] cuyos contenidos se pueden expresar también en reglas jurídicas primarias, aunque se encuentran una escala distinta en relación con las auténticas obligaciones jurídicas; **b.** Las obligaciones jurídicas son artificios humanos y están sujetas a la contingencia y transformación propias de los asuntos humanos; esto significa, entre otras, que calificar una conducta como “obligada” jurídicamente depende de decisiones humanas que pueden cambiarla, modificarla, extinguirla, etc. y que varía, “junto con un grupo de instituciones asociadas a esta, de sociedad a sociedad”. **c.** Estas operaciones con el derecho son efectivas porque presuponen la “creencia en los poderes mágicos de las palabras para producir cambios en un mundo suprasensible de derechos y deberes jurídicos”. Dicho de otra manera, las palabras son usadas o empleadas para crear obligaciones jurídicas. Si esto es así, hay una relación entre los conceptos de reglas jurídicas y actos de habla; **d.** Finalmente, tampoco podemos relegar la importancia del “elemento coercitivo” de la obligación jurídica que la aleja, en principio, de la llamada “adhesión a la moral aceptada de un grupo social”.

⁵⁰ Las reglas sociales jurídicas son consideradas serias porque, según Hart (p.107), “se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor”.

imperativistas que destacan la *fuerza* como un componente necesario pero no suficiente del sistema jurídico.

Recapitulemos: se dice que alguien “tiene una obligación jurídica” porque se le exige hacer (acción) o no hacer algo (omisión) y que esto implica, como es obvio, la existencia de una regla primaria en sentido objetivo. Una regla social, ya lo sabemos, supone que hay “pautas o guías de comportamiento” que generan en los destinatarios una predisposición reflexiva y racional que se decanta en favor de la obediencia de las reglas, según Hart (1982, p. 94). En otras palabras, decir “guía” para quien “tiene una obligación” supone un ejercicio *reflexivo y consciente* en el que este destinatario toma como “punto de referencia” una obligación y la obedece simplemente por su carácter obligatorio o vinculante. En otras palabras, *reconoce* la obligación y pretende que ella le proporcione “razones para actuar” de conformidad con esta. Si esto es así, es *como si* el destinatario tuviera que extraerle a la regla primaria, la intención, los deseos o las “razones” -si las hay- de aquel que la creó y que todo esto funcione como parte de las razones para la realización u omisión de una conducta.

La cuestión que Hart nos plantea aquí, para decirlo dudosamente, es que podemos estar *sujetos* a una obligación jurídica, incluso “sujetos al derecho” como se suele decir, sin que exista una amenaza o sanción jurídica de por medio; únicamente “razones dotadas de autoridad” o “razones perentorias” que excluyen, igual que si se tratase de “mandatos” de un soberano, cualquier tipo de deliberación o cuestionamiento del destinatario que ponga en entredicho la *validez* -entendida como obligatoriedad o vinculatoriedad- de la regla social en cuestión.

De acuerdo con lo anterior, “tener una obligación” supone que el beneficiario de la regla la convierta en una de las “razones para hacer (o no) el acto en cuestión”, que *accepte* esa regla como guía de acción sin cuestionarla; luego la razón para actuar de cualquier regla social, pero más específicamente de las primarias, se expresa en la “adhesión espontánea e incondicional al derecho”, la cual fugazmente nos la podríamos representar en algunas distopías literarias y cinematográficas en las que vemos cuerpos tristemente advenedizos, conformistas, disciplinados; cuerpos a los que les confiscaron completamente sus

aspiraciones, deseos y potencias en favor una imagen soberana que reproduce en la relación mando-obediencia el único modo de vivir posible con el derecho.⁵¹

1.4.3.1 Obligación jurídica y “lazo”

Una lectura distinta del concepto de “obligación jurídica” nos invita a examinar un cierto parentesco entre “tener una obligación” y la idea general “obligación”, entendida corrientemente como “lazo” o “ligazón”. Este es, quizás, otro de los sentidos que adquiere la palabra “obediencia” en la teoría jurídica hartiana.

Pues bien, es difícil situar el *origen* de la noción de “obligación” (Schiavoni, 2009), pese a que su significado sigue siendo muy debatido entre los historiadores jurídicos, llegando a relacionarse con verbos como “sujetar”, “ligar”, “anudar”, “amarrar”, “atar” u otros que nos ayudan a representarnos lo que significa “*tener una obligación*” (en este caso equivalente a “*quedar obligado*”), pese a que esas expresiones sustantivadas de aquellos verbos están mezcladas con “actos y situaciones de habla” en las que los sujetos haciendo ciertas cosas (gestos, palabras, etc.), en las circunstancias apropiadas para ello, pueden excitar el *vínculo jurídico* que ata a los implicados y que hace que se presenten, ineludiblemente, unas ciertas “consecuencias” o “efectos”; por supuesto, también emergen “deberes jurídicos” de los que los que estos no podrán sustraerse.

Todas estas formas de “ligazón”⁵² obligatorio nos sirven también para hacernos una idea de lo limitado que es decir “obedecer el derecho”, especialmente cuando lo comparamos con

⁵¹ Hay creencias y representaciones sociales fuertemente arraigadas que confirman la vigencia de esta imagen del pensamiento soberano: por ejemplo, cuando notamos a colectividades humanas reclamar por los vacíos inauditos de regulación que existen en sus vidas; o estudiantes de derecho, e incluso abogados, que exigen horrorizados porque no son colmados todos sus vacíos y lagunas normativas y, por ende, “no saben derecho”. Sin duda, estamos ante verdaderas manifestaciones de esa marcha sufriente que lleva a hombres y mujeres, envueltos en una especie de paranoia, terminan por afirmar que “el derecho está en todas partes” (¿acaso es deseable o conveniente que así sea?).

⁵² Hart (1992, p. 109) amplía esta imagen o metáfora de las “obligaciones jurídicas” como “ligazón” o “lazo”, incluso mostrándonos los extremos del lazo en cuestión: “(...) La imagen de una ligazón que ata a la persona obliga (...) En esta imagen que persigue a buena parte del pensamiento jurídico, la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren. El otro extremo de la cadena está a veces en manos del grupo o de sus representantes oficiales, que reclaman el cumplimiento o aplican la pena; a veces es confiado por el grupo a un particular, que puede optar entre exigir o no el cumplimiento, o su valor equivalente”.

la situación social en la que unos sujetos “*quedan obligados*”; o mejor, cuando nos representamos, igual que lo hacía Hart, instancias o emplazamientos jurídicos en los que hay, por virtud de ciertos “actos de habla”, una o varias *relaciones jurídicas* (convenciones, promesas pactos o contratos, por ejemplo⁵³) de la que deriva de forma *necesaria* un sinnúmero de obligaciones (son fuente de obligaciones) que producen transformaciones considerables en aquellos cuerpos conectados por el susodicho lazo.

1.4.3.2 Obligación jurídica y obligación moral de obediencia del derecho

Finalmente, destaquemos una similitud entre la expresión “*tener una obligación jurídica*” y una especie de obligación moral generalizada de OD que no estaría reforzada con sanciones o constricciones físicas de algún tipo, pero que existe de algún modo. Al compararlas, veremos por qué Hart está en desacuerdo con la concepción kelseniana sobre “deber u obligación de obediencia”.⁵⁴

Hans Kelsen (1992, p.185), por ejemplo, sostiene que el fundamento de cualquier sistema jurídico no lo hallamos en prácticas sociales complejas reconocidas por unos determinados sujetos, sino en algunos presupuestos lógicos o ficciones útiles que toman algunas cosas como existentes sin serlo; una especie de recurso epistémico e intelectual del cual se sirven los teóricos para alcanzar uno de los propósitos de cualquier sistema de pensamiento: que las

⁵³ Cuando Hart (1992, p. 54) analiza el funcionamiento de las *promesas* que frecuentemente hacemos, aunque echando mano de ciertas formas jurídicas, nos conduce a un interesante ejemplo, que tal vez ayude a esclarecer las implicaciones que hemos venido desarrollando alrededor de la idea de *obligación jurídica* como modelo para entender el derecho. Veamos: “Prometer es decir algo que crea una obligación para el promitente: para que las palabras tengan este tipo de efecto, tienen que existir reglas que establezcan que si se usan palabras por 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. Así, cuando prometemos, nos valemos de procedimientos especificados para cambiar nuestra propia situación moral, imponiéndonos obligaciones y confiriendo derechos a los demás; en la jerga de los juristas, ejercemos “una potestad” conferida por reglas que nos facultan a hacer esto. Sería ciertamente posible, pero no útil, distinguir dos personas “dentro” del promitente: una que actúa como creadora de obligaciones y otra como persona obligada, y concebir que una ordena a la otra a hacer algo”.

⁵⁴ Creo que es conveniente aclarar que las alusiones que hacemos a Kelsen en este apartado no están sustentadas en un estudio exhaustivo de la obra y el pensamiento de este autor. Quizás corresponden a la perspectiva trabajada por Hart de la postura de Kelsen. ¿Qué significa esto? Que las críticas que se reproducen al concepto de “obligación moral del derecho” hacen parte de la lectura hartiana de un concepto que nuestro autor atribuye a Kelsen, incluso a pesar de él mismo. Imaginemos a un hipotético Kelsen aduciendo que él nunca defendió una “obligación moral de obediencia” y que eso no encaja dentro de su concepción de “ordenamiento jurídico”. Sin embargo, no haremos caso a ese objetor aquí, porque nos interesa seguir el pensamiento de Hart sobre la OD.

piezas conceptuales encajen. Pese a la anterior exigencia de pureza, el autor sostendrá que la “obligación moral de obedecer el derecho” es una de esas piezas, tímidamente tratada como una hipótesis necesaria para el esclarecimiento de ideas fundamentales como la “validez”.⁵⁵

La célebre formulación de Kelsen según la cual la *eficacia es presupuesto de validez* parece admitir, en principio, que existe una mayoría de sujetos que reconocen un deber de obediencia y, por ende, *tienden* a obedecer las reglas jurídicas primarias. En tal sentido, el término eficacia remite a una “*creencia generalizada de que existe tal deber*”. Sin embargo, vale aclarar que tanto la “validez” como la eficacia en el sentido de “deber de obediencia” son *presupuestas* en la llamada “*norma fundamental*” y están condicionados a ella.⁵⁶

Dado que no hay forma de decir que la “obligación moral de obediencia al derecho” se refiere a una norma jurídica o regla primaria en particular, suponemos que esta comprende todas las conductas fijadas como obligatorias por un determinado sistema jurídico. Además, por tratarse de una obligación presupuesta no apareja una sanción específica en caso de incumplimiento.

Por otra parte, puede argumentarse que la “obligación *moral* de obedecer el derecho” es evidente en el campo del “deber ser” del derecho, bien como juicio moral y crítico que se le hace a aquel o aquella que no obedeció, o bien como una exhortación, sugerencia, consejo o pedido encaminado a interrogar nuestras acciones individualmente consideradas; incluso más, como un concepto normativo que invita a considerar la idea de que las normas válidas *deben ser* obedecidas y acatadas. Para Hart, esta hipótesis kelseniana de la OD le resta mucha complejidad al fenómeno en cuestión, ya que eclipsa completamente la actitud interna de los destinatarios que usan las reglas como “guía” y la abrevia en una suerte de

⁵⁵ Ahora bien, postular un concepto normativo de validez (atado al “deber de obediencia”) en una teoría descriptiva del derecho positivo, supone asumir una definición inauténticamente positivista del derecho, ya que se renuncia a la posibilidad de caracterizarlo atendiendo únicamente a propiedades meramente descriptivas. Este aspecto de su teoría jurídica queda en evidencia cuando Kelsen (trad. 1995, 209) se interroga acerca de la *validez* de la primera Constitución, ya que nos toca remontarnos hasta la Constitución más antigua (algo así como la primera manifestación del derecho positivo, el primer pacto o contrato social, etc.) y, en últimas, *presuponer* la validez de esta norma fundamental (también denominada: norma hipotética presupuesta, supuesto básico, condición lógico trascendental, etc.). Si esto es así, todos los órdenes jurídicos sucesivos son válidos también.

⁵⁶ La conocida definición kelseniana de “validez” da claridad sobre este punto: una norma es *válida* cuando ha sido creada en virtud de una norma más alta o superior que le otorga “competencia” a aquel que la dictó. En la cúspide de esta cadena finita de competencia no hay humanos o un soberano, sino una norma fundamental que no es válida, sino validante, una condición hipotética fundamental que hace posible formular juicios de validez sobre las normas jurídicas inferiores.

axioma “epistémico” que no está muy alejado de “hacer aquello que la autoridad dicta regularmente”, aunque bajo la forma de *razones dotadas de autoridad*. Así las cosas, la idea de “tener una obligación” de Hart no es similar o equivalente al “deber moral de obediencia” kelseniano.

Lo que sí nos resulta claro, por lo menos de momento, es que es preciso interrogar el concepto de obligación jurídica desde el “punto de vista” para quizás dar luz sobre lo que significa “obedecer el derecho” en el pensamiento hartiano. Eso será lo que haremos, entre otras, en el siguiente acápite.

1.4.4 Puntos de vista externo e interno y su relación con la OD

Con Hart (1997, 242) es preciso diferenciar, por un lado, el *aspecto* interno y externo de las reglas y, por otro, el *punto de vista* interno y externo del derecho. Del aspecto interno ya nos hemos ocupado en un acápite anterior y quizás más adelante lo retomaremos. Ahora abordaremos la diferencia entre los llamados “puntos de vista”. Pero antes de ocuparnos de cada uno de ellos, resulta pertinente que realicemos algunas precisiones que atañen a los puntos de vista.

Acerca de la “naturaleza de estos puntos de vista” compartimos las aclaraciones promovidas por Ost & Kerchove (2001, p. 5) quienes nos ofrecen algunos criterios a partir de los cuales se puede diferenciar lo interno de lo externo. Veamos:

A) “La posición de la persona que emite el juicio y que participa de un punto de vista”. Según esto se podrá diferenciar el *participante* del *observador externo*. Al respecto, es frecuente el empleo de la metáfora del juego de ajedrez por parte de los teóricos del derecho; el participante es el jugador y el observador externo es el que examina los movimientos de los jugadores mientras participan de la partida;

B) Se refiere a la “naturaleza del juicio emitido”, a partir de ello puede hablarse de un “juicio de realidad”, que corresponde a una *actitud de conocimiento*; o de un “juicio de valor”, que expresa una *actitud práctica*.

C) El tercer criterio de diferenciación dependería de la posición adoptada con respecto a lo que podría llamarse “internalidad jurídica”: el núcleo del discurso y de la racionalidad jurídicos, el conjunto de prácticas discursivas que refleja valores, en el plano axiológico; y racionalizaciones “semi-científicas”, en el plano teórico. Si nos adherimos a esa internalidad, el punto de vista que se adopte será interno; si la deseamos, se podrá afirmar que la posición es externa”.

Por otra parte, siguiendo a Ferrajoli (1995, p. 345 y ss.), podríamos hablar de punto de vista externo -desde el posicionamiento del observador externo- en dos sentidos:

A) “Socio-jurídico”: Se ocupa de explicar, por una parte, la *génesis* de una o varias reglas, una institución, un texto normativo o incluso el sistema jurídico en su totalidad; y, por otra, informa de las *funciones/disfunciones* o los *efectos/consecuencias* deseables o indeseables que las reglas, instituciones, textos o el sistema producen en la vida social.

B) “Axiológico-político”: Consiste en valoraciones de carácter moral, social, religioso o político, mediante las cuales se evalúa la conveniencia o inconveniencia, la justicia o injusticia, la bondad o maldad de las reglas, instituciones, textos o el sistema, parcial o totalmente. Por su parte, el punto de vista externo -desde el posicionamiento del participante- corresponde al de aquel que, dentro de un ámbito, contexto, instancia, emplazamiento o situación calificada como jurídica, *usa, interpreta, aplica, decide* a partir de reglas que estima vigentes y válidas. Aún en el punto de vista interno podrían distinguirse niveles: jurídico-constitucional, jurídico-legal, jurídico-jurisprudencial, jurídico-reglamentario.

Relacionemos esto con nuestro problema de investigación. En efecto, la distinción entre los puntos de vista es, en principio, conveniente y clarificadora en la medida en que nos permite distinguir tipos de problemas, sean estos teóricos y prácticos. Para lo que nos importa, esto es, la cuestión de la regla primaria-mandato⁵⁷ y de la obediencia, podemos diseccionarla mediante preguntas siguiendo el esquema de Ferrajoli:

⁵⁷ Como se verá en la segunda parte de este trabajo, consideramos, por nuestra parte, que el entendimiento de Hart de las reglas primarias tiene las mismas características de un *mandato* en la concepción de los imperativistas. Aún más, que el carácter vinculante de las reglas secundarias en las sociedades complejas no es dissociable de los

Desde el punto de vista externo:

1° Socio-jurídico: *a) Génesis*: ¿Cuáles son las condiciones que han originado un mandato? ¿Qué es aquello que determina a los individuos o colectivos a obedecer?; *b) Funcional*: ¿Qué funciones realiza el mandato en la vida social? ¿Fracasa o tiene éxito? ¿Los destinatarios de los mandatos los acatan o no? ¿Los comprenden y determinan sus cursos de acción o proyectos conforma a ellos?;

2° Axiológico-político: ¿Es justo o injusto un mandato? ¿Es valioso obedecer la regla? ¿Debo obedecer o desobedecer a la luz de mis principios morales, religiosos, sociales; o a la luz de criterios prudenciales?;

O desde el punto de vista interno (jurídico):

1° ¿Es válida una regla primaria que me manda obedecerla? ¿Esa regla primaria-mandato contiene una obligación jurídica que se “tiene” que obedecer? (en los términos de Hart esta pregunta interroga el *aspecto externo* de la regla).

2° ¿Esa regla-mandato es la pauta y guía de mi conducta y, por consiguiente, la uso como razón de mi actuación? (según Hart, esta pregunta interrogaría *aspecto interno* de la regla).

Creo que nos convendría una breve recapitulación. Hart considera que la clave de la jurisprudencia e, incluso, de la política jurídica, consiste en la complementación de reglas primarias de deber u obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación. De esta forma nuestro autor crítica, de un lado, a las teorías jurídicas precedentes (imperativistas) en tanto no se ocuparon o fueron indiferentes al *aspecto interno de las reglas* y, por otro, las llamadas “teorías predictivistas” que subordinarían la reflexión jurídica al punto de vista externo o socio-jurídico funcional, en los términos explicados desde Ferrajoli, pero también a los *iusnaturalistas* que subordinarían el punto de vista interno y el punto de vista externo axiológico-político.

Para nosotros, la distinción analítica y teórica de los problemas llevada a cabo por Hart y Ferrajoli es clara en términos conceptuales: ofrece cierta capacidad descriptiva y explicativa

“refuerzos” (el termino es de Hart) que imponen obligaciones incondicionales a los funcionarios y que, por ende, tales “refuerzos” no son sino otra manera de decir *mandatos*.

de las prácticas jurídicas y nos permite dar cuenta de algunos funcionamientos de los ordenamientos jurídicos propios de las sociedades contemporáneas. En tal sentido, no predicamos de ninguna manera descartarlas sin más. Nuestro esfuerzo ha consistido en prevalernos de los conceptos de Hart, con el mayor celo que nos sea posible, para poner a prueba la idoneidad de sus conceptos y su potencia descriptiva y explicativa en relación con los fenómenos o situaciones que reputamos jurídicas.

Por lo pronto procederemos así: sin desconocer que pueden presentarse entrecruzamientos entre ellos, en lo que sigue adoptaremos el *criterio* a partir del cual se diferencia el participante del observador externo. En primer lugar, abordaremos el punto de vista externo en relación con el concepto de *eficacia*. En un segundo apartado nos ocuparemos del punto de vista interno y lo asociaremos a las *razones prácticas*, ya sean éstas prudenciales o dotadas de autoridad (es claro que sólo nos contraemos a esas, dando por descontado que existen otras “*racionalidades*” que no desarrollaremos en esta investigación). Al final de este apartado articularemos una serie de críticas que comprometen no sólo la conceptualización hartiana de los puntos de vista y del *aspecto interno*, sino que afectan los otros conceptos que hemos venido desarrollando.

1.4.4.1 Punto de vista externo y eficacia del derecho

Para Hart, fuera de toda duda, la diferencia de los puntos de vista es “crucial” para comprender el derecho y la “estructura de la vida social”. En toda sociedad donde existan reglas podríamos diferenciar, entre los que las describen como un objeto exterior a ellos y quienes “participan” de ellas, esto es, las “usan” y “aceptan” como “guías”, “pautas” o “señales” (Hart, 1992, p.112) de la manera como deben o están obligados a comportarse.

Ahora bien, el “observador externo” bien podría ser “extremo” o “moderado” (este último término lo acuñamos nosotros). De forma concisa, trataremos de identificar -siguiendo a Hart- estos dos *personajes*, no sin antes advertir, con estupor, que para el autor: “La vida de cualquier sociedad” que se rija por reglas *de cualquier tipo*, “probablemente” descansa en la “tensión” que se presenta entre los “extremos” y los “moderados” (p. 113).

a) ***El observador externo “extremo”***. Es aquel que “registra” la regularidad de las conductas teniendo en cuenta sólo el *aspecto externo* de las reglas, y la mayor o menor probabilidad de “reacciones hostiles”, “reprobaciones” o “castigos”. Cuando este observador incrementa los datos que le suministra su objeto, esto es, conductas desviadas y reacciones hostiles, las “correlaciona”, calcula “probabilidades” y predice lo que sucederá cuando quiera que aparezca una nueva situación. De acuerdo con esto, este observador “extremo” sólo es capaz de “ver” “signos” como si fueran “naturales”, tal y como lo hace alguien que, viendo el cielo nublado, dice que va a llover. Las expresiones que usará serán del siguiente tenor: “me vi obligado”, “es probable que me sancionen si...”, “Probablemente Usted será penado si...”. Insistimos, otra vez con estupor, que para Hart cualquier sociedad con reglas se divide entre los “extremos”, que no sólo llevan a cabo las operaciones que acabamos de señalar, sino que ***rechazan*** las reglas y las ***consideran sólo*** en su *aspecto* externo como condición de un probable castigo. De aquí que para el “extremo”, la “violación” – desobediencia- es una ***predicción*** de la reacción hostil (p. 112).

b) ***El observador externo “moderado”***: Este personaje observa no sólo el *aspecto* externo de las conductas y reglas, sino también el *aspecto* interno, es decir, describe la “manera en que [los participantes] ven las reglas.⁵⁸ En otras palabras, el observador “ve” como “ven” los participantes (no cabe preguntarnos aquí ¿cómo es que lo hace?). Bueno, y ¿Cómo “ven” los participantes? Hart dice que “contemplan su conducta regular” ***aceptando*** las reglas.⁵⁹ Por consiguiente, la observación-descripción del “moderado” incluye el aspecto interno de la regla, de la que emergen las nociones de obligación y de deber que dependen de ella. Observa “señales” (antes que “signos” naturales, “señales” ¿artificiales?) que dan lugar a expresiones como “tener obligación” o “Usted tiene obligación”. Aquí prosigue nuestro estupor: el observado que “ve” o “contempla” los dos aspectos, no puede menos que decir que la vida basada en reglas “funciona” “normalmente” para la *mayoría* de la sociedad (p. 112). Ahora bien, ¿Quiénes constituyen esas mayorías?

⁵⁸ Dice al respecto Gilles Deleuze (2012, pp. 83-84): “(...) Por eso todo discurso es *indirecto*, y la traslación propia del lenguaje es el discurso indirecto (...) El lenguaje no se contenta con ir de un primero a un segundo, de alguien que ha visto a alguien que no ha visto, sino que va necesariamente de un segundo a un tercero, ninguno de los cuales ha visto”.

⁵⁹ Tampoco cabe preguntarnos aquí ¿Cómo Hart “ve” que el observador “ve” lo que “ven” los participantes están “aceptando”?

Hart es enfático en este sentido: los “funcionarios”, los “abogados” y los “particulares” que “usan, situación tras situación” las reglas como “guías” para conducir la vida social, como *fundamento* para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas y castigos, esto es, “todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas” (p. 113). Así las cosas, estas mayorías son las que “*aceptan*” y “*cooperan*” en el “mantenimiento” de la vida social. De aquí que para el moderado “violar” una regla -desobedecerla- es una “*razón*” de la reacción hostil.

El recuento que acabamos de hacer, con sus respectivas consideraciones, nos ha permitido detectar dos tipos de observador externo que, para Hart, son “claves” para explicar la *tensión* que se produce en la vida social: Por un lado, tenemos los “extremos” que, en sus descripciones, solo observan el *aspecto* externo de las reglas y, a partir de ellas, hacen “predicciones” en las que “correlacionan” la desobediencia con una reacción hostil. Son pues los que “rechazan” las reglas.

Por el otro lado, las mayorías (funcionarios, abogados o particulares) que, además de “usar” también “aceptan” las reglas (*aspecto* interno) para conducir su vida; para estos, una desobediencia es la *razón o fundamento* de la reacción hostil. Aunque Hart no niega aquí el entrecruzamiento entre los dos puntos de vista (externo e interno) ni entre los dos tipos de observadores externos, podríamos considerar, sin contrariar a Hart a nuestro parecer, dos polos ideales, inverosímiles, contrafactuales, pero sobre todo útiles para nuestro cometido investigativo.

Tales polos pueden concebirse con sus oscilaciones pendulares y permitirían, en nuestras palabras, hacer gradaciones de la relación mando-obediencia:

- a) En el primer polo estarían asociados quienes sólo ven en las reglas el aspecto externo, predicen reacciones hostiles a partir de la desobediencia y, por ende, las rechazan: los llamaremos miembros de la “sociedad de los hombres lobo” (otra vez, observadores externos extremos de Hart);
- b) En el otro polo estarían los que orientan sus acciones, usan, cumplen y cooperan con las guías o pautas que ofrecen. ¿Por qué lo hacen? Porque encuentran en ellas la razón

o fundamento que enlaza la desobediencia a la reacción hostil. Estos serían los miembros de una “sociedad angelical”.

Aceptación y rechazo; predecir y justificar; cooperar y calcular de manera egoísta; la desobediencia como “causa” y la desobediencia como “fundamento”; estos y otros pares son todas implicaciones que se desprenden de los polos ideales que creemos extraer de las consideraciones de Hart.

Esta polaridad que no dudamos en adscribir a Hart, se soporta, entre otras, en la crítica del autor a las “versiones predictivas del derecho” o ciertas manifestaciones del “realismo jurídico”. Por otra parte, Hart se vale de ella para criticar además, la subordinación iusnaturalista del punto de vista interno (validez) a la moral (justicia). Al respecto remitimos a las consideraciones que hemos hecho precedentemente (Cfr. 1.4.3.2).

En todo caso, consideramos que estas “cuestiones” son una manifestación de un problema mayor que compromete las relaciones conceptuales entre el derecho y la sociedad. Por lo anterior, creemos que estos problemas deberían ser encarados, acaso, con un enfoque interdisciplinario y crítico, a partir de la contribución concurrente de diversas perspectivas teóricas y disciplinarias (con sus respectivos conceptos). Por supuesto, el punto de vista externo no se refiere únicamente a exploraciones académicas (sociológicas, económicas o psicológicas), sino también a muchísimas otras prácticas jurídicas en los más diversos ámbitos; aparte de lo anterior, en muchas situaciones jurídicas no es posible establecer una frontera nítida que separe al observador externo del participante ni sus respectivos juicios (de realidad o de valor).

Algunos autores sostienen que los estudios realizados desde el punto de vista externo pueden detectar “una *tendencia, frecuencia y proclividad*” de los sujetos a obedecer o desobedecer las reglas primarias. Nuevamente, ello dependerá de los contextos y de las reglas específicas que constituyan el objeto de estudio. En todo caso, tales tentativas

investigativas no son confiables cuando se orientan a explorar “el uso generalizado del derecho estatal” o la “obediencia al sistema jurídico”.⁶⁰

En nuestro entender, los puntos de vista externos, “extremo” y “moderado”, con los consabidos pares que ya hemos mencionado, comprometen un importante debate teórico y práctico alrededor del concepto de eficacia. Para ilustrarlo brevemente necesitamos detenernos en algunas consideraciones acerca del mismo, para luego remitirlas a los polos ideales que hemos identificado en Hart.

Injustamente muchos teóricos del derecho a menudo han considerado que el concepto de eficacia en puridad sería apenas concepto *socio-jurídico* externo que nada nos dice de ese presunto “objeto puro” que llamamos derecho. Ese tratamiento teórico a veces se traduce en prácticas jurídicas cotidianas muy próximas a aquellas que los realistas han denostado como “formalistas”. Para esos sectores, la expresión “socio-jurídico” está marcada con una carga peyorativa que yerra acerca del auténtico objeto de estudio del derecho. Ese no es nuestro caso y, creemos que en gran parte, también es el de Hart. Para nosotros ese es un concepto fundamental de la teoría y de la sociología del derecho que examinado con atención ofrece mayor capacidad descriptiva y explicativa de las prácticas jurídicas en el mundo al que asistimos.

Es corriente sostener que una regla primaria es *eficaz* cuando es obedecida e *ineficaz* cuando es desobedecida. En este sentido habitual a menudo se utilizan como sinónimos los siguientes pares: cumplir/incumplir; acatar/desacatar; conformidad/inconformidad, entre otros. Ahora bien, la eficacia/ineficacia se predica de una regla primaria o de un conjunto de ellas, de una institución o de un sector o totalidad del sistema jurídico. Cuando se dice que una regla jurídica es eficaz, algunos sostienen que esa es una indicación de la *efectividad* del poder político; es decir que el hecho de que las normas se cumplan (que en lo sucesivo llamaremos “eficacia de cumplimiento”) y que sus desviaciones sean sancionadas (en adelante “eficacia de sanción”), sirve para comprobar que se obedece lo que un poder

⁶⁰ Nadie tiene los raseros para medir la legitimidad de las autoridades, el sistema jurídico o siquiera un bloque de reglas jurídicas. Cuando determinadas “consultorías”, por ejemplo, presentan en los medios de información estadísticas sobre el “grado de *aceptación* del ejército, la iglesia, el congreso o la fiscalía” no hacen sino adoptar una pose científica para promover determinados deseos o intereses.

político o autoridad normativa manda (de aquí se desprende uno de los sentidos del término “legitimidad” que se confundiría con efectividad) . Sin embargo, también se suele acoger que la eficacia de las normas no es una prueba incontrovertible de la legitimidad del poder político o de sus autoridades, pues, sin que se reconozca como legítimo a un poder político, las normas derivadas de él supuestamente pueden ser acatadas sólo por el temor frente a la amenaza de sanción o sólo en la medida en que el uso constante de la fuerza por parte del Estado sanciona su recurrente desobediencia.⁶¹

Adicionalmente, no debería perderse vista el hecho de que los elevados niveles de ineficacia de un sistema jurídico, hacen que él mismo pierda su “razón de ser” en tanto instrumento regulador de relaciones entre las personas y en las de estas con sus gobiernos; en otras palabras, el incumplimiento generalizado y recurrente de las disposiciones jurídicas, convierte en absurdos los juicios de validez sobre estas.⁶² Finalmente, también debe recordarse que un alto grado de eficacia producido por el exclusivo ejercicio o temor al ejercicio del poder coactivo, hace que pierda sentido el derecho como medio de relación o resolución de conflictos distinto de la llamada “ley del más fuerte”.

Así que tenemos que distinguir entre diferentes sentidos del concepto “eficacia”:

a). Eficacia de cumplimiento: relacionada con la conformidad, obediencia o aceptación por parte de los destinatarios de las normas jurídicas creadas.

b). Eficacia instrumental, que consiste en que, dado un fin u objetivo elegido por un poder público o privado, son seleccionados algunos medios conducentes a aquel, de tal manera que si el objetivo se consigue la directriz es efectiva y si no se consigue es inefectiva.

⁶¹ Una aclaración importante al respecto de lo que acabamos de decir. Como se advirtió, estamos reproduciendo una concepción estándar de eficacia (efectividad) a la que vinculamos con la llamada legitimidad. Por supuesto, estas concepciones están a su vez vinculadas a una concepción de “poder político” que no compartimos y que reduce este a un ejercicio de sometimiento o dominación que realizan verticalmente los gobernantes o autoridades (los que tienen o poseen el poder político) en contra de los gobernados (los que no lo tienen).

⁶² Por ello, hasta el propio Kelsen consideró que en últimas la eficacia es un presupuesto de la validez no sólo de cada norma en particular sino de todo el ordenamiento jurídico. Esto en el entendido de que Kelsen se refería fundamentalmente a la eficacia de sanción porque daba cuenta del carácter, a su parecer, más sobresaliente del derecho: la disposición y ejercicio de la fuerza física.

c). Eficacia de sanción, en virtud de la cual en caso de transgresión de una disposición jurídica los órganos primarios de adjudicación no solo la “determinan” sino que imponen una sanción en cuyo caso se hablará de que la sanción fue eficaz.

d). Eficacia simbólica: La regla jurídica es entendida como un relato simbólico (García, 1993) -o un conjunto de *señales* según Hart- capaz de imbuir *representaciones* y experiencias específicas en los receptores de las reglas. De modo que las reglas serían eficaces *simbólicamente* en la medida en sean *comprendidos y aceptados espontáneamente* por los destinatarios, independientemente de que estos se identifiquen o no con los objetivos declarados de las reglas en cuestión.

e). Eficacia como eficiencia. Aquí se hace un cálculo o balance entre costos y beneficios, ventajas o desventajas de una disposición jurídica, un grupo de ellas o una institución determinada.

f). Eficacia causal: en esta se sostendrá que la disposición o norma jurídica es eficaz si produce “efectos jurídicos”.

g). Eficacia imperativa: Este uso de término se asocia al *vigor o fuerza vinculante* de una disposición jurídica o un conjunto de ellas.

Con estas aclaraciones, volvamos finalmente a los dos polos ideales que hemos encontrado como implicaciones de la reflexión hartiana sobre los puntos de vista. Para describir y explicar el punto de vista de un licantrópico, tendríamos que considerar el concepto de eficacia de un modo diferente al que procedería si examináramos el punto de vista de un angelical. Mientras que para examinar el primero, podríamos descomponer la eficacia en: eficacia de cumplimiento, causal y de sanción; para el segundo, aparte de la eficacia de cumplimiento y la de sanción, tendría que considerarse la eficacia instrumental, la eficacia como eficiencia, la eficacia simbólica; en fin, todos los sentidos del término “eficacia” que hemos identificado.

Vamos ahora a someter a examen al observador externo moderado que comprende el aspecto externo e interno de los usos de las reglas que hacen los participantes; o mejor,

deslicémonos progresivamente en el punto de vista interno con su característico aspecto interno.

1.4.4.2 El punto de vista interno o de la obediencia “incrementada”

Comenzaremos esta reflexión retomando a Hart (1992, p.130):

“(…) se puede decir que una persona que hace un enunciado interno [“Tengo una obligación”] referente a la validez de una regla particular de un sistema *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo *de que el sistema es generalmente eficaz*. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en *tal contexto de eficacia general*”.

En los términos de Hart, hemos dicho que el participante es aquel que no sólo usa⁶³ la regla en su aspecto externo dando lugar a la existencia de una “deber” sino que, mediante ese uso da cuenta del aspecto interno, es decir, lo asume como una “obligación” jurídica⁶⁴. Ahora bien, el “enunciado interno” lo que dice es que “tener la obligación” es “aceptarla”; en otras palabras, puedo decir que exteriormente se “tiene” un deber y que este sólo

⁶³ Esta idea simple (la de los usos) y hasta obvia, aunque lamentablemente extraviada en ciertos edificios teóricos, nos recuerda que el derecho es un arte-facto histórico, social y cultural que, al igual que otros artefactos o instrumentos que modelan la realidad, puede ser usado o se puede disponer de él de muchas maneras, aunque estos ejercicios están mediados siempre por relaciones de poder. Luego, cuando interrogamos los “usos sociales del derecho” -otra manera de referirnos al aspecto interno de las reglas jurídicas- partimos del presupuesto de que ese útil social es puesto en movimiento por cuerpos individuales y sociales en situaciones concretas. El problema por ahora es que, desde el punto de vista interno, poco o nada hemos dicho en esta investigación sobre el énfasis en el término “uso” incorporado exitosamente la definición misma de reglas sociales de Hart y esta es, sin lugar a duda, una de las líneas abiertas de esta investigación (las relaciones entre los conceptos de validez y la eficacia).

Vale mencionar además que este fenómeno del “uso” y “desuso” del derecho debería llevarnos a reformular el lugar que le damos a la eficacia en las teorías jurídicas prevalecientes. ¿Por qué? Porque como ocurre con las normas que permanecen sin eficacia durante mucho tiempo (¿“normas olvidadas”?) o que tienen niveles mínimos de obediencia que se prolongan en el tiempo, pierden su validez -dejan de pertenecer al sistema jurídico-, por más que se ajusten al “deber ser” prescrito en las normas superiores a ellas. Esto es lo que propio Kelsen (1960, p. 25, 224) denominó *desuetudo* o *costumbre negativa*. Lo interesante de este concepto es que, como pocas veces se advierte en las teorías del derecho, se privilegian las prácticas jurídicas, los usos sociales del derecho y la eficacia (de cumplimiento), al punto que esta se convierte en condición para que las reglas jurídicas mantengan su validez (y existencia) dentro de un sistema jurídico dado.

Por supuesto que la aceptación de este concepto plantea serias dificultades para las teorías jurídicas porque supondría, de entrada, encumbrar la eficacia por encima de otros conceptos fundamentales como la validez y la vigencia, asunto con el que muy pocos estarán de acuerdo

⁶⁴ En esto Hart coincide, más o menos con lo que algunos penalistas denominan “norma de valoración” = deber; y norma de “determinación” = obligación

constituye una “obligación” cuando la “acepto”. ¿Esto significa que soy yo el que mediante la aceptación determino la juridicidad de esa obligación?

Por otra parte, si la pretensión de Hart es encontrar en el aspecto interno de las reglas una clave de comprensión del derecho, nos parece que tal propósito es acertado. Evidentemente, consideramos que las prácticas jurídicas no pueden captarse sin la descripción y explicación de ese aspecto interno; lo que nos resulta problemático es que éste se reduzca a la “aceptación”. En efecto, en las sociedades contemporáneas y en múltiples ámbitos, contextos o instancias en donde se llevan a cabo prácticas jurídicas, estas no se sustraen de los deseos, pasiones, razones, inclinaciones, emociones, intereses y sentimientos de quienes participan en ellas. El carácter instrumental del derecho, en lo general y en lo particular, es usado por los sujetos-participantes como herramienta de emancipación o de conservación sin que necesariamente sus reglas sean guías, pautas o criterios de sus comportamientos.

El participante al usar las reglas, envuelve en su “uso” los dos aspectos de estas porque la vida basada en reglas “funciona” “normalmente” para la *mayoría de la sociedad*. Insistimos en el pasaje mencionado atrás: las “mayorías” son los “funcionarios”, “abogados” y “particulares” que usan en cada situación las reglas como “guías” para conducir la vida social como “fundamento” de reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas y castigos; en pocas palabras, Hart nos está describiendo una sociedad que podríamos denominar “litigiosa” o “querulante”. Ahora bien, del hecho de que existan unos usos habituales que fungen como pautas, guías, patrones o criterios para los funcionarios, abogados y particulares, no se sigue que estos tengan que ser aceptados puesto que dichos patrones bien pueden ser prácticas habituales y aceptadas de carácter burocrático, autoritario, militarista, discriminatorio y/o privatista.

Tomemos otra arista del mismo asunto. Si la pretensión de Hart es encontrar el aspecto interno de las reglas evitando reducirlo al aspecto externo, al punto de vista externo “extremo” (en sus “versiones predictivistas”), nuevamente consideramos que el propósito es acertado; sin embargo, tan importante es no reducir el derecho a la fuerza mediante la atención exclusiva a las reglas primarias que enlazan deónticamente a sus “supuestos”, “consecuencias jurídicas” que “amenazan” con una sanción”; como no reducirlo al aspecto

interno calificado como “aceptación”. Es verdad que Hart sostuvo insistentemente que los puntos de vista y los aspectos estaban permanentemente articulados de múltiples maneras; y, por consiguiente, para dar cuenta del funcionamiento de las formas jurídicas contemporáneas es importante señalar dos rasgos que en nuestro parecer son decisivos: el derecho es un objeto de deseo y el derecho es un instrumento de la fuerza, tanto como la fuerza es un instrumento del derecho.

Prosigamos teniendo en cuenta el texto que hemos citado atrás. El participante que usa la regla con sus dos aspectos “*presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz”. En nuestro entender este argumento es insostenible más o menos por lo siguiente: del hecho de usar una regla y de aceptarla no se sigue, ni siquiera como “presupuesto”, la “verdad” de un enunciado fáctico de tan desmesuradas proporciones: “el sistema es generalmente eficaz”, que si no nos equivocamos, quiere decir que es “generalmente obedecido” (eficacia de cumplimiento).

Finalmente, unas consideraciones finales acerca de las llamadas “razones” o “fundamento” que, según Hart, aparecería en aquellos que usan las reglas como guías. Contra la demasiado rápida aceptación de la idea de que el derecho es generalmente obedecido (*quaestio facti*) o debe ser moralmente obedecido (*quaestio iuris*), nos encontramos con algunos esfuerzos intelectivos que apuntan a horadar un poco más estas afirmaciones y preguntan sin sonrojarse: “¿*por qué la gente obedece el derecho?*”. El mérito de estos esfuerzos, hay que decirlo, consiste en que tratan de incorporar la perspectiva interna al concepto de obligación jurídica. Ahora bien, ya metidos en la pregunta nos encontraremos, por ejemplo, con tipos ideales de “racionalidad” o “mentalidad” que se corresponden a su vez con dos juicios prácticos que hombres y mujeres presuntamente exhiben como justificación de sus emplazamientos obedientes.⁶⁵

A continuación nos ocuparemos de explicar brevemente los tipos de razones y de individuos obedientes a los que apelan las teorías jurídicas prevalecientes para justificar la OD:

⁶⁵ Si bien reconocemos que existen muchas más “racionalidades”, “mentalidades” y “subjetivaciones” que darían lugar a la construcción de una variopinta gama de personajes sólo nos ocuparemos de dos porque han sido los más recurridos en las teorías del derecho al uso.

❖ El “hombre malo” de las razones prudenciales: Para los sujetos que apelan predominantemente a estas razones, la internalización de las reglas está aparejada con los castigos, las sanciones, y, en general, con las constricciones –especialmente físicas– impuestas por el derecho. En términos muy simples, los estudios realizados desde esta postura nos ofrecen un catálogo de razones con las que se pretende activar el efecto disuasorio de las reglas jurídicas primarias. En el **anexo 1** les compartimos un inventario no exhaustivo de ejemplos de este tipo de razones, junto con algunos comentarios menores que elaboramos a cada una de ellas.

En definitiva, esa cosa que llamamos derecho es un aparato al que “hay que temer” (Holmes, 2012), ya que puede ser usado legítimamente en contra de aquel que lo desobedezca. Luego, la percepción de ser castigado, el temor, el miedo o la amenaza de sanción o castigo pueden ser, por ejemplo, una motivación suficiente para que un sujeto procure modular su comportamiento de conformidad con las reglas.

Vale añadir que esta “racionalidad” se corresponde además con el punto de vista del “hombre malo”, esto es, el punto de vista del actor y miembro del grupo que tiene un interés exclusivo en las consecuencias materiales y concretas (ventajosas o no) que le puede acarrear X o Y conducta. Un “hombre” profundamente calculador y racional, movido únicamente por su interés y desentendido de cualquier consideración extrajurídica, moral, ética, etc.

El derecho, a los ojos del “hombre malo”, es un “conjunto de profecías acerca de los que los tribunales harán realmente” (Holmes, 2012, 56). Estudiar el derecho permitiría predecir cómo, cuándo y en qué casos puede utilizarse la fuerza física en contra de aquel que condicionó con su actuar ilícito la aplicación del acto coactivo. Hart hizo referencia a esta imagen de hombre, no lo negó nunca, pero se mostró más interesado, como lo hemos insinuado antes, en la imagen del “hombre desconcertado”.

❖ El “hombre desconcertado” que “usa” razones dotadas de autoridad: Para otros, los que apelan predominantemente a estas razones dejan de lado toda idea de coerción al momento de obedecer el derecho. De allí brota una suerte de “compromiso” y “adhesión espontánea e incondicional” a las reglas jurídicas. Por supuesto que, además de los

“hombres malos”, existen también sujetos inclinados a obedecer los mandatos jurídicos simplemente porque “tienen una obligación” o porque están “ligados” a ella jurídicamente más allá de las amenazas y del uso de la fuerza.

La racionalidad de estos sujetos liga, por lo menos en principio, con la idea de un “hombre bueno” que reconoce, acepta, acata y cumple voluntaria e incondicionalmente las reglas que se le imponen; esto es, se somete a ellas sin chistar, se autoimpone esas constricciones externas o mejor, las aprecia y desea tan profundamente que hasta podría decirse que todas las reglas sociales existentes son la concreción y el espejo de su moral individual.

Este tipo de “hombre” le importaba mucho a Hart ya que nos permitía hacer notar las múltiples funciones y disfunciones sociales del derecho que no están aparejadas con su funcionamiento coercitivo y coactivo. En otras palabras, este modelo de “hombre desconcertado” cumplía en su teorización un rol muy importante para la comprensión de fenómenos y experiencias jurídicas que no descansan en la *función social de regulación de comportamientos o en la función de control social*, sino que sólo pueden ser exploradas y detalladas estudiando la “racionalidad” de aquellos sujetos que aceptan las “obligaciones jurídicas” sin que estas, por lo menos en principio, estén apoyadas, respaldadas o soportadas por el uso potencial o actual de la fuerza física.

Por otra parte, esta presunta “mentalidad obediente”, aunque esto no era del interés de Hart, permitía corroborar la existencia de compromisos morales, valorativos, ideológicos y políticos de ciertos sujetos frente al derecho válido y existente. De manera más específica en este caso, podemos agregar que aquellos sujetos que no necesitan ser forzados a obedecer; aquellos que acomodan su modo de vida a las reglas jurídicas existentes, paradójicamente son los que nos ayudan a advertir *cómo es que el derecho opera en la vida social*, conclusión que ciertamente compartimos pero que no deja de producir un cierto estupor.

Dicho de otra manera, las reglas jurídicas, con sus discursos, valoraciones, paradigmas, representaciones sociales, creencias, intereses, pasiones y deseos, son ciertamente “guías” que se “usan”. Sin embargo, si tenemos en cuenta todos los elementos precedentes, sus usos -aunque sea particularizados- dicen cosas distintas sobre el fenómeno que estamos

estudiando (OD), mucho más si los captamos desde la perspectiva del “hombre desconcertado”.

En cualquier caso, el contraste en estos dos “modelos de obediente” no lo elaboramos con el fin de sostener que el derecho es una “razón para la acción” o que es posible un derecho libre de coerciones y constricciones físicas en el que una cantidad importante de sujetos actúen como “hombres desconcertados”. No nos concierne defender una postura tan inverosímil como esta. Evidentemente, los procesos de *aceptación* de las reglas jurídicas son, si se quiere, menos racionales de lo que los autores los hacen ver, aunque aquí sostengamos que el derecho tiene un importante rol en la vida social que se evidencia a partir de los *efectos (eficacia)* que produce en ella. Ahora, si esto es así, estamos seguros de que el derecho juega también un papel en el razonamiento práctico de los que se valen de él, con prescindencia de la posición social que ocupen.

En cualquier caso, la descripción del “aspecto interno de las reglas” puede ser una descripción disputada porque ella no está referida únicamente al punto de vista de los “funcionarios”, sino que supone una relación tensa entre lo que hacen las “autoridades” y lo que hacen los demás “usuarios” en relación con esas reglas. Puestos en la perspectiva de unos y otros, advertimos que actúan movidos por intenciones y objetivos muy distintos. Pero más allá de esto, lo que estos conceptos que estamos estudiando pretenden describir es una “relación social compleja”, o incluso más, la relación política por excelencia: “autoridades”- “ciudadanos”; “funcionarios” - “usuarios”; “gobernantes” - “gobernados”. ¿Acaso hay conceptos teóricos que nos permitan comprender y desenredar los alcances y las dificultades de esta relación tensa que define la política y el derecho?

PARTE II

EL CONCEPTO DE MANDATO EN LA TEORÍA JURÍDICA DE H.L.A. HART

2. PRELIMINARES

Hemos intentado mostrar que los conceptos generalmente empleados para describir, explicar y analizar el funcionamiento del poder y del derecho en las sociedades contemporáneas están montados predominantemente sobre una relación mando-obediencia de corte imperativista, a pesar de los esforzados intentos de ciertos teóricos y juristas que procuraron desmarcarse de esa opción explicativa del derecho. H.L.A Hart fue precisamente uno de esos autores: la clave de su comprensión del derecho estaba puesta en la articulación de reglas primarias y secundarias; una articulación que, a pesar de los méritos que mostramos en el capítulo anterior, mantiene plenamente su juntura con la idea o paradigma de la soberanía y, por ende, con el concepto de “mandato” que estudiaremos a continuación, aunque ciertamente no estemos tratando con una teoría jurídica que auspicie el autoritarismo y decisionismo soberano “brutos”; antes bien, su teoría parece mostrarse crítica frente a ciertas filtraciones autoritarias de otras concepciones “imperativistas” del derecho.⁶⁶

En la literatura e historiografía jurídicas, otros grandes representantes del “positivismo jurídico” han sido y siguen siendo hoy defensores del concepto de “mandato” -incluido Hart como veremos-, a pesar de que se han propuesto reexaminarlo críticamente. De ahí que sospechemos de los que sostienen que se trata de un concepto primitivo, ya que por más diferencias terminológicas que le contrapongan o introduzcan en él, también son deudores de esta idea arraigada en distintas corrientes del pensamiento jurídico y político que funge -en unos autores más que en otros- como el ingrediente principal de cualquier concepción de derecho.

⁶⁶ No hace falta aclarar que Hart es un teórico iuspositivista con una marcada orientación liberal. Es decir, un autor defendió la democracia y el estado de derecho, en un contexto complejo en el que las ideas dominantes en la cultura jurídica venían de otras influencias ideológicas. Precisamente por este compromiso que se corresponde con ciertas actitudes y vivencias personales del autor, incluso con el estilo de vida que llevó, creemos que no sería justo desconocer las luchas teóricas que vibran en su pensamiento contra toda forma de autoritarismo. Sin embargo, la propuesta de crítica que queremos inaugurar con Hart apunta más exactamente al reconocimiento de otras perspectivas teóricas y analíticas que no beban tanto del paradigma de la soberanía y que nos ayuden a describir las teorías y prácticas jurídicas de otra manera. Esta apuesta nuestra puede que marque algunas distancias con la vida y las experiencias “no imperativistas” de Hart, aunque no tanto con su concepción del derecho ya que, como esperamos demostrar, esta sigue siendo deudora de la “ilusión” o “paradigma” de la soberanía, con todas las implicaciones que van aparejadas a eso.

Conforme a esto, la tarea principal del derecho en las sociedades contemporáneas consiste en “mandar”, es decir, “dictarle órdenes a la vida social”, siguiendo para el efecto alguno de estos verbos rectores: prohibir, obligar, perseguir, controlar, sancionar, reprimir, normalizar, separar, excluir, inocular, reducir, violentar, etc.

El más ilustre precursor moderno de este concepto y de las distintas doctrinas imperativistas del pensamiento jurídico fue, citado por Hart (1982, p. 82), Thomas Hobbes, quien sostiene, en el capítulo XXV de *El Leviatán*, lo siguiente: “mandato es cuando un hombre dice: haz esto o no hagas esto, sin esperar otra razón que la voluntad del que formula el mandato”. Esta concepción fue acogida y sistematizada por muchos teóricos del derecho hasta convertirla, especialmente en el siglo XIX, en el núcleo que da explicación a todos los fenómenos jurídicos.

Ya en el siglo XX, consideramos que fue especialmente Hart quien desde sus primeras publicaciones, quiso desmarcarse críticamente de algunas de las tesis positivistas que le fueron legadas -entre ellas la idea hobbesiana de que las leyes son mandatos de seres humanos o que el derecho es, en últimas, un conjunto de mandatos-, y procuró en este sentido, ofrecernos una reconstrucción conceptual que, hasta donde hemos estudiado, discute con las caracterizaciones antecedentes del “derecho positivo estatal” que, según él, no reconocen que en sociedades grandes y complejas se admitan otros tipos de “reglas sociales” que no tienen la “forma” de un mandato.

Por lo anterior, su atención y dardo de crítica se dirigió, en parte, en contra de todos aquellos que, a su modo de pensar, no se habían formado una idea adecuada del sistema jurídico alejada, lo más que se pudiera, de los “mandatos”. No hay duda pues de que sus observaciones en este sentido son relevantes para comprender el tratamiento conceptual que nuestro autor ofrece de la relación mando-obediencia y, por ello, nos ocuparemos de ellas en esta parte de la investigación. Veremos después si, a la luz de nuestros hallazgos, Hart sigue siendo o no un “pensador de la soberanía”.

Empezaremos, por ahora, con un examen muy superficial de las nociones de mandato que hemos identificado en los principales cultores del positivismo jurídico, especialmente aquellos

que Hart denominó como *imperativistas* o *utilitaristas*.⁶⁷ El objetivo de este primer esfuerzo es rescatar algunas definiciones breves que Hart después apiló en su análisis de este concepto.

2.1.Mandato en el imperativismo y en el utilitarismo (J. Bentham, J. Austin y H. Kelsen)

El punto de partida de esta breve recopilación será el profesor John Austin, autor que sostiene que las leyes o reglas imperativas (“*laws*”) pertenecen al género de los “mandatos” (“*commands*”) y que estos, por su parte, constituyen “la clave (*key*) de la ciencia de la jurisprudencia”. Tomemos provisoriamente la definición que nos propone de mandato:

Si alguien expresa o manifiesta el deseo de que yo haga o me abstenga de algún acto, y 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 el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito de la parte que manda de infligir un daño o una pena, en caso de que el mandato no sea atendido. Si este alguien no puede dañarme o no lo haría en caso de yo no atienda el mandato, la expresión de deseo no es un mandato, aunque anuncie su deseo en una frase imperativa (...) un mandato se distingue de otras expresiones de deseo por esta peculiaridad: que la parte a quien el mandato se encuentra dirigida está expuesta a un mal por parte de la otra, en caso de que no se conforme el deseo.

Esta entrada nos permite elucidar algunos de los elementos distintivos del concepto en cuestión que, todavía hoy, se mantienen en buena parte de los análisis que han elaborado teóricos

⁶⁷ Bobbio (2007) nos resume esta doctrina del positivismo jurídico y, más particularmente, los autores que la representan en esta investigación: “(En) la doctrina del imperativismo jurídico ha habido una evolución en la que se pueden distinguir dos fases, calificables respectivamente como *imperativismo ingenuo* e *imperativismo crítico*.”

“(1) El *imperativismo ingenuo* (que va desde Hobbes a Austin, y al cual pertenece el propio Thon) considera el derecho como un *conjunto de ordenes dirigidas por el soberano a los ciudadanos, sin analizar ulteriormente la estructura del imperativo jurídico*.”

“(2) El *imperativismo crítico* (que tiene uno de sus mayores exponentes en Kelsen) precisa los rasgos del imperativismo bajo dos aspectos:

- (a) “La norma jurídica es un imperativo hipotético;
- (b) “La norma jurídica es un imperativo que se dirige no a los ciudadanos, sino a los jueces”.

del derecho al respecto, aunque reconociendo algunos cuestionamientos que ya estudiaremos pormenorizadamente desde las críticas hartianas.

Por lo pronto, sigamos este repaso con la definición de Jeremy Bentham -citado por Chiassoni-, autor que tiene una posición análoga a la Austin (“el derecho es un conjunto de mandatos o imperativos”) y elabora una teoría jurídica con conceptos y tesis explicativas que den cuenta de esta concepción. Su definición de ley (“*law*”), por ejemplo, es bastante próxima de lo que usualmente denominamos como “preceptos jurídicos”, “prescripciones jurídicas” o “normas jurídicas” (“*legal mandates*”). En efecto, su definición *expresiva* de “norma jurídica” nos deja clara su vecindad con la noción de “mandato” propuesta por Austin, ya que entiende aquellas como “signos declarativos” de la voluntad soberana que se *expresan* de ciertas maneras en la actuación de aquel que tenga o detente ese poder superior. Veamos:

[Una norma jurídica es]: Una combinación de signos *declarativos de una voluntad* concebida y adoptada por el soberano en un estado, *concerniente a la conducta* que *debe ser observada* (...) por una persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están, o se supone que están, *sometidas a su poder*. Esta voluntad confía su propia realización en la *expectativa de ciertos eventos* respecto de los cuales la declaración misma se entiende que deba constituir una *condición* de su verificación, y la *posibilidad* de los cuales se entiende que deba actuar como un *motivo* para aquellos de cuya conducta se trata.

Finalmente, tenemos a Hans Kelsen (1982, p. 19, 21), autor que no propone una definición propia de “mandato”, sino que lo contrasta con su concepción de “norma jurídica”. Sin embargo, con la *expresión* “norma jurídica” se alude, entre otras, a mandatos dirigidos con intención hacia el comportamiento “debido” de otro, en un sentido objetivo; es decir, que sólo cuando un mandato concuerda “objetivamente” con un deber jurídico se lo puede caracterizar como una “norma jurídica”, esto desde el punto de vista de un tercero no participante. Por otro lado, Kelsen sostiene que: “el derecho podría ser denominado un mandato privado de contenido psicológico”, con lo cual reconoce, sin asumir a carta cabal la *tesis voluntarista*,⁶⁸ que las normas

⁶⁸ La tesis *voluntarista* es una de las tesis asociadas al “positivismo jurídico”. Según ella, las normas jurídicas pueden ser entendidas como “declaraciones de voluntad” o son más bien, en un sentido más específico, producciones de “actos de voluntad” procedentes de las llamadas “autoridades normativas” que serían las que

jurídicas son mandatos cuya *obligatoriedad* no puede ser supuesta de alguna “voluntad superior” contingente y temporal, ya que aquellas son invenciones “abstractas” que sólo son comprensibles en el campo de la ciencia jurídica y nunca por fuera de este. Pese a ello, todo el aparatage conceptual alrededor de la concepción estructural de norma jurídica (y más particularmente la distinción entre normas primarias y secundarias⁶⁹) es una redefinición conceptual y terminológica de la dimensión pragmática del mandato en Austin.

Ahora, es importante aclarar que en esta investigación no tenemos intención de considerar todos los problemas, estancamientos, rupturas y brechas a las que se enfrentan los autores citados. Nuestra intención fue aclarar, en poquísimas líneas y como abre bocas a la caracterización hartiana de los “mandatos”, algunas de las posturas al respecto, con el fin de cotejar la crítica hartiana a este concepto. Completaremos ahora este fugaz panorama con la contribución a esta discusión de dos de los principales representantes del llamado “realismo jurídico escandinavo”, Alf Ross y Karl Olivecrona. Las críticas de Hart también derivaron en sendas objeciones a la postura “realista” de estos autores, que ya se había anticipado en algunos artículos menores como el publicado en 1959 titulado “*Scandinavian Realism*”.

2.2. Mandato en el realismo jurídico escandinavo (A. Ross y K. Olivecrona)

Para algunos de los representantes más ilustres del llamado realismo jurídico escandinavo los mandatos son, ante todo, “actos de habla”. En efecto, y desde un punto de vista externo, aquello que se le aparece al *observador* con más claridad cuando mira el “fenómeno del mandato” es, en principio, un cúmulo de signos lingüísticos emitidos por un sujeto de enunciación en ciertas instancias o emplazamientos jurídico-discursivos. Aparejado a esto, también es posible captar a un destinatario del mandato que responde, con palabras, gestos y acciones, a dicho enunciado. Ante esta situación, los realistas postulan que el mandato constituye la *causa* de la respuesta afectiva del destinatario y produce efectos perlocutivos que están a su vez condicionados por los contextos de enunciación.

actúan, en determinado sistema jurídico, como “detentadoras del poder soberano”. Se pueden encontrar en distintos autores de corte positivista, como ocurre en Kelsen, variaciones más o menos radicales de esta tesis.

⁶⁹ Una explicación funcional de las normas primarias y secundarias en la versión kelseniana, como complemento a lo que hemos dicho aquí, puede hallarse en Chiassoni (2017, pp. 424-427).

Esta formulación inicial debería ser útil para esbozar algunos de los elementos que merodean la perspectiva sobre los “mandatos” en Karl Olivecrona (I) y Alf Ross (II), ambos autores conocidos aunque poco estudiados por Hart.

I

Para abordar este autor sueco (1897-1980) nos tuvimos que conformar con algunos estudios específicos de los que tenemos noticia a través de Lacalle (2002) y Montoro Ballesteros (1999), los cuales nos ayudaron a preparar las anotaciones que compartimos ahora:

Para comprender el concepto de mandato en este iusteórico, creemos que es aconsejable prestar alguna atención a dos temáticas: la naturaleza y la función del lenguaje jurídico y la cuestión acerca de la obligatoriedad del derecho -este tema, como vimos en la primera parte de la investigación, está relacionado con el problema de las relaciones entre el derecho y la fuerza-.

Pero antes aclaremos lo siguiente: toda la obra de este autor es un esfuerzo por estudiar el derecho como hecho y proponer una definición y una explicación empírica del fenómeno jurídico.⁷⁰ La fe en semejante empresa lo llevó rápidamente a cuestionar la idea de que el derecho sea tematizado como la *expresión de una voluntad o deseo* o simples *órdenes de una autoridad legislativa*. Estas concepciones, en su opinión, presentaban problemas que sólo se podían resolver abandonando estas perspectivas en favor de una concepción más profunda que conciba las normas jurídicas como imperativos que se apoyan, entre otras, en las creencias de la gente y que, por ende, tienen unas funciones sociales que ponen de relieve la “realidad psicológico-social” del derecho.

Las consecuencias de esta manera de ver las cosas se van a notar también en el análisis lingüístico del concepto que nos ocupa. De entrada, por el afán de despojar los conceptos fundamentales del derecho de esa especie de exoesqueleto rígido y artificialmente construido con el que son elaborados (Montoro, 1972, p. 104), y que impide ver el mundo real de los hechos a

⁷⁰ No lo quisimos anticipar, pero sostener que una orden es un “hecho empírico” o un “fenómeno” es especialmente significativo en este punto, no sólo porque la orden hace coincidir las palabras con los hechos que ellas producen, sino porque esta atención en los mandatos como performativos es muy importante en su explicación del concepto. Por ejemplo, así pudimos captar el interés de estos autores por enterarse de la situación subjetiva en la que se usa el mandato y en la que este, por su parte, adquiere el valor de un hecho real que, además, podría ser efectivo si ha producido en el receptor una motivación tal que haga que el mandato sea experimentado como algo que hay que cumplir (obligatoriedad).

los que estos están vinculados. Y también, por su pretensión de confrontar el “mundo de la experiencia” al que pertenecen seres pensantes (*res cogitans*) que perciben y aprehenden las determinaciones de la realidad en condiciones espaciales y temporales determinadas y, obvio, por medio percepciones e inducciones.

De ahí que cualquier estudio referente a los “mandatos” deba estar dirigido al “mundo de la experiencia” y referirse, en cierta medida, a aquello que están haciendo -y no sólo diciendo- los sujetos que emiten y responden a estos. No en vano el concepto en cuestión sigue siendo, también, un fenómeno subjetivo.

Olivecrona advierte, en primer lugar, que el lenguaje jurídico no sólo es informativo o apofántico; sólo es tal un lenguaje del que es posible decir que es verdadero o falso (ósea que es capaz de manifestar si una cosa existe o no) y que, además, tiene la función-finalidad de comunicar informaciones. La cuestión es que el lenguaje jurídico sirve para otras cosas como, por ejemplo, dirigir la conducta de la gente (*función directiva*) y hacer que los destinatarios lo obedezcan, que realicen la conducta que se espera de ellos. Ahora bien, para desarrollar esta función del lenguaje jurídico, nuestro autor propone el estudio de la unidad elemental que centralizaría dicho funcionamiento: el mandato.

Los “mandatos” son la prueba evidente que el derecho, en tanto lenguaje, raya con otras operaciones que rebasan la simple comunicación acerca de los “deseos” del soberano, con lo cual este autor rebate, al menos en parte, la tesis de Austin y Bentham: con el mandato no se dicen cosas o se le informa a un destinatario acerca de los deseos del mandante o del soberano, sino que se provocan acciones en aquel, incluso sin que haya necesidad de amenazas o de premios. Lo que define un mandato es su “capacidad de mover la conducta de otros” (Vergara citando a Olivecrona, p. 172), de acuerdo con la manera como sea expresado.

Así las cosas, y como consideración añadida a las llamadas normas jurídicas -en tanto concreción de mandatos-, este autor nos indica que estas expresan una “forma imperativa o conativa” capaz de provocar -aunque no por sí sola- sentimientos de constrictión en los destinatarios. Más concretamente, Olivecrona sostiene que los mandatos producen efectos psicológicos (disuasivos o persuasivos) y “estados de conciencia” o “sentimientos de impulso”

en los destinatarios a un punto tal, que estos puedan reconocer en ellos sus angustias, miedos, instintos, e incluso intenciones (Vergara, 2002, p. 476).

En otras palabras, los mandatos también producen, mantienen y reproducen afecciones, impulsos, sentimientos y emociones que se experimentan, con diferentes intensidades, en los cuerpos de los sujetos participantes de una situación jurídica. Estas afecciones, por su parte, se “exteriorizan” en gestos, acciones y comportamientos que adquieren inmediatamente el valor de hechos que importan en la medida en que ratifiquen la autoridad de aquel que manda y la obligatoriedad de los enunciados emitidos por este.

Por lo pronto, reparemos en que para Olivecrona la eficacia del mandato está supeditada a su correspondencia con la “actitud psicológica” del destinatario. Ahora bien, se podría añadir que el estremecimiento de la situación suscita una especie de afinidad electiva que impregna a ambos (emisor y receptor) con un humor sombrío, tenebroso o fúnebre. Y si esto es así, los mandatos precisan de una cierta disposición afectiva, aunque paradójicamente esta se ve fortalecida con una expresión espontánea, externa y volitiva del destinatario: “¡quiero hacerlo!” (que también podría sustituirse por gestos, palabras o consignas que transmitan la misma determinación de esta exclamación), referida en este caso a ese sujeto “obediente” que, según Olivecrona, intenta autogestionarse hasta afianzar con su quehacer el propósito mismo del mandato (Vergara, p. 820).

Es conclusión, sin el impulso propulsor del receptor del mandato, este sería ineficaz e irreflexivo. La unión de la expresión imperativa y enérgica “¡debes hacerlo!” y la fórmula coextensiva “¡quiero!” forman la relación de obediencia incondicional que se reconoce en la situación antedicha y que, dicho sea de paso, no admite reparos de conciencia o cualquier consideración que ponga en entredicho la posibilidad de suplir o morigerar el cumplimiento del mandato predicado.

Por eso los mandatos llevan, en sus propias palabras, un “sello de energía” capaz de vencer cualquier convicción o resistencia psíquica aunque deban combinarse y trabajar con gestos y posturas que los hagan todavía más actuados y efectivos (Vergara, 2002, p. 821). Antes que reprimir, constreñir o coartar, lo que destaca Olivecrona, paradójicamente, es la productividad o “positividad” de este concepto: el mandato y su respuesta forman y estructuran

el cuerpo del emisor y del receptor, preparan sus fisonomías y se prolongan en ellos silenciosamente por medio del automatismo de los hábitos.

Esos hábitos son, junto con otros elementos conjuntivos, “signos imperativos”, esto es, componentes pragmáticos que deben acompañar tanto el “aspecto volitivo” del orador como el “impulso volitivo” del receptor y que garantizan que cuando se dé la expresión de las voluntades esta sea eficaz. Eficaz, por lo menos en este caso, quiere decir que la orden consiga apoderarse del cuerpo del receptor, que pueda ser adscrita a este con certeza, incluso haciéndola pasar por algo pre-reflexivo, de tal suerte que este se adecúe a los modelos de conducta que vaticinan los mandatos impuestos.

II

Alf Ross, por su parte, postula un esquema analítico ligeramente distinto para explicar el concepto mandato que, como veremos, ofrece algunos elementos de análisis que podríamos resumir de la siguiente manera:

En el esquema conceptual propuesto por este autor los mandatos son una subclase de directivos que este autor denomina “directivos personales”, los cuales se usan particularmente para intervenir en las conductas de otros y, por tanto, tienen claramente definidos al remitente (el que habla) y el receptor (el que escucha).⁷¹ Estos, a su vez, se dividen en tres subclases: *en interés del que habla, en interés del que escucha y desinteresados*.⁷²

Tratándose de mandatos, nuevamente con este autor nos encontramos frente a un estrato muy diferente de las expresiones y actos lingüísticos. Pareciera como si de la excitación y profusión de fonemas y grafemas, rumores y ondas acústicas, Ross (1971, p. 41 y ss.) extrajera

⁷¹ La finalidad del trabajo teórico de Ross consiste en distinguir los conceptos de “norma” y “directivo” para, sobre la base de esta diferenciación, tratar de fundamentar su versión de la llamada “lógica deóntica”. Algo similar intenta hacer Hart, tal y como veremos más adelante.

⁷² Esta clasificación fue expuesta Lacalle (2003, p. 822) de la siguiente manera: “En opinión del profesor danés los directivos personales pueden dividirse en tres subclases: en interés del que habla, en interés del que escucha y desinteresados. Los primeros son aquellos directivos cuyo propósito es que el receptor realice un acto particular en interés del emisor. Aquí encontramos los directivos sancionados, que incluyen la orden o mandato bajo amenazas, la pretensión jurídica y la invitación bajo presión o tentación; los directivos de autoridad, que constituyen la orden o mandato y la invitación puros, y los directivos «con condición de simpatía», dentro de los cuales sitúa las peticiones, la sugerencia, la invitación, la súplica y el ruego. Los directivos de la segunda subclase se dirigen a la realización de acciones en interés del receptor y comprenden el consejo, la advertencia, la recomendación y la instrucción. Finalmente, los de la tercera subclase se refieren a acciones que no son específicamente en interés de ninguna de las dos partes, por lo que los denomina «directivos desinteresados», que reduce a la exhortación”.

unos específicos “actos de habla” –aquí nominados como directivos personales– que provocan acciones en el modo imperativo; transcurren en una sola dirección, a saber, de arriba abajo; y, además, no informan ni comunican nada, sólo transmiten órdenes o mandatos.

Si esto es así, hay que remarcar que fueron las “circunstancias”, “contextos”, “instancias” o “emplazamientos” que merodean la situación social en la que se expresan los “mandatos”, los que le permitieron a Ross distinguir entre distintas clases de “directivos personales”. Mejor dicho, lo importante no es tanto el mandato expresado, dice Ross, sino su conexión intrínseca con las circunstancias que lo hacen funcional (p. 42), esto es, con los usos concretos de los “directivos personales” en situaciones subjetivas particulares.

Resumiendo, los mandatos serían, según Ross, “actos concretos de discurso” que se actualizan en cada situación y que varían dependiendo del “contexto pragmático”, o mejor, del medio en el que aquellos inevitablemente se desenvuelven. Estamos, en sus palabras, ante “actos humanos deliberados” realizados con la función-finalidad de producir efectos (cognoscitivos, psicológicos, emocionales, volitivos, etc.), que dependerán de que estos hayan sido emitidos por una persona en particular en las circunstancias apropiadas para que sean exitosos. Por supuesto, no hay nada de sorprendente aquí, más bien una iteración de un aspecto que ya habíamos señalado con Olivecrona.

Ahora bien, como subclase de “directivos personales”, Ross (1971, p. 47) postula los que él denomina “directivos o mandatos de autoridad” que, más allá de su proximidad o no con la concepción imperativista de mandato, resaltaremos particularmente aquí por varias razones: en primer lugar, porque son la forma más primigenia y especialmente apropiada de cualquier “directivo personal” o expresión usualmente denominada en la literatura jurídica como “prescriptiva” o “deóntica”; en segundo lugar, porque este tipo de directivos presuponen que los destinatarios únicamente *pueden*, pero sobre todo *quieren* obedecer lo que les ha dictado el emisor, así que este ni siquiera tendría que preocuparse por conseguir el conocimiento de los mandamientos emitidos, ya que hay “buenos ciudadanos” con una “tendencia desinteresada por el respeto a la autoridad” que no necesitan de “estímulos” para cumplir los mandatos; en tercer lugar, porque los “directivos de autoridad” son “actos puros” de habla que están consagrados para la ejecución de ciertas acciones que se encuentran en el marco de la “sumisión a la autoridad”.

Finalmente, aunque no menos importante, la función de los “directivos de autoridad” es aclarar la jerarquía y el orden del poder, de manera que no haya duda de que en una situación cualquiera “alguien manda u ordena” y que, a partir de ese momento, los cuerpos de los destinatarios se transforman instantánea y simultáneamente en “obedientes espontáneos”.

2.3. El concepto de mandato en los imperativistas según la versión expuesta por H.L.A.

Hart

El objetivo de los primeros capítulos (II, III y IV) de *El concepto de derecho* y otros artículos en los que Hart interrogó directamente las distintas teorías que hemos presentado del concepto de mandato, fue elaborar una crítica global a todos los autores que formulan alguna teoría jurídica que se soporte o se apoye en este concepto “poco satisfactorio”, pese a que lo equipara paradójicamente con las llamadas reglas *primarias* de obligación o de deber o directivas generales *primarias*.

Hart intentó realizar una revisión de ciertas corrientes jurídicas que entienden el derecho como “órdenes respaldadas por amenazas” y “órdenes coercitivas” (1992, p. 25), ya que a su parecer, “hay aspectos del sistema jurídico que se distorsionan si se lo presenta como mandato” (pp. 36-37).

Sin embargo, antes de hilar las críticas hartianas a este concepto y a la concepción del derecho que toma a este como su “razón de ser”, convendría decir unas cuantas cosas sobre los elementos de los “mandatos” desde el punto de vista de Hart. Para ello, nos detendremos en un breve pasaje del que sacamos al menos siete componentes distintivos del concepto sobre los que Hart reflexiona cuando se ocupa de su propia noción imperativista de mandato:

¿Qué es un mandato? Es simplemente la expresión por parte de una persona del deseo de que otra persona haga o se abstenga de hacer alguna acción, acompañada por la amenaza de un castigo que seguirá a la desobediencia. p. 37

Centrémonos ahora en cada uno de los elementos de esta definición, aclarando dos cosas: por un parte, que el pasaje que acabamos de repasar debe ser tomado como un punto de partida que emplea Hart (1992, p. 24) para diferenciar los mandatos de otras expresiones lingüísticas del

modo imperativo (pedido, súplica, advertencia, etc.), ya que aquellos son los que más se parecen a la “forma lingüística típica” en que funciona el derecho.⁷³ Por otra parte, Hart acopia a su manera en esta definición simple, todas las posturas sobre este concepto expuestas atrás, aunque sin contar con otros componentes que no sobresalen en esas definiciones, pero que tuvimos en cuenta a la hora de descomponerla analíticamente. Así las cosas tenemos que, para identificar un mandato, deben entretenerse los siguientes elementos:

1. Situación social
2. Expresión
3. Deseo, intención o voluntad
4. De una persona (soberano o gobernante)
5. Sobre otra persona (súbdito o sujeto)
6. Alguna acción u omisión
7. Amenaza de castigo y peligro inminente para otro

Seguidamente, haremos una breve apostilla a cada uno de los elementos señalados siguiendo las notas ofrecidas por Hart al respecto.

2.3.1. *Situación social*

Nuestro autor sostiene (1992, p. 25) que “hay variedad de situaciones en la vida social” en las que son usadas las “formas imperativas del lenguaje”, añadiendo que la “más importante” de ellas es el “mandato”.⁷⁴ Así presentadas las cosas, una situación social o problemática comprende cualquier relación intersubjetiva de

⁷³ Cuando Hart se refiere a esta “forma lingüística típica” reconoce que los mandatos son, en cierta medida, “forma primigenia” o el “modelo de referencia” de las normas jurídicas o las leyes. La cuestión es que la analogía entre mandatos y leyes ha sido explicada de muchas maneras. Aquí sólo nos remitiremos a una de ellas. La abordada brevemente por el propio Hart (1992, p. 37) cuando intenta describir la noción de mandato en los *imperativistas*: “Los mandatos son leyes si satisfacen dos condiciones: primero, deben ser generales; segundo, deben ser ordenados (tal y como lo sostuvieron tanto Bentham como Austin) por algo que existe en toda sociedad política sin perjuicio de su forma constitucional, es decir, una persona o grupo de personas a quienes se les debe una obediencia habitual por parte de la mayoría de la sociedad pero quienes no deben esa obediencia a otros. Estas personas son el soberano”.

⁷⁴ Consideramos que el término “situación” está vinculado también con las ideas de “estatus”, *status quo* y “estados de cosas”. Además, el término reclama una atención particular sobre las “condiciones de existencia” de los cuerpos; sus “circunstancias”; “localizaciones” y “emplazamientos”. No obstante, por economía del texto, no quisimos profundizar en estas alusiones.

mando-obediencia que esté atravesada por una variedad de reglas jurídicas (especialmente “mandatos”). Cuando la situación social en cuestión se vuelve conflictiva o problemática, es decir, cuando alguno de los sujetos implicados (autoridad - ciudadano) activa, mediante una enunciación (acto de habla ilocutivo o performativo), un aparataje institucional que tramita o valora el problema o conflicto enunciado; sólo en ese caso, la situación social deviene jurídica y, por ende, adquiere un “peso” distinto al que le estamos atribuyendo aquí.

En cualquier caso, las situaciones –sociales o jurídicas- son pragmáticas, es decir, dependen del contexto y las circunstancias de los participantes en ellas; también involucran “actos de habla” que son a su vez mandatos. Este último aspecto es el que prepara la situación social para su tratamiento *dentro* de un sistema jurídico que atribuye determinados “poderes” a ciertos sujetos, en virtud de los cuales estos pueden decidir actuar en contra de quienes presuntamente hayan incumplido los deberes dimanados de la relación mando-obediencia.

Ahora bien, calificar una situación social como de mando-obediencia implica calificar también a los cuerpos que están inmiscuidos en ella, “organizar” las jerarquías, “estatus” y posiciones jurídicas de los mismos, incluso antes de su ingreso o entrada al “andamiaje coercitivo” del derecho.

2.3.2. *Expresión*

Este elemento da cuenta de una distinción que Hart a nuestro parecer comparte, en cierta medida (1992, p. 18), entre palabra-significado, lengua-habla, etc. Según esta disimilitud, una cosa es la manifestación exterior o el conjunto de signos acústicos pronunciados en circunstancias específicas por alguien autorizado para ello, y que denominamos “mandatos”; otra, los deseos, intenciones, pensamientos, creencias, afectos, emociones, etc. que se les pueden adscribir a ciertos sujetos (Cfr. 2.3.2).

Ahora bien, desde una perspectiva radicalmente pragmática del derecho -antes que semántica o sintáctica-, esta distinción se diluye completamente, ya que las

“expresiones lingüísticas” son colocadas en la categoría de los “actos de habla” o “expresiones realizativas” que, en palabras de J.L. Austin (1955), indican que un mandante, al emitir una expresión, no sólo realiza una acción (“mandar es hacer algo”) sino que, además, provoca algún tipo de efecto o consecuencia (“porque mandamos hacemos algo”) en los cuerpos.

De modo que para entender cómo funcionan los mandatos hay que remitirnos a un campo performativo, a una relación *cara a cara*, en el que debemos prestar atención a lo que algunos autores denominan como “concepción expresiva” de las reglas sociales y proposiciones prescriptivas, en virtud de la cual estas son, en puridad, “actos de habla prescriptivos” que están relacionados: extrínsecamente con los *efectos* o *consecuencias* provocados por ellos; e intrínsecamente, con las *acciones* realizadas efectivamente (“realizativos” o “*performatory*”) por aquellos que se valen de estas expresiones lingüísticas.

Finalmente, también vale decir aquí que los mandatos son expresivos porque en ellos se expresa un “estado de ánimo” que no es equivalente al deseo, sino que lo acompaña, preparando afectivamente al destinatario y evocando sentimientos, emociones, creencias y representaciones que actúan, en ocasiones, en el momento de la ejecución del mandato.

2.3.3. *Deseo, intención o voluntad*

Sostiene Hart que para que haya un mandato es necesario que un individuo *racional* se forme “libre” e “interiormente” un deseo y lo haga manifiesto (expresa o tácitamente) en una situación determinada. Deseo, voluntad e intención son los términos con los que se pretende describir el *aspecto psicológico* de los mandatos; funcionan como los motores o móviles de lo que ciertos hombres y mujeres pueden (capacidad) y quieren hacer (voluntad). Ahora, ese “querer” debe estar ligado a un

“poder” (soberano) para que los actos mandados sean felizmente realizados por los destinatarios de estos.⁷⁵

Hart (1997, p. 89) no nos ofrece una definición de esos términos (deseo, voluntad e intención) pero los pone juntos cuando examina el concepto de volición en Bentham. Veamos:

(...) Bentham no da una explicación explícita de la volición; se refiere a ella como un “estado interno de voluntad” y lo contrapone a la creencia de que es un “estado de comprensión”, puesto que voluntad y comprensión son ambos “estados mentales”. Respecto de los aspectos “decisionales” de la voluntad (mandatos y prohibiciones) (...) **utiliza como sinónimo de volición la expresión “deseo”, “inclinación de la mente” o “voluntad respecto a un acto”**. Casi todos los ejemplos del uso de estas diferentes expresiones sugieren que el mejor significado lo ofrece la expresión “deseo”, que es un deseo de que un acto sea realizado por otra persona. (Negrillas nuestras).

En los mandatos, el emisor pretende, señala Hart aunque con cierto tono de crítica hacia Bentham, que el receptor *reconozca* el deseo de que el acto deba ser realizado. Ese reconocimiento de la *intención* con la que habló el emisor no hace parte de la “acción de mandar”, está separado de ella. En este sentido, Hart (1997, p. 91) nos invita a que prestemos atención no sólo al deseo del hablante cuando expresa un mandato, sino a las *razones del receptor o destinatario* para realizar una determinada acción.

⁷⁵ Realmente no importa mucho si los destinatarios tienen “voluntad” o “deseo”. De ellos se espera que tengan un mínimo de racionalidad que les permita entender los imperativos y “escoger” (libre albedrío) si los obedecen o no. Esa posibilidad es la que sustenta después la posibilidad de que les sean reprochadas sus desobediencias a los mandatos.

2.3.4. *De una persona (soberano)*

Consideremos ahora las ideas principales que ofrece Hart sobre el emisor de los mandatos, el cual tiene algún tipo de afiliación con el paradigma de la soberanía y, por ende, con las concepciones de derecho ligadas a este concepto y que son conocidas como “imperativistas”.

Ahora, para explicar esta relación, es necesario que repasemos brevemente algunas de las definiciones de “soberano” y “soberanía” que postula Hart (2016, p. 37) a partir de su lectura de los *imperativismos*:

(...) Una persona o grupo de personas a quienes se les debe una obediencia habitual por parte de la mayoría de la sociedad pero quienes no deben esa obediencia a otros (...) En consecuencia, el derecho es el mandato de quienes gobiernan pero a quienes no cubre el mandato en una sociedad -la creación de la voluntad jurídicamente sin restricciones del soberano-, quien por definición se encuentra por fuera del derecho.

Según esta noción, “soberano” es la persona o conjunto de personas que se consideran “superiores” en una comunidad política, con independencia de su “forma constitucional” (llámese monárquica, parlamentaria, constitucional, etc.) dado que en ellos descansa o se concentra el poder supremo, último, desregulado y absoluto de producir el “mandato” o los “mandatos” en una sociedad.

Aparte de lo anterior, los imperativistas, dice Hart (1992, p. 32), resaltan la capacidad que tiene el soberano, o “los subordinados que obedecen a él” (funcionarios), de ejercer un poder coercitivo sobre otros sujetos imponiéndoles, incluso, cierto tipo de sufrimientos físicos cuando no actúan de conformidad con el “mandato” o los “mandatos” impuestos. Al respecto, Hart (1992, p. 57) precisa lo siguiente -refiriéndose a Austin-:

(...) El derecho es la orden del soberano o de un subordinado a quien aquél puede elegir para que dé órdenes en su nombre. En el primer caso, el

derecho es creado por la orden del soberano en el sentido más literal de “orden”. En el segundo caso, la orden dada por el subordinado sólo será considerada derecho si, a su vez, es dictada en cumplimiento de alguna orden emitida por el soberano. El subordinado debe tener alguna autoridad delegada por el soberano para dar órdenes en nombre de éste.

Finalmente, los imperativistas (Bentham y Austin), dice Hart, proponen una noción descriptiva y avalorativa de soberano (y de derecho) a la que hay que añadir una característica adicional que no hemos destacado aún: aquel que es “habitualmente obedecido”

Teniendo en cuenta lo anterior, nos corresponde ahora hacer algún comentario breve sobre la noción de “hábito general de obediencia”, en las que se entrecruzan algunas de nuestras sospechas sobre los *conceptos* de “obediencia generalizada del derecho”, “obligación moral de obediencia” y, en menor medida, “aceptación”, expuestos en la primera parte de la investigación.

La noción de “hábito de obediencia” es similar -que no equivalente- a todas las anteriores, ya que con ella se hace referencia a un hecho social muy complejo pero sobre todo indemostrable, según el cual, los sujetos o destinatarios tienen una disposición habitual a obedecer los mandatos de un superior dentro de una colectividad política. Dice Hart (1992, p. 30) al respecto:

Debemos suponer que, cualquiera que sea el motivo de ello, la mayor parte de las ordenes son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de personas afectadas.

Más adelante nos aclara el significado corriente que tiene, al menos para él, sostener que una persona tiene un hábito (2016, p. 66) y, en este sentido, no se muestra en clara oposición a este como indicador de la existencia de una *regla social*:

(...) Si decimos que *la población* "tiene tal hábito", esto, como la afirmación de que la gente concurre habitualmente a la taberna los sábados

a la roche, sólo significará que los hábitos de la mayoría son convergentes: cada uno obedece habitualmente a Rex, del mismo modo que cada uno habitualmente concurre a la taberna el sábado a la noche.

Por lo pronto, lo que nos interesaba aquí era dejar esbozados los elementos centrales de la teoría de la soberanía (soberano-hábito) en la visión hartiana de los imperativistas, sin entrar a explicar aún sus objeciones o refutaciones a la teoría en cuestión.

2.3.5. *A otra (súbdito, sujeto, ciudadano, persona)*

Hart, en puridad, no nos ofrece demasiados criterios para entender a este anónimo destinatario de los mandatos. Básicamente es cualquier tercero que no sea en todo caso el soberano o su subordinado autorizado. En otras palabras, aquel sujeto que, según Hart (p. 42), es forzado a la obediencia mediante la siguiente divisa soberana propia del mandato: “haz esto, lo quieras o no”.

Por nuestra parte, consideramos que ese destinatario de los mandatos es, tomando como referencia ciertas visiones imperantes de la política, cualquier individuo que no tiene, no posee o simplemente cedió, su porción de “poder” y, por ende, estaría subordinado a los poderosos y sus mandatos.

2.3.6. *Alguna acción u omisión*

La función-fin más importante de los mandatos, dice Hart, es influir, determinar y regular el comportamiento de los sujetos obstaculizando “los deseos y decisiones que tengan un carácter antisocial” (2016, p. 41-42).

Por lo anterior, incluso tratándose de mandatos que, a nuestro parecer están vinculados con las reglas *primarias* de obligación o de deber, estamos envueltos en una de las grandes operaciones del derecho: la regulativa o deóntica, en virtud de la

cual el derecho prescribe determinados comportamientos (acciones u omisiones). Es decir, siempre que aludamos a relaciones de mando-obediencia, estamos reconduciendo todas las situaciones sociales a aquellas reguladas por reglas primarias o normas de conducta. Esta imagen hegemónica que nos hacemos del derecho es una *imagen del pensamiento soberana*, una imagen que hace que en nuestros modos de ser, pensar y actuar siempre relumbre la operación deóntica o regulativa por encima de cualquier otra, por más que en el derecho identifiquemos, como hace Hart, otro tipo de reglas (secundarias) o disposiciones jurídicas que no remiten al engranaje regulativo.

2.3.7. *Amenaza de castigo*

Dice Hart en la definición de mandato que citamos arriba, que la “amenaza de castigo seguirá a la desobediencia”, situándonos en una especie de nexo causal entre una y otro del cual podemos deducir, no sin dificultades, que el mandato está en la desobediencia y no al revés, como solemos pensar. Este es otro *bucle*, similar a los que describimos en otros acápites de esta investigación. Es decir, nuestro autor presupone que la desobediencia y la transgresión son cualidades objetivas de ciertos comportamientos humanos que justifican, por sí solas, la existencia de un sistema de mandamientos que sean necesariamente obedecidos.

Pese a este inquietante problema, intentemos concentrarnos por ahora en la expresión “amenaza de sanción”. Lo primero que se pone en evidencia aquí es la relación de los mandatos con el rasgo de “coercibilidad” del derecho, esto es, la posibilidad de que, en la ejecución de los mandatos, se recurra a la fuerza física para “asegurar el cumplimiento de los deseos expresados” (1992, p. 25), aspecto que funge no sólo como uno de los rasgos principales de las llamadas reglas primarias, sino que es enseñado como nota constitutiva, característica y hasta esencial de cualquier sistema jurídico, nota sin la cual este sería inimaginable.

Podríamos sostener, pegándonos del calificativo de *utilitaristas* con el que Hart también designa a los imperativistas, que para estos la fuerza física es un

instrumento al servicio del soberano quien, como representante de las “mayorías no desviadas”, trata de disuadir o intimidar a los destinatarios acerca las consecuencias que tendrían sus comportamientos desobedientes. También podríamos decir, siguiendo este calificativo, que el derecho es un medio estrechamente ligado con los fines del soberano, que se mantienen mediante la coerción-coacción.

Si esto es así, la expresión “amenaza de sanción” advierte a los *destinatarios* sobre un futuro posible. Su función, en palabras de Hart, es *prever* un “daño o peligro inminente para otro” (1992, p. 24) y que, basados en esa alerta disuasoria, aquellos decidan si están dispuestos o no a obedecer los mandatos.

Todo lo que hemos dicho hasta aquí presupone, como es lógico, que el mandante tenga el “poder de causar daño” (1992, p. 25), o que este respaldado con un importante “poder de facto” que le permita no sólo amenazar a otro “con hacer algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable”, sino también imponer forzosamente la obediencia cuando sea del caso.

Finalmente, y pese al propio Hart (1992, p. 24), consideramos que los elementos aportados dan cuenta de la relación intrínseca del mandato con otra de las formas lingüísticas del modo imperativo: la *advertencia*, empleada en estas situaciones como refuerzo de los deseos expresados por el mandante.

2.4. Críticas de Hart al concepto de mandato

Hart encuentra inconveniente que se use esa “idea simple [del mandato] como un modelo para el derecho” (1992, p. 28). El sistema jurídico de un estado moderno en “sociedades grandes y complejas” no se puede reproducir, dice él, en la noción aparentemente simple del mandato porque en primer lugar, para nuestro autor el derecho no se puede reducir al mandato de quienes gobiernan en contra de un grupo de sujetos que “habitualmente” lo obedece:

La teoría del mandato hace ver que la vida bajo el derecho es fundamentalmente una relación simple de quien ordena y quien obedece, del superior y el inferior, de quien está arriba y quien está abajo; la relación es vertical entre quienes crean un derecho y que

esencialmente se consideran como fuera del derecho, y quienes obedecen el mandato y están sujetos al derecho.

En segundo lugar, y a diferencia de los utilitaristas, Hart no considera que “la esencia del derecho podía expresarse si la noción de mandato se complementaba con la de hábito de obediencia” (p. 37). Para él esta complementariedad “confesadamente vaga” omite, al menos, tres cosas:

- Que existen otras concepciones de soberanía más ajustadas al derecho moderno. Dice Hart (1992, p. 125): “(...) La propia noción de soberano fuera del derecho que es “habitualmente obedecido” por la “mayoría” de la población debe diluirse: porque en el caso de la “mayoría” que obedece a la “mayoría” lo que ocurre es que se está obedeciendo a sí misma”. Si esto es así, evidentemente no podemos decir que Hart abandonó el paradigma soberano, sino que durante mucho tiempo estuvo buscando otro “fundamento” para su idea de sistema jurídico, uno en el que el centro de la escena no sea la relación soberano-súbdito, sino más bien una *ficción útil* como el concepto de “voluntad general” en Rousseau y, mucho después, la *regla de reconocimiento* generalmente aceptada, la cual suministra criterios de autoridad para que ciertos sujetos -en especial los funcionarios o autoridades- identifiquen válidamente las reglas del sistema jurídico.
- Destaca Hart (1992, p. 64) que el concepto de “hábito de obediencia” no da cuenta de la *continuidad* y la *persistencia* de los sistemas jurídicos. Mejor dicho, el concepto se queda corto para explicar la “continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho mediante reglas que sirvan de puente para la transición de un legislador a otro” y la “persistencia” (p. 67) o “permanencia” de las reglas (p. 28), ya que estas son seguidas en el tiempo por los sujetos a los que se les aplican.
- El aspecto interno de las reglas sociales: Aparte de las cosas que ya dijimos en su momento sobre esto,⁷⁶ hay que recordar que Hart venía de criticar puntualmente el

⁷⁶ Hart (1992, p. 71) dedica una explicación a este respecto sobre la que ya hemos discurrido en la primera parte de la investigación, pero que quizás en este momento ayudaría a clarificar su crítica a la noción de “hábito de

concepto de “hábito de obediencia” porque consideraba que en sociedades complejas, no son los “hábitos” sino las reglas sociales las que se encuentran en la raíz de un sistema jurídico: por ejemplo, cuando un “agente oficial” es reconocido como “autoridad” no hay un hábito, sino la *aceptación* de una regla social que le da a este una potestad o competencia.

- Por lo demás, y más allá de las críticas que Hart le hace a la pareja mandato-hábito de obediencia, lo que nos interesa destacar, por ahora, es que Hart no estaba procurando renunciar al “paradigma” o “ilusión” soberana, con las implicaciones que esto traería, sino que quiere ofrecer algunas coordenadas conceptuales que permitan replantearla o, incluso, poner en consideración algunos de los funcionamientos que se derivan de esta; esto en otras palabras significa añadirle piezas “más complejas” y sofisticadas a la maquinaria de la soberanía, de tal suerte que el susodicho “paradigma” o “ilusión” se disemine en toda la vida social.

Con estos elementos Hart empieza a formar su argumento en favor de un cambio en la denominación “mandatos” que permita distinguir la variedad reglas jurídicas. Sin embargo, antes de ello, analiza críticamente (1992, p. 25) un caso típico, paradigmático o ejemplar de “mandato” o “imperativo” que se aproxima, dice él, a la definición de órdenes respaldadas por amenazas propuesta por los imperativistas: la situación es la de un ladrón que le dice al oficinista de un banco: “Entrégume el dinero o disparo”. En esta situación social está claro que el asaltante *ordenó* al empleado que hiciera algo, pero sería erróneo decir que el asaltante *dio una orden* a este. El siguiente esquema resume los elementos centrales de esta distinción:

“Ordenar”	“Dar una orden” o “dictar”
Relación asaltante – oficinista (la relación entre estos no es vertical)	Relación asaltante – secuaz (La relación entre estos es vertical)

obediencia”: “Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego. No es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquéllos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que “tiene opinión formada” sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan”.

<p>“Su nota distintiva, que nos lleva a decir que el asaltante ordena al empleado (...) es que para asegurar el cumplimiento de sus deseos expresados, el primero amenaza con hacer algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable (...) Si el asaltante tiene éxito, describiremos lo ocurrido diciendo que coaccionó al oficinista, y que éste estuvo, en este sentido, en poder de aquél”</p>	<p>“(...) esta frase, que tiene resonancias militares, sugiere que hay algún derecho o autoridad para dar órdenes (...) Sería completamente natural, empero, decir que el asaltante dio a uno de sus secuaces la orden de que vigilara la puerta”</p>
<p>En esta situación la expresión “estar en poder de otro” es equivalente, desde el punto de vista del oficinista, a la descrita con la expresión “verse obligado”.</p>	<p>En esta situación, el secuaz que obedece la orden dictada por el asaltante acepta su autoridad y, por ende, “tiene una obligación”, aunque esta no pueda ser calificada como jurídica.</p>
<p>El éxito de la orden no es otra cosa que su obediencia (el oficinista efectivamente “entregó” el dinero), aunque en este caso se apele al miedo o el temor del destinatario.</p>	<p>El éxito de la orden también se produce con la obediencia (el secuaz efectivamente “vigiló” la entrada del banco), aunque esta se basa en una suerte de “respeto” o “sugestión” hacia la autoridad del asaltante.</p>
<p style="text-align: center;"><i>Poder</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Autoridad</i></p>

Por lo anterior, en la situación convencional mando-obediencia del asaltante -que no sería jurídica, según Hart- hace falta el complicado elemento de “autoridad” que permita decir que este “*dio una orden*” al oficinista. Esto por supuesto, no ocurre en ciertas situaciones jurídicas de mando-obediencia en las que funcionarios investidos de autoridad pueden, de forma “individualizada”, “particularizada”, “separada”, “singular”, “cara a cara” y “oficial”, dictar órdenes a los ciudadanos con el fin de “recordarles y exigirles” que acaten las directivas generales primarias o, en defecto de estas, “puedan identificarse y documentarse oficialmente [sus incumplimientos], y el castigo amenazado ser impuesto por un tribunal” (1992, p. 27). Aquí también podemos identificar dos situaciones distintas que se corresponden con dos tipos de “directivas oficiales”:

“Dictar órdenes” de dos modos distintos o tipos de “directivas oficiales”, según Hart	
Directivas oficiales primarias Función-fin preventivo	Directivas oficiales secundarias Función-fin reactivo
Caso 1: Un sujeto fue sorprendido por un policía en el momento en el que se preparaba, según este, para lanzar un objeto contundente hacia un establecimiento financiero.	Caso 2: Ese mismo sujeto fue aprehendido por un policía momentos después de cometer un ilícito (“daño en bien ajeno”) y puesto a disposición de otros funcionarios que procesarán y enjuiciarán su comportamiento.
En este supuesto, el policía se vale de una “directiva primaria” para recordarle al posible infractor sobre las consecuencias desagradables de su actuar ilícito, previniendo así la ocurrencia de una desobediencia.	Aquí suponemos que el ilícito presuntamente se cometió y que hay funcionarios autorizados, según ciertas directivas secundarias, para “identificar y documentar” la desobediencia (juez, tribunal, jurisdicción) y dictar una sanción (sentencia) en contra del infractor.
En cualquiera de los dos supuestos, el policía (o el funcionario “oficial”) no sólo está expresando e interpretando la “formulación normativa” de una directiva primaria general, sino que directamente la está aplicando y, por ende, la convirtió en un mandato. Incluso más, su “decisión” de intervenir y tramitar esta situación ya produjo efectos jurídicos y performativos.	

En cualquiera de los casos, dice Hart (1992, p. 27), estas “formas particularizadas de control” en las que él reconoce que un funcionario autorizado da o dicta una orden, son “excepcionales” o constituyen “complementos auxiliares o refuerzos” respecto de aquella situación, todavía más general, en la que a un órgano al que se le confieren ciertas potestades (por ejemplo, el legislador⁷⁷), dicta normas jurídicas o directivas generales primarias que se dirigen a “tipos de actos y clases de personas”, y no a un individuo en particular.

⁷⁷ Hart (1992, pp. 56) sostiene que el legislador se *auto obliga*: como un promitente el legislador es, al mismo tiempo, el emisor y el receptor de sus propias directivas generales. Veamos brevemente su explicación al respecto: “La legislación, a diferencia del mero ordenar a otros hacer cosas bajo amenazas, puede perfectamente bien tener tal fuerza auto-obligatoria (...) tenemos a mano, tanto en la vida diaria como en el derecho, algo que nos permite entenderlo mucho mejor (...) Prometer es decir algo que crea una obligación para el promitente: para que las palabras tengan este tipo de efecto, tienen que existir reglas que establezcan que si se usan palabras por personas apropiadas en ocasiones apropiadas (...), quienes las usen están obligados a hacer cosas que ellas designan (...) Sería ciertamente posible, pero no útil, distinguir dos personas dentro del promitente: una que actúa como creadora de obligaciones y otra como persona obligada, y concebir que una ordena a la otra a hacer algo”.

De acuerdo con lo anterior, tenemos unas proposiciones prescriptivas o imperativas denominadas “directivas primarias generales” que no coinciden, según Hart, con los mandatos en tanto “ordenes respaldadas por amenazas”, sino más bien con las leyes penales de tipo imperativo (1992, p. 41, 61) o “reglas jurídicas primarias o de obligación”, las cuales se introducen o modifican pautas o criterios generales de conducta que deben ser obedecidos por el conjunto de la sociedad (1992, p. 55).

Si esto es así, parece que todas estas críticas y diferenciaciones finalmente apuntaban a una reformulación y extensión del concepto de “mandato” que permita su sustitución por el concepto de reglas o directivas primarias, las cuales destacarían por remitirnos a situaciones menos particularizadas de derecho, aunque este siga subordinado y reducido a las expresiones de la “voluntad soberana del Estado” que denominamos mandatos. Hart mostró al principio sus sospechas con este reduccionismo y, por ello, criticó que pese a la “variedad de normas jurídicas”, estas fueran reconducidas y recubiertas con un único marco de referencia en el cual “no hay lugar o solamente un lugar accidental” (p. 40) para otros tipos de reglas jurídicas que son absolutamente diferentes de los mandatos, por ejemplo, las llamadas reglas secundarias. Hasta aquí, toda esta excursión analítica resultaba en una crítica muy sensata al imperativismo que describe *toda* la fenomenología jurídica a partir de la relación mando-obediencia.

Sin embargo, la novedad de Hart terminó siendo un truco engañoso, porque su *concepción del derecho* se sigue soportando en la “ilusión” soberana de sus predecesores, sólo que en esta versión tienen cabida distintos órdenes de mandatos; aparte de las reglas secundarias, cuya finalidad sería *regularizar e institucionalizar* el poder coactivo del Estado, y garantizar con ello el mantenimiento de la relación mando-obediencia en sociedades complejas.⁷⁸

Dicho de otra manera, aunque Hart (p. 40) rehusaba la “analogía entre leyes y mandatos” propuesta por Austin, ya que existen otras reglas jurídicas que “brindan herramientas más o menos elaboradas para que los individuos creen estructuras de derechos y obligaciones, para que desarrollen la vida dentro del andamiaje coercitivo del derecho”, igual nos condujo otra vez (*bucle*) a los aparatajes organizados de fuerza en los que se funda, organiza e instituye la relación mando-obediencia. Hart terminó, a pesar de sus esfuerzos críticos, siendo un pensador de la

⁷⁸ Nuevamente reiteramos lo “corta de miras” que terminó siendo la concepción hartiana de “reglas secundarias”, tal y como lo expusimos en la primera parte de la investigación.

soberanía, un notable teórico del derecho que alimenta y auspicia teorías y prácticas jurídicas imperativistas. Su remisión constante al “andamiaje coercitivo del derecho” y a las “reglas primarias” eclipsa y contamina el análisis y descripción de otras situaciones prácticas que no necesariamente pueden enmarcarse en el modo de relación mando-obediencia.

En cualquier caso, sería más preciso decir que pese a que las reglas secundarias se ocupan y se *combinan* con las “directivas generales primarias” para aclarar muchas de las “oscuridades y distorsiones” (1992, p. 122) que están envueltas en la existencia de ese “fenómeno social complejo que llamamos un sistema jurídico” (1992, p. 143), esta construcción sigue siendo la concreción del mandato de quienes gobiernan en una sociedad. El resultado de esa combinación lamentablemente nos muestra que la relación mando-obediencia sigue siendo el marco de referencia del *concepto de derecho* de Hart y que, aunque de hecho existan otro tipo de reglas y disposiciones jurídicas, estas serían a lo sumo “la compuerta de entrada” o las que dan “acceso” al sistema imperativo de mandatos, prohibiciones, persecuciones, procesos, juicios y castigos que identificamos como “lo jurídico”.

En notas epilogas de esta investigación que titulamos como “conclusiones” recogeremos distintas anotaciones críticas diseminadas en el texto acerca de los conceptos estudiados sobre obediencia y mandato.

3. CONCLUSIONES

A la terminación de este esfuerzo investigativo la denominación “conclusiones” no rebasa la formalidad. En realidad, sabemos en nuestros adentros que han quedado muchas preguntas que todavía despiertan la curiosidad y el deseo de proseguir en líneas que apenas fueron esbozadas. Pese a todo, he aquí las “conclusiones” que resultan de rastrear en un gran autor de la teoría del derecho las nociones de mandato y obediencia.

Este desafío requirió ser, en la medida de nuestras condiciones y capacidades, lo más fieles posibles a los movimientos de su pensamiento tratando de encontrar las implicaciones subyacentes en su utilería conceptual y metodológica. Encarar ese reto implicaba el estudio intenso de sus conceptos centrales y, a partir de ellos, encontrar los nexos explícitos o implícitos con el mandato y la obediencia. Semejante ejercicio arrojó, entre otras cosas, una afirmación que esperamos haya sido demostrada: Hart sigue siendo un pensador del paradigma de la soberanía y mantiene una concepción imperativista del derecho. Siendo esto así, nos parece que la capacidad descriptiva y explicativa de su andamiaje conceptual es apenas parcial para dar cuenta de la variedad de formas y funcionamientos que se detectan en las prácticas jurídicas contemporáneas. Dentro de esas formas, funcionamientos y prácticas (sociales y jurídicas), efectivamente podemos encontrar ámbitos específicos o instancias del discurso jurídico en las cuales sigue operando la ilusión contenida en el paradigma de la soberanía y que esa ilusión, “útil” a “poderes salvajes” de todo orden, alimenta modos de vivir, actuar y pensar imperativistas. Por eso, paradójicamente, la obra de Hart, incluso en aquello que teórica y prácticamente deploramos, es un mar de estímulos, sugerencias, motivaciones. Por eso al término de este trabajo se siente gratitud con Hart y con la portentosa obra que le ha legado a la humanidad.

1º. En diversos pasajes de su obra, Hart sostiene que en toda sociedad política existe un soberano al que se le debe obediencia habitual por parte de la mayoría de la sociedad. Por mayoría entiende a todos aquellos que viven “conforme” a reglas porque identifican su aspecto externo e interno; es decir, aparte de admitir su carácter objetivo, las internalizan “aceptándolas”. La vida así “funciona” “normalmente” para esas mayorías aceptantes y “no desviadas”. Esas

“mayorías”, de hecho, son el soberano que se personifica en los “funcionarios”, “abogados” y “particulares” que orientan sus vidas guiados por pautas o patrones, “situación tras situación”; prueba de ello es que las reglas son el *fundamento* de sus “reclamaciones”, “demandas”, “reconocimientos”, “crítica” y “castigos”, “todas la transacciones familiares de la vida conforme a regla”.

Sociedad “soberana”, “angelical”, “no desviada”, “aceptante”, “litigiosa”, “querulante”, “funcionarial” y “diluida” en cualquier rincón de las ciudades y campos; “sociedad de soberanía” en la que, con el derecho, por fin se ha realizado la más anhelada pretensión soberana de darle “forma a la vida”. Sociedad en la que presuntamente el soberano ha sido domado por los usos habituales y aceptados de las reglas de mayorías que no tienen por qué conocerlas. Sociedad que no precisa que al ciudadano se le presente el funcionario a *mandarle* cara a cara, porque ya el soberano habita en su cabeza desde el principio de los tiempos; soberano o “mayoría” que obedece a la mayoría y que ya no precisa del artilugio cristiano -y después medieval- que la había justificado: la ficción-ilusión de los dos cuerpos del rey, sino de otro artilugio atrayente que suscite la pasión creyente: la promesa que “auto-obliga” al promitente sin necesidad de acudir a *otro*; esto es, que cada individuo o colectivo prometa día a día, situación tras situación, que será soberano y súbdito consigo mismo; y soberano *in situ* y súbdito *in situ*, en relaciones reversibles con los otros. ¿Esto es filosofía, literatura o teoría del derecho? ¿El género que le corresponde a este relato es el terror y la fantasía?

2º. Si Borges leyera *El idioma analítico de H.L.A. Hart* quizás diría citando a Novalis: “El mayor hechicero sería el que se hechizara hasta el punto de tomar sus propias fantasmagorías por apariciones autónomas, ¿no sería ese nuestro caso?” Nosotros respondemos que así es; esa sociedad soberana que ha hecho surgir como por encanto, parafraseando a Marx, tan potentes artefactos-artificios jurídicos, “se asemeja al mago que ya no es capaz de dominar las potencias infernales que ha desencadenado con sus conjuros”; La Gran Cosa [el Capital, la Ley, Dios, la Razón, el Juicio] emite “señales”, que como rayos, el observador externo “moderado” y el participante: “ven”, “contemplan” y “aceptan”; ojos, cerebros, cuerpos dispuestos a la “conformidad” con la Gran Cosa hasta el punto que los atraviesa y los devora por cuotas o pequeñas dosis. La Gran Cosa que a los participantes les parece que cobra vida propia; les parece

que irradia reglas como señales que encandilan y *ob-ligan* incondicionalmente; les parece que es una Persona entre las personas a la que después le hacen liturgias agradeciendo el fruto bendito de ese vientre maldito. La Gran Cosa como mandamiento que, en cuerpos (individuales y colectivos) deviene obediencia espontánea, confianza/aceptación ciega, servidumbre voluntaria. La Gran Cosa convertida en Hiper-Objeto de sus deseos, sueños, imaginaciones, razones, creencias, acciones, horizontes y esperas... tristes.

3º. Un ligero deslizamiento imperceptible se ha operado en este trabajo: el paso del mandato al *mandamiento*. No es una mutación menor, manifiesta el cambio del hiato entre los deseos del que manda y su expresión: “el mandato”, que se creería desgajado del cuerpo que lo produjo, hacia un acto de habla: “mandamiento”, que *hace* algo cuando se emite, que produce algo cuando se pronuncia, que agencia los deseos en el acto mismo de pronunciar. Los mandamientos en modo imperativo que se producen por doquier en una sociedad, son verdaderas “consignas” en donde los “soberanos *in situ*”, o “mayorías normales” de las que hablaba Hart, le dictan órdenes a la vida dentro de un “andamiaje coercitivo” soportado en diversos aparatos de fuerza. El Gran Performativo del soberano que basta que diga la palabra para que se produzca la cosa; basta que dicho el Verbo “ligue” para atravesar los cuerpos y sus acciones.

Hart no se percata de que usa un discurso indirecto hiper-vinculante para referirse a la relación, visual, contemplativa y enunciativa, del observador externo “moderado” y del participante. “Acepta” la teodicea piramidal, según la cual, en cada escalón un “órgano” “ve”, “contempla”, “dice” a través de los ojos, cerebros y boca del inferior y a su vez es replicado o resonado por lo que “ve”, “contempla” y “dice” el superior (ve hacia abajo y aunque no ve hacia arriba *cree* en el super-ojo de la Gran Cosa). En el límite alto hasta llegar al Gran Performativo soberano; en el límite hacia abajo hasta llegar al vecino o funcionario que lo mandonea, cual soberano en un emplazamiento obediente, aunque todo esta situación “cara a cara” sea sólo pura imaginación paranoica y conspirativa.

Y es que esa imaginación lúgubre, paranoica, conspirativa (que se sustenta en el llamado por Hart “Derecho Natural Mínimo”) tiende a representar toda situación jurídica, molar o molecular,

como una relación mandamiento-obediencia que ensombrece, aplasta, subordina, mina, excluye y atrae otras potencias y manifestaciones de la vida, incluso jurídica.

Hart tampoco se percató; o se percató pero no le importa; o se percató y no saca las consecuencias de lo que él mismo escribe: por ejemplo: “Prometer es decir algo que crea una obligación para el promitente: para que las palabras tengan este tipo de efecto, tienen que existir reglas que establezcan que si se usan palabras por personas apropiadas en ocasiones apropiadas (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. Así, cuando prometemos, nos valemos de procedimientos especificados para cambiar nuestra propia situación moral imponiéndonos obligaciones y confiriendo derechos a los demás” (Hart, 1992, p. 54). Si esto es así, no hubiéramos escrito todos los párrafos anteriores de esta conclusión.

Lejos de nosotros está pregonar paranoias o visiones conspirativas porque, para lo mejor (emancipación) o lo peor (conservación), esto es así en las teorías, doctrinas, concepciones, corrientes y prácticas jurídicas prevalecientes; quizás no sea así para las corrientes críticas de las que se espera, entre otras cosas, rebeldías lúdicas que ataquen, incluso en ámbitos académicos, sus *habitus* serios y graves.

4°. Supongamos finalmente al participante “moderado” de Hart ante una situación corriente y cotidiana: por ejemplo, conduce un vehículo llevando a su hija enferma al hospital y se detiene detrás de otros vehículos detenidos ante un semáforo en rojo. Este participante “moderado” o “aceptante” se pregunta *en ese instante*: ¿Hay una regla de la cual pueda contemplar su aspecto externo e interno? Él cree fundadamente que no hay una, sino muchas reglas sociales primarias y secundarias que envuelven su situación. En cada una de ellas también verá su aspecto interno, ya que no será como esos “predictivistas” que sólo ven el aspecto externo o “deber” objetivo. ¿Cuál es la guía, pauta o criterio para orientar mi conducta en esta situación? El participante está perplejo: son tantas las reglas y tantos los aspectos internos que no sabe qué hacer... [el narrador suspende el relato y le pide a sus lectores y lectoras que lo completen al hilo de las siguientes problemas propios del derecho en las sociedades contemporáneas: hiper-normativización; antinomias, lagunas, pluralismos, formulación normativa y norma, textura abierta, vaguedad,

ambigüedad, ponderación, precedentes, principios, saturación...]. Al término de esto, el lector o lectora debe decidir: ¿cuál es la regla-guía para orientar la conducta del participante? ¿cuál es la obligación que “tiene” el participante? O acaso ¿cuál es la que aceptara?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y DOCUMENTALES

- Arráez Milán, A.M (2015). *La objeción de conciencia en los desahucios: especial referencia a los funcionarios ejecutores de sentencias* (Trabajo fin de grado en Derecho Curso Académico 2014-2015). Universidad de Alicante. España.
- Austin, J.L. (1955). *Cómo hacer cosas con palabras* [en línea]. Recuperado de: www.philosophia.cl
- Atienza, M. (2008). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1996) *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Baena, C. (2017). Obediencia al derecho y legitimidad estatal: un análisis de la teoría del deber natural de obedecer instituciones justas, según Jeremy Waldron. *Revista Electrónica do Curso de Direito UFSM*, 12(2). 675-691.
- Balibar, E., (1999). Foucault y Marx. La postura del nominalismo. En: (AA. VV.), *Michel Foucault. Filósofo*. (pp. 48-67). Barcelona: Gedisa.
- Betegón Carrillo, J., Gascón Abellán, M., De Páramo Argüelles, J. & Pietro Sanchís, L. (1997). *Lecciones de teoría del derecho*. España: McGraw-Hill.
- Bix, B. (2006). *Teoría del derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Bobbio, N. (2007). *El problema del positivismo jurídico*. México: Distribuciones Fontamara S.A
- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (1985). *El futuro de la democracia*. Madrid: Plaza Janés Editores.

- Bonilla-Maldonado, D. (2016). *El Constitucionalismo en el Continente americano*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Universidad Eafit.
- Bordieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Capella, J. R. (2005). *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Castro-Gómez, S. (2010). *Historia de la gubernamentalidad I. Razón de estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Calvo García, Manuel (2012). *Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Cetina, R. A. (2017). *La educación: más allá del mal, el autoritarismo y la obediencia*. (Tesis de Grado, Maestría en Filosofía). Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá.
- Chiassoni, P. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra Editores.
- Dagognet, F. (2000). *¿Cómo salvarse de la servidumbre? Justicia, escuela y religión* (Traducción de Luis Antonio Palaú). París: Sanofi-Synthélabo.
- Deleuze, G y Guattari, F. (2012). *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*. Valencia: Pre-textos.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel
- Fernández García, E. (1990). *Estudios de ética jurídica*. Madrid: Editorial Debate.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. España: Trotta.
- Finnis, J. (2012). Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho. *El legado H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*. Barcelona: Marcial Pons.
- Foucault, M. (1988). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología*, 50(3). 3-20. Recuperado de <http://terceridad.net/wordpress/wp-content/uploads/2011/10/Foucault-M.-El-sujeto-y-el-poder.pdf>

[García Villegas, M. \(1993\). *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes.](#)

García Villegas, M (2011). Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. En Rodríguez Garavito, C. (Coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. (pp. 161-185). Buenos Aires, Siglo XXI.

García Villegas, M. (director) (2009). *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.

García Villegas, M. (editor) (2001). *Sociología jurídica: teoría y sociología jurídica en Estados Unidos*. Bogotá D.C.: Editorial Unilibros, Universidad Nacional de Colombia.

Garzón Valdés, E. (2000). *El derecho y la justicia*. España: Trotta.

Gascón Abellán, M. (1990). *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Gaviria Díaz, C. (2014). *Temas de introducción al derecho*. Medellín: Señal Editora.

Gorelli Hernández, J. (Mayo de 1997). Deber de obediencia y despido por desobediencia. Ponencia presentada en VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Albacete-España.

Guastini, R. (2003). La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Guastini, R. (2014). *La sintaxis del derecho*. Trad. A. Nuñez Vaquero. Madrid: Marcial Pons.

Hart, H.L.A. (1992). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hart, H.L.A (1997). Mandatos y razones dotadas de autoridad [en línea]. En: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Número 6. (pp. 83-105). Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

Hart, H.L.A y Fuller, L. (2016). El positivismo y la separación del derecho y la moral. En: *El debate Hart-Fuller* (pp. 19-87). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hart, H.L.A. (1977). *Obligación jurídica y obligación moral* [en línea]. Recuperado de: https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/1_Obligacion_juridica_y_obligacion_moral.pdf

Hart, H.L.A (1997). Post scriptum (El concepto de derecho). En: *Centro de Estudios Públicos* (67). 225-263. Recuperado de: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-61-a-la-90/estudios-publicos-n-65/post-scriptum-el-concepto-de-derecho>

Hart, H.L.A (1959). *Scandinavian Realism* [en línea]. Recuperado de: <https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/scandinavian-realism/ABA0C2C8C51847254623E25D0E698CA2>

Hernández Zambrano, D. (2014). *Autoridad y legitimación*. (Artículo especializado, Maestría en Filosofía). Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Bogotá.

Hegel, G.W.F. (trad. 1999). *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*. Traducción de Vermal, J.L. Barcelona: Edhasa.

Hobbes, T. (trad. 1966). *Del ciudadano*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos.

Holmes, O. W. (2012). *La senda del derecho*. España: Marcial Pons.

Iosa, J. F. (2015). La obligación de obedecer el derecho. En (A.A. V.V) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del derecho. Volumen II*. (pp. 1193-1245). México: Universidad Autónoma de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/13.pdf>

Instituto Hans Kelsen (A.C.) (1984). *Teoría pura del derecho y teoría marxista del derecho*. Bogotá: Temis.

Londoño, H. (2016). *Sistemas punitivos y derechos humanos. El caso de la comuna 13 en Medellín-Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la justicia?*. Barcelona: Ariel.

- Kelsen, H. (1994). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- La Boétie, É. (Trad. en 2007). *Discurso sobre la servidumbre voluntaria o contra el Uno* (Trad. Luis Casado). Barcelona: Tecnos.
- La Torre, M. (1993). Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 16, pp. 67-93 Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051329>
- MacCormick, N. (2011). *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- MacCormick, N. (2010). *H.L.A. Hart*. Madrid: Marcial Pons.
- Montoro, A. (1972). Notas sobre el realismo jurídico escandinavo: Derecho, efectividad e imperativismo jurídicos en Karl Olivecrona [en línea]. En: *Archivos de la Cátedra Francisco Suárez*. N° 12, 1, 65-106. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/86960>.
- Pattaro, E. (1991). *Elementos para una teoría del derecho*. Madrid: Editorial Debate.
- Platón (trad. 1994). *Critón* (Traducción María Rico). Barcelona: Centro de Estudios Constitucionales.
- Peces-Barba, G.; Fernández, E. y De Asís, R. (2000). *Curso de teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Sanchís, L.P. (1996). *Introducción al derecho*. Cuenca: Servicio De Publicaciones De La Universidad De Castilla-La Mancha.
- Sanchís, L.P. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Schaurer, F (2015). *Fuerza de ley*. Perú: Palestra Editores S.A.C.

- Schaurer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. (Traducción Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez). Madrid: Ediciones jurídicas y sociales.
- Schiavoni, A. (2009). *La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo.
- Sófocles (trad. 2018). *Antígona*. España: Penguin Clásicos.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y norma*. Barcelona: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J.M. (2002). *Formalismo ético y constitucionalismo*. España: Tirant Lo Blanc
- Ross, A. (1971). *Lógica de las normas*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Tyler, T. (2014). *La obediencia del derecho* (trad. Carlos Morales de Setén Ravina). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ugartemendia, J. (1999). El derecho de resistencia y su “constitucionalización”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 103, 213-245. Recuperado de <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/viewFile/46727/28211>
- Van Kerchove, M., Y Ost, F (2001). *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Vergara Lacalle, O. (2002). *El derecho como fenómeno psicológico social y la posibilidad de una ciencia jurídica avalorativa. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona* (Tesis doctoral). Universidade da Coruña: La Coruña.
- Vergara, Lacalle, O. (2003). La noción de «orden» o «mandato» en la teoría general del derecho del realismo escandinavo. Una nota sobre las limitaciones del análisis psicologista del lenguaje normativo [en línea]. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. 815 – 827. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=997309&orden=312086&info=link>
- Zambrano, P. (2010). El derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis. *Anuario de Filosofía y Teoría del*

Derecho, 4(2010), pp. 323-366. Recuperado de
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421940002011>

ANEXOS

ANEXO 1

Como complemento a la definición de “razones prudenciales”, ofrecemos la siguiente tipología con aquellas “razones” que consideramos más relevantes, aunque incorporaremos algunos interrogantes y comentarios críticos que surgieron al momento de sistematizar y analizar los hallazgos correspondientes a este ítem.

TEORÍAS INSTRUMENTALISTAS, TELEOLÓGICAS, UTILITARISTAS-CONSECUENCIALISTAS⁷⁹		
<p style="text-align: center;">Razones prudenciales de obediencia</p> <p style="text-align: center;">Perspectiva del “hombre malo”</p> <p><i>(¿Por qué hombres y mujeres obedecen el derecho?)</i></p> <p>Los sujetos⁸⁰ obedecen el derecho por:</p>	<p><i>Ejemplos (Y alguna explicación...)</i></p>	<p><u>Problematización</u>⁸¹</p>
<p>1. Miedo, temor, peligro de sanción, castigo o pena</p>	<p>Dicen algunos autores (Pietro Sanchís, 2016) que defienden este tipo básico de “razón prudencial” que en <i>todos</i> los ámbitos del derecho podemos</p>	<p>Sobre las razones prudenciales (1), (2) y (3)</p> <p style="text-align: center;">- Consideramos que hay que colocar en el</p>

⁷⁹ No quisimos emplear una sola denominación para referirnos a estas teorías, porque advertimos que las denominaciones que se les dan a las “fuentes” de las “razones prudenciales” son tantas como autores.

⁸⁰ Nótese que aquí en este esquema no tratamos de diferenciar la posición o estatus de los sujetos, con lo cual sólo trabajamos con algunas respuestas genéricas a esa pregunta.

⁸¹ En esta columna quisimos incorporar algunos comentarios, inquietudes y objeciones al “inventario” de razones prudenciales que desarrollamos someramente en las demás columnas. Lamentablemente, no podremos profundizar en los contrastes en que derivaron los hallazgos. Apenas si nos permitimos presentar a estas cuestiones como futuros campos de investigación con los que podría enlazarse el presente trabajo, no mucho más.

<p>“Sin el delito que despierta en nosotros multitud de sentimientos adormecidos y de pasiones medio extinguidas, permaneceríamos mucho más tiempo en el desorden, es decir, en la atonía (...) El veneno, el incendio y a veces incluso la rebelión, son testimonio de las ardientes miserias de la condición social” (Michel Foucault)</p>	<p>identificar algunas reglas jurídicas que contienen sanciones. El objetivo de estas sanciones es retribuir y remediar, cuando son efectivamente aplicadas, los efectos de la desobediencia y reforzar la obediencia generalizada del derecho.</p> <p>No obstante lo anterior, estos mismos se encargan de advertir que resulta muy alambicado concebir un sistema jurídico globalmente eficaz, apoyado únicamente en esta razón de obediencia. Toca apelar a otros mecanismos o técnicas que ensarten la obediencia en el cuerpo de los sujetos.</p>	<p>centro de estas discusiones -cosa que no han hecho decisivamente los teóricos y estudiosos del derecho- la incidencia de los sentimientos y emociones en los emplazamientos obedientes <i>con</i> el derecho.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es necesario también, en esta misma senda, estudiar el papel que cumplen socialmente las emociones en la movilización e <i>interiorización</i> de actitudes obedientes. - Finalmente, no hay que descuidar el papel de las <i>percepciones</i>, y la forma como en muchas ocasiones estas aportan a los “cálculos racionales” y estratégicos que adoptan quienes obedecen o se sujetan al derecho. <p>Así las cosas:</p> <p>Dado que el miedo al castigo o el temor a la sanción no son las únicas sensaciones, sentimientos o emociones relacionadas con la obediencia del derecho, se nos ocurre que se podrían estudiar ciertas instancias jurídicas, pero tomando en cuenta el papel en ellas de las emociones, pasiones, valores, creencias, virtudes y sensaciones (<i>afectos</i>) que son más o menos predominantes cada una. Por supuesto, en un escenario así, la discusión, dentro de los marcos estratégicos correspondientes, no se subsumiría a los ámbitos en los que son o pueden ser empleadas las llamadas “razones prudenciales de obediencia”, sino que se amplía muchísimo más.</p> <p>Para el efecto, proponemos algunos ejemplos de un</p>
<p>2. Percepción y búsqueda de PREMIOS</p>	<p>La finalidad de los premios también es <i>retributiva</i>. “Representan una reacción favorable frente a un comportamiento ventajoso para la sociedad o meritorio desde el punto de vista individual” (Pietro Sanchís, 2016).</p> <p><i>Ejemplos:</i> Concesión de honores, condecoraciones, ventajas diversas, promociones, recompensas, beneficios, dinero, etc.</p>	
<p>3. Percepción de “obediencia generalizada”</p>	<p>Hart, como sugerimos previamente, se refiere entre otras a la “obediencia generalizada” cuando sostiene que el derecho no tiene sentido en los casos de cumplimiento e incumplimiento plenos. Para él es importante sostener como un hecho social incontrovertible, que los sistemas normativos tengan ciertos grados de ineficacia; y que eso no los hace inválidos o inexistentes, al menos en principio.</p>	

	<p>Contrario a lo anterior, parece que son esos grados de incumplimiento los que terminan justificándolo.</p>	<p><i>experimento</i> que nos permita plantear puentes e intersecciones entre el derecho y los <i>afectos</i>; aquí presentados en términos muy genéricos:</p>
<p>4. Miedo, temor, peligro respecto de las <i>autoridades</i> que se encargan de perseguir, coaccionar y sancionar (sean estas públicas, privadas; legales, ilegales; formales o informales, etc.).</p>	<p>Esta sensación genera, según algunos de los autores estudiados (Tyler, 2014), <i>rencor</i> y <i>desconfianza</i> hacia los funcionarios o autoridades normativas, con lo cual se suscita una suerte de “relación de antagonismo” entre estas y los ciudadanos.</p> <p>Adicionalmente, produce <i>costos</i> -no sólo económicos- y un excesivo <i>desgaste</i> en los aparatajes institucionales (estatales) encargados de definir, comprobar, enjuiciar, decidir y reprimir a los transgresores de las reglas jurídicas. Estamos aquí frente un <i>problema de ineficacia de sanción</i> (en otras palabras: la presencia y el despliegue permanente de autoridades legales –policías, ejército, jueces, por ej.-, no es suficiente ni exitosa y, por tanto, difícilmente se consigue disuadir a la gente para que cumpla el derecho). Ello sin contar con que este tipo de ineficacia puede intensificarse por otros <i>factores</i>, como por ejemplo: corrupción, desconfianza, impunidad, poca neutralidad de las autoridades, malos tratos, etc.</p> <p>Situándonos, todavía más, en la perspectiva de las autoridades implicadas en los supuestos de OD, estas son algunas de las preguntas que creemos que ellos se formulan al respecto:</p> <p>¿Cómo hacer para volver más <i>eficaz</i> el aparato organizado de fuerza y restablecer la percepción</p>	<p>En el derecho privado: la codicia (o el llamado “ánimo de lucro”), la culpa.</p> <p>En el derecho comercial: la avaricia, el egoísmo, la envidia.</p> <p>En el derecho público (administrativo): la fidelidad, la prudencia, el esfuerzo y la pulcritud.</p> <p>En el derecho penal y disciplinario: La venganza, la culpa, la vergüenza, el dolor (que van juntas con la creencia en el llamado <i>homo homini lupus</i>).</p> <p>En el derecho de seguros y en el derecho de la seguridad social: la percepción y gestión poblacional de miedos/peligros, la sensación de riesgo.</p> <p>En el derecho laboral: el cansancio, la angustia, la pereza y otras emociones ligadas a la injusticia y explotación que sienten los trabajadores.</p> <p>En el derecho de familia: afectos ligados a la rabia, venganza, confianza, amor, felicidad, linaje y patrimonio.</p>

	<p>social de miedo y el nerviosismo social? ¿Cómo multiplicar y extender estos operadores policivos y judiciales hasta lo más cotidiano?</p> <p>Y si esto es así, ¿qué decir papel de “otras autoridades” –con sus respectivos ordenes normativos– que <i>mandan</i> y actúan como guardianes de la paz y la seguridad allí donde las autoridades “formales” no pueden <i>forzar</i> la obediencia del derecho estatal?</p> <p>¿Acaso esta mal llamada “razón para obedecer” aplica también para el que obedece las órdenes del vigilante informal o de los grupos armados –las bandas, los combos, las oficinas, las milicias, los paramilitares, etc.– que prestan el servicio de seguridad en algunos barrios de la ciudad (y también en zonas rurales)? ¿Qué implicaciones tiene esto en la reflexión sobre la OD, en este caso entendida como <i>legitimidad</i>? (Londoño, 2016)</p>	<p>En el derecho financiero: el miedo al paro -con las bolsas de valores desplomándose, la “mano invisible” del mercado y otros demiurgos del <i>caos</i> de la economía-, sobre todo si las personas tienen créditos -esto es, vivencian la “deuda”- o tienen cargas familiares o individuales que atender; el prestigio o cierto grado de reconocimiento social.</p> <p>En el derecho constitucional: el miedo y la ambición, el deseo de “poder” son determinantes en el mantenimiento de ciertas narrativas constitucionales.</p> <p>También podríamos identificar políticas públicas y reformas jurídicas ligadas a la propagación de ciertos <i>afectos</i> (Cfr. Ventanas rotas, tolerancia cero, reformas para el incremento e intensificación de las sanciones/premios para ciertas infracciones, construcción de lugares de disciplinamiento y encierro, etc.).</p> <p>Ahora, las interrogaciones que acompañarían estos <i>experimentos</i> podrían ser las siguientes:</p> <p>¿Cuáles pueden ser las implicaciones de los <i>afectos</i> que acompañan los emplazamientos obedientes con el derecho? ¿Se puede hacer un seguimiento de las transformaciones y los <i>afectos</i> que acompañan diferentes <i>procesos jurídicos</i>? ¿El goce, el placer, las pulsiones y la satisfacción por ejemplo, también pueden entretorse con las técnicas de</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

interiorización de las *obligaciones jurídicas*?

- Para las teorías estudiadas, los *afectos* que predominantemente sobresalen cuando estudiamos el derecho tienen que ver con el miedo, el temor, la sensación inseguridad o de peligro. Claramente, y como hemos mostrado hasta aquí, no son los únicos.
- Adicionalmente, algunos teóricos del derecho (Sanchís, 2016) detectan una serie de disposiciones jurídicas que *se cumplen voluntariamente*, incluso sin que los destinatarios sean “conscientes” de que existe una prescripción jurídica como tal: por ejemplo, apelan a normas en las que se impone el deber jurídico que tienen los padres en relación con los hijos de “protegerlos, alimentarlos, educarlos, etc...”, para advertir que estas son obedecidas por motivaciones distintas al llamado “miedo o amenaza de sanción”. En otras palabras, se prescribe una conducta *generalmente obedecida*, que resulta: 1. O bien de la espontánea asunción de su contenido; 2. O bien de la *conformidad* manifiesta con otros ordenes sociales distintos al derecho (creencias morales o valores, por ejemplo).

Sobre la razón prudencial (4)

Proponemos algunas cuestiones abiertas y reflexiones breves sobre debates propuestos en el examen de esta razón prudencial:

¿Por qué surge y hasta ese defiende esa presunta necesidad de “controlar” –sin importar quien haga las veces de mandamás- a todos los que habitan o transitan por ciertos espacios sociales –incluso virtuales-? ¿Por qué justificamos y naturalizamos esa extraña necesidad de que las personas se conviertan en vigilantes (“tiranuelos”) –incluso nosotros mismos-, consintiendo, manteniendo y defendiendo, en el peor de los casos, una estrategia como la del paramilitarismo? ¿Qué emociones, deseos y sentimientos (*afectos*) emergen en nosotros cuando procuramos reproducir, generalizar y naturalizar la vigilancia? ¿Qué hay de placentero en hacer pesar sobre nuestros comunes esa sensación de peligro, amenaza, incluso a ser desaparecidos? ¿Por qué reclamamos un policía en las calles, un “paraco” en cada esquina y hasta un delator-vigilante (“buen ciudadano”) en cada uno de nosotros”?

“...De ahí en adelante la vida cotidiana cambia. La policía está en la calle, sin nada que la distinga ya, esto quiere decir: está por todas partes, mucho más visible en tanto busca ser invisible... y finalmente la policía es usted, pues lo que falta por ocurrir es que cuando la policía se viste de civil, los civiles, aquellos que están vinculados al poder, que son constituidos por él y que se reconocen en él, terminan por convertirse en policías” (Anónimo).

Sin desviarnos de la reflexión de estas preguntas, les proponemos un ejemplo (seguridad, vigilancia) que nos permita captarlas de una manera más próxima a nuestra cotidianidad:

¿Por qué encontramos cámaras y sistemas de vigilancia en barrios, calles, parques e instituciones públicas y privadas? ¿Qué sensaciones, percepciones, sentimientos y emociones generan y se pretenden internalizar por medio de estas tecnologías de control, vigilancia y seguridad? ¿Por qué es importante, para el funcionamiento del derecho, esta suerte de interiorización del terror?

¿Por qué creen que hoy se habla, en algunas instancias del discurso jurídico, de la llamada privatización de la seguridad? El recurso al miedo y otros afectos similares se reactualiza incesantemente en nosotros como un medio para naturalizar la presencia de la vigilancia y convertirnos a todos en policías. Privatizar, en este sentido, consiste en crear un tejido amplio con un objetivo ambicioso y específico: controlar y asegurar todos los espacios de la vida social; permear todas las actividades humanas hasta producir las que G. Deleuze denominó “sociedades de control”.

La invitación, más allá de las pretensiones que

		<p>parece imponer una visión securitaria del mundo social (el delirio de la seguridad: “Todo está controlado”), es no caer en la paranoia y tratar de enfrentarla con una reflexión crítica que nos permita encontrar, proponer y crear otras maneras de vivir y otros modos libertarios de existencia que respondan de otra manera a esta “racionalidad prudencial”.</p>
<p>5. Porque las normas jurídicas cumplen los efectos normativos u objetivos que, según la <i>percepción del destinatario</i>, esta debe/debería seguir.</p>	<p>Estamos aquí, otra vez, en los terrenos de la denominada eficacia instrumental. Aquí ahondaremos un poco en su relación con esta racionalidad prudencial.</p> <p>Cuando una autoridad normativa crea una disposición jurídica lo hace persiguiendo algo, en este caso producir un impacto en la sociedad que se traduce en ordenar la conducta de los destinatarios. A veces, estas disposiciones resultan <i>instrumentos</i> idóneos y, por tanto, los destinatarios las obedecen en últimas y, lo que es más, las emplean en sus relaciones sociales. Otras veces no ocurre igual, ya que las disposiciones jurídicas no producen los efectos esperados (funciones manifiestas) o, incluso, generan resultados completamente contrarios (funciones latentes). Conclusión: los fines que se persiguen no siempre coinciden con los efectos de las disposiciones jurídicas, por más que el modelo constitucional de estado de derecho marque una serie de fines u objetivos que <i>deben ser</i> perseguidos por aquellas.</p>	<p>Si se estudia el derecho como un artefacto histórico, social y cultural que produce innumerables <i>efectos</i> en la vida social (no sólo jurídicos, sino también sociales, políticos, culturales, económicos), ya que en ella tienen lugar múltiples relaciones de poder.</p> <p>Ello supone prestar atención, en primer lugar, al poder creativo y performativo de este poderoso artefacto cultural (“realismo mágico del derecho”), que se vuelve <i>real</i> en la medida en que produce, moldea, formaliza, niega o ratifica ciertas relaciones sociales (modos y formas de vivir).</p> <p>En otras palabras, consideramos que si estudiásemos el derecho, siguiendo algunos de sus funcionamientos o disfuncionamientos, podemos advertir los <i>efectos de poder y saber</i> que produce este en individuos, comunidades y grupos, al margen de la presunta libertad que tienen o no los destinatarios para obedecer o desobedecer las normas jurídicas.</p> <p>En segundo lugar, en esos funcionamientos y</p>

	<p>El grado de cumplimiento o de obediencia por parte de los destinatarios de las normas, depende entonces no sólo de los explícitos contenidos (y los fines) de las prescripciones jurídicas, sino de: 1. Que existan órganos capaces de imponer las consecuencias jurídicas previstas en las normas jurídicas (eficacia de sanción, a la que ya aludimos arriba); 2. Que la norma jurídica alcance una cierta eficacia a través del cumplimiento voluntario – aunque no cumpla con los fines que persigue– o de una suerte de convencimiento moral que haga innecesaria cualquier imposición coactiva.</p>	<p>disfuncionamientos se articulan un montón de elementos culturales que el derecho produce, moviliza, instrumentaliza y hasta evoca pretendidamente como suyos: ficciones, creencias, percepciones, imágenes, ceremonias, rituales, honores e infamias, discursos, prácticas, acciones, actitudes, aspiraciones, representaciones sociales, etc. Todos estos elementos inciden tanto en la confección de los procesos y técnicas de obediencia como en la percepción que tiene la gente de las formas jurídicas.</p>
<p>6. Porque resulta menos costoso resistir a las normas jurídicas y a las autoridades.</p>	<p>Esta es la llamada <i>eficiencia</i> de las normas. Desde este punto de vista, se las asume como instrumentos útiles para alcanzar un único propósito: maximizar el bienestar. Aquí algunos procuran explicar la interiorización de la obligación en el examen de las consecuencias, favorables o desfavorables, que se persiguen con la realización de determinadas conductas. La obediencia es una respuesta eficiente si, en el cálculo racional de costos y beneficios, ofrece mejores consecuencias que la desobediencia de las normas jurídicas.</p> <p>Los mejores ejemplos de este sentido de eficacia se pueden rastrear:</p> <p>1. En el derecho administrativo, a partir del concepto de interés general o público, por ejemplo. Vale destacar que el llamado “interés general” es presentado como un fin, pero también como un</p>	<p>De ahí que la incidencia del derecho, “la fuerza del derecho” como se suele decir, no se limita a las posibilidades de realizar o no los objetivos, fines o metas propuestas (eficacia teleológica o instrumental); tampoco tiene que ver con la capacidad impositiva (eficacia efectividad) de sus contenidos (entendiendo las normas como instrumentos prácticos –y coercitivos- dirigidos a la acción humana). Tiene que ver más bien con un conjunto de elementos <i>simbólicos</i> (<i>afectos</i>) que “aceptamos”, incorporamos y reproducimos cotidianamente; que naturalizamos e incluso asumimos como propios.</p> <p>“<i>Quesalid no se convirtió en un hechicero porque curaba a los enfermos, sino que sanaba a sus enfermos porque se había convertido en un gran hechicero</i>” (Levi Strauss citado por García Villegas, 1993): La producción y reproducción de estos elementos simbólicos le permite al chamán tener éxito en sus operaciones curativas. ¿Acaso no</p>

	<p>criterio para justificar ciertas decisiones políticas y jurídicas con las que se intenta no sólo justificar cierto “intervencionismo” estatal (suponiendo que sea “racional”), sino también para suscitar una suerte de obediencia jurídica derivada de la llamada “voluntad general” de Rousseau: “una forma de asociación en virtud de la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo y quede tan libre como antes”).</p> <p>2. También en el derecho privado (y en el derecho penal, recientemente) se habla de <i>interés</i>, pero con una connotación completamente distinta a la que aludimos antes. Según esta connotación, el interés privado e individual no es otra cosa que la búsqueda de beneficios privados con los menores costos posibles. De esta manera, los sujetos obedecen ciertas reglas jurídicas como un medio para maximizar su bienestar, mantener ciertos beneficios o alcanzar una situación ventajosa respecto de otros.</p>	<p>pasa igual con el dispositivo derecho? ¿Qué sería de la OD si nos aproximamos al estudio de cada uno de los elementos simbólicos y determinamos su incidencia en este fenómeno social?</p>
<p>7. Por las “presiones sociales” que aumentarían en caso de que se decidiera desobedecer a las normas</p>	<p>Según esta “razón prudencial” los ciudadanos obedecen como una reacción o “respuesta social” a ciertas presiones sociales.</p> <p>Vamos a explicarlo: la cultura, el derecho, la costumbre, la religión y todos los demás órdenes normativos ejercen una presión social sobre el individuo para reclamar su <i>conformidad</i>. Ahora, esta presión social admite diversos grados: desde la mera reprobación moral hasta la imposición de sanciones más agresivas. Según Durkheim, esta</p>	<p>Para algunos esta no puede ser presentada como una “razón”, por cuanto esa <u>reacción</u> no es calculada ni decidida racionalmente. Antes bien, es el resultado de unos procesos de adaptación y socialización que dan forma al “conjunto de disposiciones y predisposiciones que se adquieren por el sujeto de manera <i>inconsciente</i> y en virtud de las cuales se clasifica y se relaciona con el entorno”</p> <p>“Entran leopardos en el templo y beben de los vasos sagrados hasta vaciarlos; esto se repite</p>

	<p>presión social es un factor de integración porque permite que las personas adquieran una suerte de “conciencia colectiva” y experimenten un sentimiento de “superioridad moral” (<i>afectos</i>) que les permite identificarse con lo considerado socialmente como bueno, deseable y correcto. Pese a lo anterior, este autor cree que esa presión social no puede ser completamente asfixiante, ya que las manifestaciones de desviación social y desobediencia son importantes motores de cambio de la sociedad, el derecho y la moral colectiva.</p> <p>Por otra parte, todos estos órdenes de regulación de comportamientos (algunos los llaman hoy <i>mecanismos de control social informal</i>) inciden socialmente y buscan, por medio de ciertas presiones informales, la cohesión social y la obediencia voluntaria de los sujetos.</p> <p>Ahora bien, la existencia de otros órdenes normativos cuestiona la supuesta preminencia de un derecho centralizado, jerarquizado y concentrado y monopolizado por el estado. Se dice entonces que este no es el único que tiene la capacidad para crear, regular y solucionar los conflictos que surgen entre los sujetos. Ello supone que existen, de hecho, otras regulaciones normativas y sociales que compiten con el derecho estatal y que, incluso, pueden ser más eficaces que este. Por ejemplo: muchas veces ciertas costumbres o hábitos sociales terminan siendo más determinantes y vinculantes que ciertas disposiciones jurídicas existentes.</p>	<p>incesantemente; como al final puede preverse, se convierte en parte de la ceremonia” <i>Franz Kafka</i></p> <p>Otros autores como Gabriel Tarde describen la <i>imitación</i> como un fenómeno social, según el cual “el grupo social es un conjunto de seres que se imitan unos a otros, o bien sin imitarse actualmente se parecen, y sus rasgos comunes son copias antiguas de un mismo modelo”. Dice Tarde: “Lo que a mí me interesa es la manera en la que un empleado del ministerio hace su rúbrica. Hay un momento en el que el tipo de rúbrica de un empleado del ministerio cambia. Eso es una invención social”. Lo interesante aquí de este autor en particular es que sitúa la obediencia o desobediencia del derecho -si es que podemos seguirlas llamando así- como expresiones inequívocamente conectadas con el medio social y no sólo con la agencia (libre albedrío, autonomía de la voluntad, etc.) de los individuos.</p> <p>Las sociedades se forman, según este autor, por corrientes de imitación y movimientos de invención, ondas y corrientes de propagación. Pero, ¿Qué eso que se propaga? Estados de creencias y estados de deseo. Mejor dicho, lo que se propaga socialmente son creencias y deseos. Intentemos explicarlo con un ejemplo: alguien se convierte al cristianismo en los primeros tiempos de formación de la Iglesia. Esto quiere decir que el cristianismo como creencia, como partícula social, se esparce siguiendo una onda de propagación. Eso es la imitación. La invención, por su parte, será la</p>
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>Esto genera dificultades relacionadas con la llamada obediencia del “derecho” (¿Cuál derecho?), ya que la coexistencia de un montón de órdenes normativos impide tener una idea clara sobre las normas jurídicas que los destinatarios conocen y deben obedecer dentro un campo social repleto de pluralismos jurídicos, pero esta es una cuestión sobre la que no podemos profundizar en esta investigación.</p>	<p>formación de una nueva creencia en el punto de encuentro de varias ondas de propagación.</p> <p>¿Qué tan libres, voluntarios y conscientes <i>somos</i> en determinadas situaciones sociales y jurídicas en las que nos movemos guiados por <i>habitus</i> o corrientes de <i>imitación</i>? Si las cosas son así, ¿se podría impugnar, desde aquí, la “voluntariedad” ligada a los actos y actuaciones obedientes con el derecho?</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------