

Estudiantes: Matías
Calero, Marcela
Sanguinetti,
Catalina Rodríguez

Docente orientador:
Gerardo Caffera

HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ

**[“EL CONCEPTO DE
DERECHO” DE HART Y SU
APLICACIÓN AL DERECHO
URUGUAYO]**



Contenido

Introducción	3
El desembarco de H.L.A Hart en Uruguay.....	3
Consideraciones generales sobre la obra de H.L.A Hart	3
Sobre el problema de importar modelos iusteóricos	5
1. La obra de Hart y su utilización por temas. La dogmática.....	8
1.1. El concepto de “regla de reconocimiento”	8
1.1.1. Su utilización en el Derecho Público	8
1.1.2. Su utilización para el análisis del Anuario de Derecho Civil Uruguayo	12
1.2. Reglas primarias y reglas secundarias.....	14
1.2.1. Su utilización en el Derecho Procesal.....	14
1.2.2. Su utilización en el Derecho Civil.....	19
1.3. La interpretación y la discrecionalidad	29
2. La obra de Hart y su utilización por temas. El estudio desde la Filosofía del Derecho	33
2.1. El concepto de regla en Hart y su crítica.....	33
2.2 La interpretación y la discrecionalidad	36
3. La obra de Hart y su utilización por temas. La jurisprudencia.....	43
3.1 Los funcionarios públicos y un caso fácil	43
3.2 Una acción reparatoria y un caso difícil.....	45
3.3 Sobre cómo convertir un caso fácil en uno difícil	46
Conclusiones finales.....	48

Introducción

El desembarco de H.L.A Hart en Uruguay

Consideraciones generales sobre la obra de H.L.A Hart.

H.L.A. Hart fue quizás el filósofo de derecho más influyente de la segunda mitad del siglo XX. Británico de nacimiento e identificado académicamente con la Universidad de Oxford, ha publicado varios trabajos de reconocido prestigio, entre ellos, "Causation in the Law" en coautoría con Anthony Honoré en el año 1959.

Pero no fue hasta el año 1961 cuando Hart logra revolucionar, casi sin intenciones, el debate mundial en la filosofía del derecho. Casi sin intenciones, dado que "El concepto de derecho" era originalmente un manual dirigido a estudiantes de grado, lo que explica en parte el lenguaje claro, conciso y elocuente del autor.

Dentro del contenido del libro, se encuentran varias aristas que lograron reconducir el positivismo por cauces distintos de los que hasta ese momento transitaba. Es por ello que Hart desarrolla sus ideas tomando como base una crítica al trabajo de John Austin.

La división de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, la idea de obligación, los desarrollos sobre el formalismo, la interpretación y la discrecionalidad judicial, e incluso la separación conceptual entre derecho y moral, fueron los puntos más importantes a destacar en su trabajo.

Posteriormente, la obra adquirió mayor trascendencia con las críticas formuladas principalmente por Ronald Dworkin, quien lo contravirtió en cada uno de los ejes centrales del libro, fundamentalmente en el desarrollo de su teoría del derecho como integridad.

En el Uruguay, la recepción de obras de corte teórico ha sido tímida y tradicionalista. Naturalmente, la influencia de la "Teoría pura del derecho" de Hans

Kelsen es de fácil comprobación dado que ha sido de las más citadas. No obstante, en la actualidad los desarrollos y debates teóricos corren por un carril distinto al "derecho" tal cual es visto por la gran parte de la dogmática. Los trabajos doctrinarios carecen, casi en su totalidad, de matices teóricos que nutran las reflexiones en torno a las disposiciones normativas.

Ello se encuentra reflejado, consecuentemente, en los fallos jurisprudenciales. En nuestra opinión, la utilización de proposiciones teóricas dentro de los trabajos doctrinarios, marcan nuevos horizontes en los razonamientos, no ya estancados en el texto legal, sino haciendo de éste una referencia más en un conjunto de variables que son ponderadas al momento de tomar una posición al respecto de un tema determinado o al momento de dictar un fallo.

El presente proyecto intentará examinar los usos que la obra de H.L.A Hart ha tenido en tres campos distintos de estudio.

El primero, la dogmática. Analizando distintos textos de producción nacional en los que se encuentra referenciada la tesis de Hart, procuraremos descubrir qué parte de la obra ha sido citada, para qué, y si ha sido una aplicación fidedigna a la tesis original.

El segundo, la propia filosofía del derecho. En otro nivel de lenguaje, los autores han reflexionado en términos teóricos acerca de "El concepto de derecho" y sus ideas más trascendentes. Principalmente, una idea controvertida teóricamente es la de la "regla de reconocimiento".

El tercero, la jurisprudencia. Si bien han sido escasos, es quizás la aplicación más importante, en tanto la que logra los efectos más tangibles, la que realizan los jueces al citar la obra de Hart. El análisis de las sentencias es el que registra un uso más cuestionable de la obra de Hart, como se intentará demostrar.

Nuestra hipótesis central al comenzar el trabajo, de acuerdo a los conocimientos previos que poseíamos, era que la obra de Hart había ejercido una mínima influencia en el derecho uruguayo, entendido este en su amplia acepción

como el conjunto no solo de reglas sino de interpretaciones acerca de las reglas, como la doctrina o la jurisprudencia.

Sobre el problema de importar modelos iusteóricos

López Medina en su trabajo *¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina?* trata la inserción lenta y conflictiva de los discursos locales producidos en América Latina en la teoría del derecho, con especial énfasis en la teoría hartiana¹.

A través de la narración de las posiciones divergentes que ocupaba el trabajo de Hart en el discurso iusteórico de Estados Unidos y Colombia, intenta “lograr una nueva visión de las relaciones estructurales entre teoría general y teoría local del derecho...”².

Según Medina la importación de la nueva crítica antiformalista “proveyó de un cuerpo teórico sólido a las a las dubitativas preocupaciones y ansiedades de las nuevas generaciones locales que tanteaban el camino para romper el formalismo hegemónico”³. No obstante Medina observa con cierto escepticismo ésta importación puesto que “se basaba en la creencia de que se trataba de teorías antiformalistas de validez universal porque sus conclusiones se sacaban a partir de la naturaleza ubicua del lenguaje y la argumentación jurídica”⁴.

El autor descubre un compromiso ideológico de los autores de la “nueva teoría recepcionada del derecho” (Hart, Dworkin, Rawls o Habermas) ya que ellos tienen “claros compromisos con una cierta versión del constitucionalismo liberal, progresista y tolerante...”⁵.

¹ López Medina, Diego, *¿ Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para América Latina* en *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, 1ª edición, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, pp.39-40

² López Medina, ob. Cit., pág. 41.

³ López Medina, ob. Cit., pág. 51.

⁴ López Medina, ob. Cit., pág. 51.

⁵ López Medina, ob. Cit., pág. 53.

Hechas estas advertencias preliminares, el autor comienza a analizar el impacto de la obra de Hart en los puntos neurálgicos de la producción iusfilosófica y en las periferias de tal producción. Entiende que el aporte de Hart consistió *“en mostrar que los desarrollos en filosofía analítica y del lenguaje tenían consecuencias directamente aplicables a la filosofía del derecho”*⁶.

Como ejemplo, Medina da su propia experiencia en el mundo académico angloparlante. Para él Hart significaba la confirmación de *“que el derecho presentaba, con frecuencia, una textura abierta que desmentía el ubicuo rigor silogístico de la teoría latinoamericana dominante”*⁷. En cambio, los iusfilósofos estadounidenses veían a Hart como un *“crítico severo de la revuelta antiformalista del derecho en el mundo anglo”*⁸. En efecto, la obra de Hart no era tomada como un discurso particularmente crítico debido a que era considerada *“como una pieza fundamental diseñada para restringir o moderar las exageraciones de una escuela antiformalista de isuteoría denominada en los Estados Unidos “realismo jurídico”*⁹.

La causa de esta diferencia de visiones con respecto a una misma obra es que la lectura latinoamericana de la filosofía del derecho era codificada como *“otro síntoma más de la dependencia y subdesarrollo culturales de la región”* mientras que los estadounidenses la percibían como una *“grilla intelectual alternativa capaz de competir con el rico entretejido de argumentos iusfilosóficos...”* que ellos disponen¹⁰.

El problema de fondo es que el ambiente iusfilosófico de los centros de producción teórica no podían comprender cómo podía ser usada la teoría general de una manera tan particular. La iusteoría, dice Medina, ha sido estructurada como *“una empresa verdaderamente transnacional, es decir los autores, argumentos y controversias llamados “iusteóricos” que ocupan un campo por encima de lo nacional, lo regional o lo local en el que cierto tipo de conocimiento abstracto del derecho puede ser compartido y usado por gentes con diferentes antecedentes y en*

⁶ López Medina, ob. Cit., pág. 54.

⁷ López Medina, ob. Cit., pág. 56.

⁸ López Medina, ob. Cit., pág. 56.

⁹ López Medina, ob. Cit., pág. 64.

¹⁰ López Medina, ob. Cit., pág. 57.

distintos contextos”¹¹. Por este carácter *transnacional* es que los aportes exóticos o particulares son más difíciles de explotar en la isuteoría que en otras subdisciplinas jurídicas¹².

Al final de su trabajo Medina concluye que la construcción de una isuteoría local, periférica no consiste en “*tratar de mostrar un vibrante mundo intelectual local, criollo o precolombino...*”¹³. El autor reivindica ese espacio existente entre *producción* y *recepción* de teorías, como algo interesante a ser explotado¹⁴.

Los trabajos analizados a continuación explotan de manera interesante ese espacio del que habla Medina, puesto que tienen como eje una teoría *recibida* (la obra de Hart) pero no se limitan a su mera repetición, sino todo lo contrario, la hacen dialogar con conceptos estrictamente dogmáticos o con cuestiones iusteóricas, muchas veces con una particular originalidad.

¹¹ López Medina, ob. Cit., pág. 60.

¹² López Medina, ob. Cit., pág. 60.

¹³ López Medina, ob. Cit., pág. 85.

¹⁴ López Medina, ob. Cit., pág. 86.

1. La obra de Hart y su utilización por temas. La dogmática

1.1. El concepto de “regla de reconocimiento”

1.1.1. Su utilización en el Derecho Público

Una utilización de Hart en el Derecho Público viene dada por Diego Gamarra en su texto *“Un ensayo sobre la identificación de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”*.

El autor se propone contrastar las ideas que Hart esbozó en torno a la *regla de reconocimiento* con el concepto de *convicción colectiva* delineado por Cassinelli Muñoz. Para lograrlo, Gamarra aborda el asunto desde la problemática de la identificación de los sistemas normativos, apuntando el debate existente entre las posturas puramente ideales y las que incorporan elementos fácticos como criterios determinantes.

A. La identificación de sistemas normativos.

Con la finalidad de contextualizar la problemática de la *“regla de reconocimiento”*, el autor realiza algunas reflexiones en torno a los elementos utilizados en la identificación de los sistemas normativos. Esta identificación puede realizarse acudiendo a elementos puramente teóricos, racionales o ideales, o bien echando mano a variables empíricas. Dependiendo de la tesis asumida “(...) es posible considerar determinados factores sociales como elementos fundacionales y necesarios, o bien, en la posición contraria, como elementos contingentes y posteriores, independientes de la conformación o identificación del sistema”¹⁵.

¹⁵ Gamarra, Diego, *“Un ensayo sobre la identificación de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”* en Ruptura, N° 6, FCU, Montevideo, 2015, pág. 166.

Gamarra coloca a Bulygin como exponente de la tesis que recurre primordialmente a elementos ideales a la hora de identificar un elemento normativo. Para este autor “(...) *la definición de un sistema normativo es una cuestión exclusivamente estipulada y que debe, por tanto, distinguirse entre la existencia del sistema conceptualmente y previamente definido y su vigencia*”¹⁶. Corolario de lo dicho es que basta con la aceptación “(...) *como norma secundaria independiente, que todo lo que a continuación escriba será derecho, siempre que además cumpla con ciertos elementos definitorios de un sistema normativo al hacerlo*”¹⁷.

Alternativa a la postura puramente conceptual es la tesis que postula “(...) *la necesidad de un complemento a la exclusiva formulación, pues esta sería condición necesaria pero no suficiente para la definición de un sistema jurídico, requiriéndose en adición cierta trascendencia empírica, considerando la posición respecto del sistema y su reconocimiento social-pasado o presente- por parte de los emisores y receptores relevantes, esto es, de los sujetos de alguna forma comprendidos por la regulación que el sistema aspira a establecer*”¹⁸.

Desde esta polaridad es que Gamarra analiza la relación entre las nociones que componen su objeto de estudio, además de resaltar cómo es que éstas se articulan con el debate más general. A continuación pasaremos a describir el análisis sobre las nociones de *regla de reconocimiento* y de *convicción colectiva*.

B. La regla de reconocimiento y la convicción colectiva

Gamarra colocará al criterio de determinación de los sistema normativos propuesto por Hart como opuesto a “(...) *criterios exclusivamente ideales* puesto que apela *como método a la observación de la realidad*”¹⁹. La regla de reconocimiento, expresa Gamarra, es una regla efectiva, empíricamente observable y no meramente una hipótesis teórica²⁰.

¹⁶ Gamarra, ob. Cit., pág. 166.

¹⁷ Gamarra, ob. Cit., pág. 166.

¹⁸ Gamarra, ob. Cit., pág. 167.

¹⁹ Gamarra, ob. Cit., pág. 170.

²⁰ Gamarra, ob. Cit., pág. 171.

Esta regla no es obligatoria en sí misma. En palabras de Gamarra, ella “(...) *puede reputarse eficaz, pero exclusivamente en su calidad de norma referida a la producción jurídica. La regla de reconocimiento puede verse acompañada por normas primarias que mandaten a los magistrados la aplicación exclusiva del derecho por ella determinado (...)*”²¹. Pero la regla de reconocimiento es una regla secundaria, y lo obligatorio “(...) *es el derecho primario por ella determinado*”²².

Puntualiza Gamarra que para Hart las normas jurídicas (dentro de ellas la de reconocimiento) “(...) *serían necesariamente convenciones, pero nada impide que a la vez directamente contengan o repliquen normas fundadas en un consenso causado por la sumatoria de convicciones individuales, asegurando así “convencionalmente” su exigibilidad mediante la intervención de ciertos funcionarios (...) sin los cuales no es imaginable un sistema jurídico operativo*”²³.

Por lo tanto, una norma jurídica es necesariamente convencional por sí misma pero ello no obsta a que contenga en sí un consenso más general producido por esa *sumatoria* a la que se refiere Gamarra. De esta manera, al sumar las convicciones de los funcionarios que tienen a su cargo la aplicación de las normas, se asegura la exigibilidad de éstas.

Delimitada la regla de reconocimiento, Gamarra pasa a analizar el planteo propuesto por Cassinelli. Al plantearse el problema de la “validez” y “efectividad” de la Constitución, Cassinelli delinea el criterio de la *convicción colectiva* formado por “(...) *un hecho social que consiste en que la población llegue a convencerse de que la Constitución aplicable es una determinada y no otra*”²⁴. Gamarra entiende que el argumento de Cassinelli no radica en la aplicación efectiva de alguna norma constitucional sino en el reconocimiento del sistema todo²⁵.

²¹ Gamarra, ob. Cit., pág. 172.

²² Gamarra, ob. Cit., pág. 172.

²³ Gamarra, ob. Cit., pág. 178.

²⁴ Gamarra, ob. Cit., pág. 178.

²⁵ Gamarra, ob. Cit., pág. 179.

Luego de haber presentado ambos conceptos (la regla de reconocimiento y la convicción colectiva), Gamarra comienza una búsqueda de semejanzas y diferencias con la regla de reconocimiento. Ambos autores “(...) *se proponen individualizar sistemas normativos operativos, es decir, ni la regla de reconocimiento ni el criterio de la convicción colectivo pretenden definir sistemas meramente ideales, sino aquellos empíricamente desenvueltos en una comunidad*”²⁶. Desde este punto en común es que podemos comenzar a comparar ambas categorías.

Como explica el autor, Cassinelli “(...) *presupone definido el sistema a partir de un Constitución (...) y puntualmente persigue determinar cuál es la Constitución imperante*” (²⁷), mientras que Hart “(...) *plantea el problema con mayor abstracción, al cuestionarse sobre la identificación de mecanismos de producción jurídica que tienden a determinar el Derecho reconocido en una sociedad (...)*”²⁸. Además es necesario puntualizar que la noción de *convicción colectiva formal* se plantea dentro de un estudio dogmático, es decir, el Derecho Constitucional²⁹.

A pesar de estas diferencias, Gamarra entiende que son categorías compatibles. En efecto, “(...) *la interrogante sobre la Constitución material e imperante no difiere de la interrogante sobre la identificación del contenido específico de la regla de reconocimiento*”³⁰, puesto que la Constitución puede ser entendida como un “(...) *conjunto de normas que contenga, al menos, las normas secundarias básicas que dispongan los procedimientos de génesis normativa admitidos en una comunidad (...)*”³¹.

Existen algunos matices entre ambas categorías. Primeramente Hart habla de reglas, mientras que Cassinelli expresa su concepto en término de hechos sociales. “*En última instancia la diferencia más significativa radica en la distinción entre un hecho social y una norma consuetudinaria, siendo que ella es una distinción por demás difusa. Nótese que si se parte como hipótesis de un caso de ausencia de actos formales preexistentes, la creación normativa por obra de la costumbre puede*

²⁶ Gamarra, ob. Cit., pág. 181

²⁷ Gamarra, ob. Cit., pág. 181

²⁸ Gamarra, ob. Cit., pág. 181

²⁹ Gamarra, ob. Cit., pág. 181

³⁰ Gamarra, ob. Cit., pág. 181

³¹ Gamarra, ob. Cit., pág. 181

*considerarse en sí misma una norma (...) o bien suponerse la norma lingüísticamente formulada (...) y predicar de ella una cierta cualidad empírica, esto es, su vigencia o eficacia (...)*³².

Otro matiz entre ambos conceptos es que Hart habla de aceptación de la regla, mientras que Cassinelli formula su concepto en clave de convicción. La aceptación significa “(...) *el reconocimiento social de un sistema normativo a partir del reconocimiento de sus fuentes de producción, constatable por la reiteración de las prácticas relaciones con la producción de normas jurídicas y cierta actitud normativa particular.*”³³. La convicción, en cambio parte, “(...) *de una supuesta formulación escrita de una Constitución o de enunciados prescriptivos y morales, el criterio también apunta a la existencia de un hecho social de la comunidad que consisten, respectivamente, en cierta actitud normativa hacia un Constitución formal como fuente suprema o hacia postulados prescriptivos sustanciales y morales*”³⁴. No obstante ambas concepciones coinciden en un punto, pues “(...) *consisten en cierta actitud normativa singular que refiere al reconocimiento del Derecho*”³⁵.

1.1.2. Su utilización para el análisis del Anuario de Derecho Civil Uruguayo.

En un trabajo publicado en la Revista Ruptura³⁶, se utiliza el concepto de “regla de reconocimiento” de Hart para analizar la influencia del Anuario de Derecho Civil Uruguayo (ADCU) en la jurisprudencia local.

La hipótesis inicial de los autores se centra en determinar si el ADCU, en tanto recopilación de sentencias de Derecho Civil que cuenta con un reconocido prestigio en el foro, se ha integrado a la regla de reconocimiento vigente en el Uruguay.

Este dato parecería ser constatable fácticamente, dado que para Hart “*la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente*

³² Gamarra, ob. Cit., pág. 182

³³ Gamarra, ob. Cit., pág. 183

³⁴ Gamarra, ob. Cit., pág. 183

³⁵ Gamarra, ob. Cit., pág. 183

³⁶ Samudio, Federico y Parodi, Horacio, “Anuario y regla de reconocimiento. El Anuario de Derecho Civil Uruguayo como herramienta argumentativa”, en Ruptura N° 5, FCU, 2014, págs. 65-71.

*concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho*³⁷.

Los autores se plantean específicamente si el ADCU ha modificado la regla de reconocimiento en el sistema jurídico uruguayo, reforzado la regla de reconocimiento como un anexo a las formas preestablecidas, o si por el contrario es meramente un aporte informativo al estado de situación de la aplicación e interpretación del derecho desde su aparición a la actualidad³⁸.

Al tratarse de una investigación de campo, el marco teórico debe estar delimitado y en este caso se refiere a la mencionada regla de reconocimiento de Hart. Ello, por obvio que parezca, es necesario recalcar, dado que en una investigación de este tipo es importante destacar las proposiciones teóricas utilizadas, en función de que los resultados se encuentran circunscriptos a este tipo de análisis, máxime cuando de fundamentos últimos de un sistema jurídico se trata, ya que encontramos varias teorías diferentes a lo largo de la historia.

El método utilizado es el de revisión de los tomos del ADCU en intervalos determinados, en busca de referencias directas a otros tomos del ADCU anteriores. Se busca constatar un alza de dichas citas, para comprobar la influencia directa que dicho cuerpo recopilatorio ha ejercido en la jurisprudencia nacional, condicionando la búsqueda de fallos por parte de los magistrados.

El trabajo registra una suba constante de las citas al ADCU por parte de los jueces, realizando la búsqueda dentro de los mismos tomos de la publicación. Esto marca una tendencia clara por parte de los magistrados en tomar en cuenta la jurisprudencia al momento de fallar, lo que dota de importancia a la misma como fuente de derecho.

³⁷ Hart, H.L.A., ob. Cit., pág. 137.

³⁸ Samudio, Federico y Parodi, Horacio, ob. Cit. pág. 67

1.2. Reglas primarias y reglas secundarias

1.2.1. Su utilización en el Derecho Procesal

En el capítulo introductorio de su obra “*Principio de Congruencia y Regla Iura Novit Curia en Proceso Civil Uruguayo*” el profesor Gabriel Valentín se encarga de precisar algunos conceptos de teoría general del derecho sobre los cuales cimenta sus posteriores desarrollos dogmáticos. Nuestro propósito en base a este trabajo es analizar los conceptos introducidos por Valentín a la luz de la obra “El Concepto de Derecho” de Hart.

En este sentido, Valentín se cuestiona acerca del rol que juega el proceso, y por tanto el Derecho Procesal, dentro del ordenamiento jurídico. Con el fin de determinar ese rol, que excede los límites de esta reseña, define al mismo como “*el conjunto de normas vigentes en un tiempo y lugar determinados*”. A partir de esta definición es que se hace patente la necesidad de establecer ciertos criterios acerca de qué entendemos cuando hablamos de normas jurídicas.

De esta manera, centrándose en el concepto de norma jurídica, realiza dos proposiciones.

La primera, y la que más nos interesa a los efectos de esta investigación por su vinculación con la obra de Hart, pretende dejar en claro que bajo la expresión norma jurídica se pueden encontrar normas distintas de aquellas que establecen sanciones. Según el autor, las normas identificadas por él como normas imperativas y de prohibición conforman parte esencial del ordenamiento jurídico, pero no agotan el tipo de normas jurídicas existentes en el mismo. Se entienden comprendidas dentro de las normas imperativas y de prohibición las que imponen deberes jurídicos que requieren la realización o no de ciertas acciones, y que tienen prevista una sanción en caso de que no se observe el comportamiento prescripto.

Este concepto acerca de las normas que establecen deberes jurídicos se asimila a las reglas primarias identificadas por Hart. Para este autor, las reglas primarias que establecen deberes jurídicos son aquellas en que “*la exigencia general*

*en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande*³⁹.

Si bien resulta difícil concebir un ordenamiento jurídico que no cuente con éste tipo de normas, ello no implica que dejen de ser esenciales aquellas normas que no tienen en su consecuente una sanción.

Justamente, es en este punto donde Valentín realiza la siguiente cita al autor anglosajón: *“Como indica HART, es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. ¿No es engañoso clasificar así las normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y las normas que confieren potestades a funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un juez, la de dictar reglamentos a un ministro, la de aprobar ordenanzas a un consejo departamental?”*⁴⁰.

De esta manera, Valentín se circunscribe, en principio, a los conceptos desarrollados por Hart, en el capítulo V de su obra. Recordemos que Hart sostiene que un ordenamiento jurídico no es completo si a las reglas primarias no se le agregan reglas secundarias. Para explicar esta aseveración, Hart identifica tres problemas recurrentes que sufriría una sociedad que contara con un ordenamiento jurídico compuesto únicamente de normas primarias. Dichos problemas serían: a) la incertidumbre acerca de cuáles son las reglas vigentes y su alcance; b) el carácter estático del sistema jurídico y c) falta de autoridad para decidir la composición de litigios a partir de reglas.

La unión de las reglas secundarias con las reglas primarias sería el remedio para paliar cada uno de los problemas mencionados. La característica fundamental que comparten todas las reglas secundarias es que a diferencia de las reglas primarias no se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, sino que se ocupan de las reglas primarias, situándose en un nivel distinto.

³⁹ Hart, H.L.A., *“El Concepto de Derecho”*, 2a edición, Abeledo-Perrot, 1963, pág. 107.

⁴⁰ Valentín, Gabriel, *“El principio de congruencia y la regla lura Novit Curia”*, 1ª ed., FCU, Montevideo, 2013, pág. 24.

Según Valentín, la completitud de un ordenamiento jurídico se colma cuando existen, aparte de las normas imperativas y de prohibición, las normas potestativas, permisivas y delimitativas.

El primer paso a seguir en esta investigación consiste en analizar qué normas integran, a juicio de Valentín, la categoría de normas imperativas y de prohibición, y si ellas pueden ser asimilables a las reglas primarias de Hart.

En este sentido, Valentín identifica dentro del Derecho Procesal y a modo de ejemplo, normas que establecen: i) deberes del tribunal (artículos 24 y 25 del Código General del Proceso); ii) deberes de los auxiliares del tribunal (art. 160 del Código General del Proceso); y iii) la obligación de actuar de buena fe a las partes (art. 5 del Código General del Proceso).

El artículo 25 del Código General del Proceso dispone en sus dos incisos que *“el tribunal no podrá dejar de fallar en caso de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley. En el juzgamiento del litigio deberá aplicar la regla de derecho positivo (artículo 15) y sólo podrá fallar por equidad en los casos previstos por la ley o cuando, tratándose de derechos disponibles, las partes así lo soliciten.*

El tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad”.

Si bien la mayoría de las normas que se dirigen a la actuación del juez más que normas que imponen deberes son normas que confieren potestades, aquí vemos un claro ejemplo de regla primaria. En efecto, si enfrentado a un litigio un juez de Uruguay no emplea las facultades y poderes para dirigir el proceso, su conducta, contraria al comportamiento prescrito por el ordenamiento jurídico, será pasible de sanción.

Es evidente como, hasta este punto, la teoría de Valentín viene a coincidir con la de Hart.

Por su parte, las normas potestativas, en palabras de Valentín, serían aquellas que *“habilitan a realizar o no realizar determinadas acciones a las que se conectan consecuencias jurídicamente relevantes. Conceden poderes jurídicos en sentido amplio a sujetos públicos o privados y determinan conductas valiosas, es decir, conductas cuya realización genera consecuencias jurídicas”*⁴¹.

Si nos detenemos a analizar la descripción realizada acerca de las normas potestativas, podemos encontrar una fuerte vinculación tanto con las reglas de cambio como con las reglas de adjudicación de las que hablara Hart.

En efecto, para este autor, un sistema gobernado únicamente por reglas primarias, estaría condenado a ser estático, ya que a primera vista no se visualizan formas de cambio para que las reglas se vayan adaptando al compás de las nuevas circunstancias. Para contrarrestar la paralización del sistema es que Hart introduce el concepto de las reglas de cambio, especie dentro del género de reglas secundarias.

Parecería que las normas potestativas vendrían a tomar, en parte, el lugar de las reglas de cambio en la teoría de Valentín. Dentro de éstas se identifican por el autor las normas que *“definen la competencia y el procedimiento para crear y derogar otras normas (...) o las que habilitan a cualquier persona a realizar actos que a su vez generan derechos y deberes”*⁴². Estas normas confieren potestad a un cuerpo de personas para que puedan introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo y dejar sin efecto reglas anteriores.

A su vez, podemos identificar, dentro de las normas potestativas de Valentín, normas que dentro de la teoría de Hart serían asimilables a las reglas de adjudicación, a saber, aquellas que *“regulan la competencia y los procedimientos que se sustancian ante órganos jurisdiccionales o administrativos”*. Si bien se ve, Valentín encierra bajo el concepto de normas potestativas a todos aquellos institutos que regulan la forma en que se componen los litigios ante órganos jurisdiccionales.

⁴¹ Valentín, Gabriel, ob. cit., p. 26

⁴² Valentín, Gabriel, ob. cit., p. 27

Desde la perspectiva del autor, la gran mayoría de normas de Derecho Procesal integran el grupo de normas potestativas. Es del caso señalar que una de las principales funciones de esta rama del derecho consiste en implantar una serie de estructuras procesales y actos jurídicos puestos a disposición de los particulares y los jueces para que éstos puedan resolver las disputas provocadas por la vida cotidiana. De esta manera, estas normas permanecen a merced de los individuos que cuentan la posibilidad de acudir a ellas, siempre y cuando lo entiendan necesario, sin que su comportamiento les sea reprochable en grado alguno.

La irreprochabilidad del comportamiento ajeno supone que el incumplimiento de una cláusula legal no supone la violación de obligación alguna. Es aquí donde se visualiza claramente la distinción con las normas imperativas y de prohibición. No se puede entender sin caer en un sinsentido que las normas que confieren potestades son normas que imponen deberes. Su objeto, como bien describe Hart, no busca disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas⁴³.

Así, si bien Valentín unifica categorías que en Hart aparecen separadas, ambos han destacado la distinta naturaleza que tienen las normas potestativas con las normas que imponen deberes.

Por su parte, Valentín marca la presencia, en el ordenamiento jurídico, de las llamadas normas permisivas. Bajo este concepto se encontrarían todas aquellas normas que habilitan, en casos particulares, a transgredir un mandato o una prohibición, como sucede por ejemplo, con muchas normas del Derecho Penal.

En último lugar, las normas delimitativas serían aquellas que sirven para establecer el alcance material de otras normas jurídicas o para determinar su ámbito territorial o temporal de aplicación.

La segunda proposición que realiza Valentín acerca de las normas jurídicas, es que las mismas comprenden únicamente las normas generales y no las normas

⁴³ Hart, H.L.A., ob. cit., pág. 37

individuales, concibiendo a estas como aquellas que surgen de un contrato o de la resolución de un caso mediante una sentencia. Según Valentín, éstas no son normas jurídicas, ya que no refieren a una clase genérica de acciones de acaecimiento futuro.

1.2.2. Su utilización en el Derecho Civil.

A. “Norma, situación y contrato”.

En su trabajo titulado “Norma, situación y contrato”⁴⁴ los profesores Caffera y Mariño se proponen investigar acerca de la estructura de las normas jurídicas, considerándolas como enunciados lingüísticos que presentan ciertas características particulares diferenciables de otros tipos de enunciados

Dicha investigación se asienta en base a un método reduccionista, mediante el cual se pretende circunscribir el complejo entramado de proposiciones normativas a una serie de estructuras lingüístico-normativas de las que forman parte todas las normas que componen el ordenamiento jurídico.

El estudio está construido desde la óptica del derecho civil, en especial lo referente a la teoría de las obligaciones y los contratos.

En este camino es que los autores advierten que un ordenamiento jurídico da cuenta de normas que establecen sanciones, así como de normas que no tienen como consecuente una sanción. Esto resulta esencial a los efectos de comprender el sentido de la clasificación que se detallará a continuación, porque el primer paso consiste en advertir que un ordenamiento jurídico no está compuesto únicamente de normas que establecen sanciones, como creían algunos teóricos del derecho.

Con la evolución de la investigación en el campo del derecho se ha abandonado esta posición, y hoy en día resulta difícil encontrar autores que sigan sosteniendo que un ordenamiento jurídico es aquel que solo tiene normas que establecen sanciones. El estudio de los teóricos se ha volcado hacia a los otros tipos

⁴⁴ Caffera, Gerardo, Mariño, Andrés, “Norma, situación y contrato”, en Revista del Colegio de Abogados, Montevideo, 1994, págs. 39-54.

de normas, procurando establecer su contenido y estructura básica, lo que ha redundado en una diversificación de clasificaciones.

En particular, los profesores Caffera y Mariño parten de la consideración kelseniana de las normas, como enunciados lingüísticos condicionales. En consonancia con lo anterior, arribamos a la primera gran división entre las estructuras de las normas jurídicas, que radica en aquellas que presentan o no como consecuente, una sanción.

Por lo tanto, como bien señalan los autores, por un lado nos encontramos *“con los enunciados cuyo consecuente es una sanción para el agente de la conducta que constituye el antecedente del mismo enunciado”*. La clase complementaria, por su parte, *“...se integra con los enunciados en que el consecuente no es una sanción para el agente de la conducta descripta por el antecedente”*⁴⁵.

Las normas que integran la primera clase son llamadas, según la terminología escogida por los autores, normas sancionatorias. Este tipo de normas son las que provocan situaciones de obligación y deber para los sujetos que verifican la conducta presente en el antecedente. Estas normas son fácilmente asimilables a las reglas primarias en la terminología utilizada por Hart. Así, este autor conceptualizaba a las reglas que establecen sanciones, sosteniendo que según ellas, “se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no”.

Luego, la clase complementaria serían, en palabras de Caffera y Mariño, normas no sancionatorias, ejemplificadas de la siguiente manera: *“si Pedro lo solicita, los Tribunales castigarán a Juan”*. Esto presupone, evidentemente, la presencia de una norma sancionatoria en el ordenamiento jurídico, que establezca una obligación o deber en relación a Juan, el cual ha sido violado por éste. Es notable la cercanía de estos conceptos con la teoría de las normas de Hart, ya que este autor sostenía que una vez transgredida una regla primaria (norma sancionatoria), las sanciones que estén establecidas por una norma serían aplicadas por funcionarios designados mediante reglas de adjudicación. De esta manera, el autor inglés distinguía dos

⁴⁵ Caffera, Gerardo, Mariño, Andrés, ob. cit., pág. 43.

clases de reglas, las primarias, que establecen deberes u obligaciones y las secundarias, dentro de las cuales se encuentran aquellas cuyo objeto no es establecer sanciones sino conferir potestades para que otros sujetos apliquen las mismas.

Recordemos que una de las directrices primordiales por la que transcurrió la teoría de Hart se basó en desbaratar la teoría de John Austin, quien afirmaba que el ordenamiento jurídico daba cuenta únicamente de órdenes respaldadas por amenazas. La crítica de Hart hacia dicho autor consistió en demostrar las debilidades que presentaría un ordenamiento así concebido. En esa investigación Hart identificó la presencia de otros tipos de normas, que excedían las meramente sancionatorias.

A su vez, los civilistas uruguayos sostienen que dentro de cada categoría existen subdivisiones. Las normas sancionatorias admiten solamente una división, en consideración del sujeto que aparece nominado en el antecedente de la sanción. Por un lado nos encontramos con normas que en su estructura básica participa una clase genérica de individuos, y dan lugar a situaciones jurídicas de deber genérico; mientras que por el otro, se hallan aquellas normas que refieren a uno o varios sujetos determinados, y que provocan la aparición de situaciones jurídicas de obligación.

Así, vemos una concreta aplicación de la teoría de las normas al campo del derecho civil, en la clásica distinción entre deber genérico y obligación, pieza esencial para comprender la teoría de las obligaciones y los contratos. En efecto, sólo a los meros efectos de apuntar, la relación obligatoria comprende un vínculo particular entre dos sujetos, en virtud del cual el deudor está sometido a un deber positivo y particular frente al acreedor, que le impone desarrollar un determinado comportamiento valorable patrimonialmente. Por el contrario, en el deber genérico no existe un deber particular sino un deber general, de todos, y el mismo no supone un comportamiento positivo sino un deber negativo.

Por su parte, sostienen Cafferá y Mariño que las normas no sancionatorias admiten una subdivisión atendiendo a si en su consecuente se encuentra únicamente la negación de la sanción o si aparece junto a ella otro elemento. Cuando no existe

más que una negación de la sanción en el consecuente, nos hallamos frente a las normas que provocan la situación jurídica de facultad.

Cuando existe otro elemento hay que distinguir si el mismo es de índole normativizante o no. Si es de tal índole, nos encontramos con los enunciados que configuran las situaciones jurídicas de poder normativo o de disposición. Es a raíz de este tipo de normas que una vez verificado su antecedente ingresa una norma al sistema. Justamente, esta hipótesis normativa había sido identificada por Hart, como una de las reglas secundarias que remediarían los problemas existentes en un ordenamiento jurídico regido únicamente por reglas primarias. Bajo el concepto de reglas secundarias, Hart hallaba tres tipos de reglas: de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

En este sentido, vemos una fuerte similitud entre las normas no sancionatorias de índole normativizante y las reglas de cambio. Estas últimas conforman el remedio para la cualidad estática del ordenamiento jurídico presidido por reglas primarias, ya que confieren potestades privadas a los individuos para introducir nuevas reglas primarias que permitan variar las posiciones iniciales asignadas por ellas.

Tanto por las normas no sancionatorias como por las reglas de cambio es que se hace posible la celebración de los contratos, mecanismo mediante el cual los individuos pueden introducir nuevas reglas. Así, Caffera y Mariño destacan como ejemplo de esta categoría el artículo 1246 del Código Civil uruguayo, en virtud del cual se hace manifiesto que la celebración de un contrato provoca el surgimiento de nuevas normas sancionatorias.

Tanto para Caffera y Mariño como para Hart, las normas no sancionatorias con índole normativizante y las reglas de cambio no agotan su función en la introducción de reglas primarias. Es a partir de ellas que se faculta a los individuos para que también puedan dejar sin efecto reglas primarias. Esta característica plenamente identificada por Hart, es correctamente ejemplificada por los autores uruguayos en referencia al derecho civil, en el siguiente ejemplo: “Si Juan renuncia a su derecho de crédito entonces la norma que se lo otorgaba egresa del sistema, lo

cual en lenguaje más usual sería: si Juan renuncia a él, se extingue su derecho de crédito. (Sucedee que como el derecho de crédito es una situación frente a una norma, la extinción del mismo implica que una norma que antes pertenecía al sistema orden jurídico deja de pertenecer al mismo).

En otro orden, los profesores uruguayos también se encargan de adoptar otro concepto derivado de la teoría hartiana, a saber, la regla de reconocimiento. Ella consistía, según el autor anglosajón, en el remedio fundamental para paliar la falta de certidumbre del régimen de reglas primarias, y se caracterizaba por especificar una característica común cuya posesión por una regla particular hace que sea entendida como una regla del grupo.

Caffera y Mariño no utilizan dicho concepto con el fin de crear una nueva estructura normativa, sino para describir una de las cualidades que ostenta el Sistema Positivo uruguayo. Según los autores, todas las normas se reducen en su estructura a alguna de las que se comentó en el presente trabajo. Sin embargo, lo dicho no basta para vislumbrar un ordenamiento jurídico cabalmente, ya que haría falta la presencia de un criterio delimitador, en función del cual se pudiese determinar en cada caso, que norma integra o no el sistema jurídico.

Por lo tanto, los civilistas uruguayos concluyen en que el sistema jurídico uruguayo se compone de todas las proposiciones normativas que integren la Constitución de la República o que deriven de los procedimientos establecidos en la misma. En palabras de los autores *“Es precisamente la regla de reconocimiento, el criterio en base al cual es posible determinar si cierta proposición normativa pertenece al sistema delimitado (...) por la propia regla de reconocimiento”*⁴⁶.

B. Reglas primarias y responsabilidad contractual

Gerardo Caffera, en su obra *Responsabilidad Civil Contractual*, realiza un planteo introductorio que reviste especial interés para nuestro trabajo: posiciona sus

⁴⁶ Caffera, Gerardo, Mariño, Andrés, ob. Cit., pág.45.

reflexiones ulteriores sobre este tipo de responsabilidad, partiendo del modelo normativo esbozado por Hart.

Según Cafferla la *“norma primaria es un concepto básico y central que une y de alguna manera constituye el cimiento lógico de toda la materia del Derecho Civil de las Obligaciones (...)”*⁴⁷. Las normas primarias son entendidas por el autor como aquellas que *“establecen deberes u obligaciones y que, en tanto expresiones lingüísticas pueden entenderse como condicionales que se conforman mediante la descripción abstracta de un acto (ilícito) a cuya verificación concreta se imputa como consecuente, una sanción”*⁴⁸.

Para complementar tal definición, Cafferla acude a las conceptualizaciones de Hart. Según el iusfilósofo inglés, las normas primarias que imponen deberes jurídicos son aquellas que *“la demanda general para que exista conformidad es insistente y la presión social puesta sobre aquellos que se desvían de la misma o amenazan con desviarse es grande”*⁴⁹. A la reflexión hartiana, Cafferla le realiza un agregado de interés: esa presión *“(...) se manifiesta mediante “sanciones físicas” aplicadas mediante funcionarios designados al efecto a través de reglas de adjudicación”*⁵⁰.

Precisando más su desarrollo, Cafferla apunta que, para la responsabilidad contractual, el concepto central no es cualquier norma primaria sino una forma específica de ésta: *la norma primaria particular*, esto es, aquella *“(...) que refiere a sujetos concretamente determinados y no a clases genéricas de sujetos”*⁵¹. En efecto una fuente creadora de esas normas particulares es el contrato, y de ahí la relevancia que adquiere aquel concepto en la teoría de la responsabilidad contractual.

Ahora bien, el contrato, podríamos afirmar, es solo la fuente inmediata de esas normas puesto que existe una norma más remota y mediata que es, a su vez,

⁴⁷ Cafferla, *Responsabilidad Civil Contractual*, FCU, 2da edición, 2012, pág. 11.

⁴⁸ Cafferla, *ob. Cit*, p. 12

⁴⁹ Hart, H.L.A., *“The Concept of Law”*, pág. 86, citado por Cafferla, *ob. cit.* pág. 12.

⁵⁰ Cafferla, Gerardo *ob. cit.*, pág. 12.

⁵¹ Cafferla, Gerardo *ob. cit.*, pág. 13.

la que permite que el contrato sea “*un supuesto de hecho que genera o crea normas jurídicas particulares*”⁵². Esa norma es una regla de cambio. Para justificar esta afirmación, Cafferla vuelve a citar a Hart en el siguiente pasaje “*el remedio para la cualidad estática de un régimen (...) consiste en la introducción... de reglas de cambio. La forma más simple de esa regla es aquella que da poder a un individuo o grupo de personas para introducir nuevas reglas primarias... y para eliminar las antiguas reglas*”⁵³.

El entender al contrato como una fuente de reglas primarias particulares conlleva otorgarles a los individuos un *poder legislativo limitado*, tal como lo entiende Hart⁵⁴. Pero tal noción no solamente está recogida por ciertas reflexiones iusteóricas, sino que tiene un asidero normativo: el artículo 1291 del Código Civil. Este artículo, entiende Cafferla, es una norma de competencia pues “*establece que dado un cierto supuesto de hecho (el contrato), se genera como consecuencia el ingreso al sistema de una “regla” que las partes deben respetar “como la ley misma*”⁵⁵.

Si el contrato es un hecho generador de normas primarias particulares en virtud de una norma de cambio o competencia (nuestro artículo 1291) y si esas normas creadas deben ser respetadas *como la ley misma*, cabe concluir que su infracción debe ser castigada. Para Cafferla, entonces, la responsabilidad contractual es una situación jurídica, es decir “*la posición de aquél sujeto que estando sometido a una obligación basada en una norma jurídica particular (generada por alguna fuente) la incumple*”⁵⁶.

En conclusión, la aplicación que Cafferla hace de Hart echa luz sobre la importancia de una teoría general de las normas al momento de reflexionar sobre la responsabilidad civil contractual. Demuestra, por tanto, que reflexiones comúnmente vistas como extrañas o ajenas entre sí, poseen un vínculo esencial.

⁵² Cafferla, Gerardo, ob. Cit., pág. 13.

⁵³ Hart, H.L.A., “*The Concept of Law*”, pág. 96, citado por Cafferla, ob. Cit., pág. 13.

⁵⁴ Cafferla, Gerardo, ob. Cit., pág. 13.

⁵⁵ Cafferla, Gerardo, ob. Cit., pág. 13.

⁵⁶ Cafferla, Gerardo, ob. Cit., pág. 14.

C. El Poder Normativo Negocial

El objetivo del trabajo de Ramiro Castro *“El poder normativo negocial a la luz de la construcción teórica de H.L.A Hart”* es abordar desde la teoría hartiana al concepto de “poder normativo negocial” esbozado por los autores Cafaro y Carnelli.

Antes de realizar el mentado abordaje, Castro precisa el concepto de “*poder normativo negocial*” y el de orden jurídico para Hart. El primero es definido por Cafaro y Carnelli, como la posibilidad de crear normas que tiene “*cada sujeto de derecho, por su carácter de tal y como reafirmación del mismo y de la autonomía privada*”⁵⁷. Por otra parte, el autor cita la concepción de Derecho para Hart, es decir “*la unión de reglas primarias y secundarias*”⁵⁸.

Continúa Castro puntualizado que, dentro de las normas secundarias “(...) hallamos distintos tipos de reglas: de cambio, adjudicación y reconocimiento. Las primeras facultan a un sujeto o una generalidad de éstos para introducir reglas primarias al Sistema y suprimir o modificar-aunque no necesariamente-otras que habían ingresado anteriormente en él”⁵⁹. Sobre este tipo de normas secundarias es que Castro construirá su argumento principal.

Luego de estos prolegómenos, Castro se concentra en identificar cómo el positivismo y el iusnaturalismo entienden al Poder Normativo Negocial (de aquí en adelante PNN). El positivismo aborda al PNN desde la objetivación del contrato, suponiendo que “(...) el origen de su legitimidad está consagrado por el orden jurídico a través de una norma superior.”⁶⁰. Con la finalidad de traducir lo dicho en palabras hartianas, el autor trae a colación la siguiente cita del jurista inglés: “*la potestad así*

⁵⁷ Eugenio B. Cafaro, Santiago Carnelli, “*Eficacia contractual*”, Ed. F.C.U, Montevideo, 1996, p. 13; citado por Castro, Ramiro, “*El poder normativo negocial a la luz de la construcción teórica de H.L.A. Hart*”, en Ruptura Nº 5, FCU, 2014 pág. 59.

⁵⁸ Hart, H.L.A., “*El Concepto de Derecho*”, 2ª edición, Abeledo-Perrot, 1963, p. 99; citado por Castro, Ramiro, ob. Cit., pág. 59.

⁵⁹ Castro, Ramiro, *El poder normativo negocial a la luz de la construcción teórica de H.L.A Hart* en Ruptura Nº 5, FCU, Montevideo, 2014, pág. 59.

⁶⁰ Castro, Ramiro, ob. cit., pág. 59.

*conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos (...) es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social*⁶¹.

Precisando más el argumento, Castro lee enfoque positivista en clave hartiana y sentencia que “(...) el PNN es conferido por el Derecho a los individuos a través de una regla de cambio (artículo 1246 y 1291 del Código Civil) (...)”⁶². El contrato, por lo tanto no es tanto una norma que ingresa al sistema, sino el efecto de una norma preexistente, esto es, una norma de cambio.

Apunta Castro, que el concepto de PNN esbozado por Cafaro y Carnelli apunta en la misma dirección que las reflexiones de Hart. Como prueba cita el siguiente pasaje de los mencionados juristas uruguayos: “*el poder normativo reconocido a cada individuo encuentra su fuente de validez en una norma supra ordenada, esto es en la ley (...) es ésta la que atribuye o priva a los individuos de poder normativo (...)*”⁶³.

En la vereda opuesta, el enfoque iusnaturalista entiende que el PNN integra la regla de reconocimiento. Hart construye la noción del contenido “*mínimo del Derecho Natural*” entendiendo por ello a esos principios “*que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos*”⁶⁴. Por lo tanto, aceptar a la supervivencia como objetivo natural de los individuos “*implica que el Derecho posea un contenido específico orientado a concretarla.*”⁶⁵.

El punto neurálgico de la argumentación de Castro en este tema es que es posible ubicar al PNN “*como un elemento del “Derecho Natural mínimo” porque brinda la dinámica que necesita el Sistema para la circulación de la propiedad privada entre las distintas organizaciones sociales*”⁶⁶.

⁶¹ H.L.A Hart, ob. cit, p. 34, citado por Castro, Ramiro, ob. Cit., pág. 45.

⁶² Castro, Ramiro, ob. cit., pág. 45.

⁶³ Cafaro y Carnelli, ob. cit., pág. 14, citado por Castro, Ramiro, ob. Cit., pág. 45. La cita de Castro es más completa que la que aquí se vierte.

⁶⁴ H.L.A. Hart, ob. Cit., pág. 230, citado por Castro, Ramiro, ob. Cit., pág. 46.

⁶⁵ Castro, Ramiro, ob. cit., pág. 47.

⁶⁶ Castro, Ramiro, ob. cit., pág. 47.

Sobre la temporalidad de la facultad de los individuos para regular sus relaciones particulares, Castro entiende que puede afirmarse o bien que la autonomía privada es anterior a la pública o bien que la pública es anterior a la privada⁶⁷. Según el autor, Hart soluciona este dilema entendiendo que ambas están en el mismo plano, pues son *cooriginarias*. Así, según Castro, para esta visión iusnaturalista, el PNN es requisito de la regla de reconocimiento y por lo tanto condicionante de la validez del Derecho⁶⁸.

D. Nulidad y sanción.

Otro de los puntos abordados en los trabajos que utilizan la obra de Hart como eje, apunta a esclarecer la dicotomía entre nulidad y sanción bajo la luz de los desarrollos doctrinarios en el Uruguay⁶⁹.

Señala Hart, luego de plantear la diferencia entre reglas primarias y reglas secundarias, que la nulidad es la consecuencia de no ejercer “... *alguna condición esencial para el ejercicio de la potestad*” que confieren las reglas secundarias⁷⁰.

Es decir, para la concepción sancionatoria del derecho la nulidad no deja de ser una sanción, un mal objetivo que es consecuencia de la transgresión de una norma.

Pero el problema aparece al concretizar la nulidad. ¿Configura realmente una sanción para quien realiza los actos nulos? Parece ser que, una vez aceptada la distinción entre normas sancionatorias y normas que confieren potestades, la nulidad se ubica como consecuente ineludible de las segundas, dado que quien no logra sus objetivos por no adaptar su conducta a la hipótesis de hecho de la norma, mal puede decirse que fue sancionado. Pensemos en el multicitado ejemplo del contrato. Quienes realicen un compromiso, de cualquier tipo, que no contenga los elementos del artículo 1261 del Código Civil, celebrarán un tipo de acuerdo cualquiera, pero no

⁶⁷ Castro, Ramiro, ob. Cit., pág. 47.

⁶⁸ Castro, Ramiro, ob. Cit., pág. 47.

⁶⁹ Samudio, Federico, “Nulidad y sanción. En búsqueda de una diferenciación fundada”, en Ruptura N° 5, FCU, Montevideo, 2014, pág. 73.

⁷⁰ Hart, H.L.A, “El concepto de derecho”, 1ª.ed., Abeledo-Perrot, 1998, pág. 42.

será un contrato tal cual lo define el Código, y por consiguiente carecerá de los efectos que a él se atribuyen.

La dogmática uruguaya presenta un esquema que es, al menos, de dudosa comprensión. En su tomo XVI del Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Gamarra afirma tajantemente que la nulidad no es una sanción. No obstante ello, al desarrollar el tema, afirma que al acaecer la nulidad se viola lo que la doctrina llama “leyes ordenativas”, como consecuencia de la inobservancia de las reglas⁷¹.

El trabajo apunta a descubrir esta comparación, a los efectos de ahondar en la relación teoría-dogmática.

1.3. La interpretación y la discrecionalidad

1.3.1. Aplicación para el comentario de sentencias de Derecho Civil.

En dos trabajos similares, el Profesor Jorge Gamarra, máximo exponente del Derecho Civil uruguayo, realiza un giro inesperado en su *opus*, utilizando propuestas teóricas para realizar una crítica a determinada selección jurisprudencial.

Los trabajos publicados se denominan respectivamente “Formalismo jurídico interpretativo a partir del estudio de una sentencia ‘ilegal’” y “El pensamiento formalista en la jurisprudencia uruguaya”. El autor abandona entonces una propuesta enteramente dogmática para utilizar una base teórica que se enfoca en los temas de la interpretación de las normas y la discrecionalidad judicial.

Gamarra comienza realizando una descripción de la corriente que en materia de interpretación es denominada “formalismo”. Para el formalismo, sostiene el autor, “existe una única respuesta correcta (o verdadera) que el derecho establece para el caso en cuestión y espera que sea constatada objetivamente”⁷².

⁷¹ Gamarra, Jorge, “*Tratado de Derecho Civil Uruguayo*”, Tomo XVI, FCU, 1994, págs. 35-36.

⁷² Gamarra, Jorge, “*El pensamiento formalista en la jurisprudencia uruguaya*”, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, N° 3, FCU, págs. 119-139.

La descripción cambia de rumbo y toma una perspectiva crítica, cuando se señala que *“la tesis (de la solución anticipada de conflictos) es inaceptable; los legisladores no pueden tener conocimiento de todas las hipotéticas combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar; solo si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado por un número finito de notas y éstas fueran conocidas, podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera nueva elección”*⁷³. Aquí encontramos una clara referencia a la obra de Hart en el artículo del Profesor Gamarra.

La referencia se dirige especialmente a lo que Hart dio en llamar la *“relativa ignorancia de los hechos”*⁷⁴.

Entra en juego uno de los capítulos más controvertidos de la obra de Hart. El capítulo 7 de “El Concepto de Derecho”, denominado *“Formalismo y escepticismo ante las reglas”*, intenta marcar, justamente, un camino medio entre esas dos formas de interpretación de las normas.

En materia de interpretación, en términos generales, podemos encontrar tres corrientes de pensamiento que necesariamente (como en toda clasificación) se hallan entrelazadas. La primera, el *formalismo*. Según esta concepción del derecho, las normas poseen un significado ya determinado, el cual únicamente debe ser conocido por el intérprete. Por ello, esta corriente también es conocida como interpretación *cognoscitiva*. Al respecto Hart señala que esta tesis *“... solo tiene que ‘subsumir’ hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística”*⁷⁵. La segunda tesis es denominada escéptica, porque justamente entiende que el intérprete no “conoce” el significado que subyace en la norma, sino que es él mismo quien la dota de significado al realizar el proceso interpretativo⁷⁶. El concepto “norma” aquí es entendido como el producto de la

⁷³ Gamarra, Jorge, ob. cit., pág. 121.

⁷⁴ Hart, H.L.A., ob. cit., págs. 160 y ss. Asimismo en forma previa, el propio Hart había esbozado un ensayo al respecto. El detalle es el siguiente: Hart, H.L.A., *“Discretion”*, Harvard Law Review, Volume 127, No. 2, Diciembre de 2013, págs. 652 a 665. Disponible en <http://harvardlawreview.org/>.

⁷⁵ Hart, H.L.A., *“El concepto de derecho”*, ob. cit., pág. 157.

⁷⁶ Guastini, Riccardo, *“Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho”*, Gedisa, 1999, págs. 92-107.

interpretación, mientras que el texto a interpretar es denominado “disposición normativa”.

Hart en su obra plantea una tesis intermedia, ecléctica, en la cual marca un sendero medio entre estos polos. Haciendo referencia al formalismo, afirma Hart que *“aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas”*⁷⁷.

En función de lo expresado, Hart reconoce que existen dos escenarios ante los cuales se puede enfrentar el intérprete: casos análogos, reiterativos, indudablemente contemplados por la regla general, con conceptos que se aplican claramente al caso concreto, denominados “casos fáciles”; y por otro lado, situaciones en las que *“... el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta”*⁷⁸. Dichas situaciones son aquellas que se alejan más de los casos fáciles y claramente contemplados por la norma. Los conceptos aquí se tornan vagos, ambiguos y el lenguaje adquiere un papel preponderante. Es en estos casos en los que Hart admite la existencia de la discrecionalidad judicial.

La razón por la cual existen “zonas de penumbra” en materia interpretativa, es ineludible: *“... la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”*⁷⁹.

1.3.2 La aplicación por parte del Profesor Gamarra

Estrictamente, Gamarra realiza un trabajo que emplea un lenguaje dogmático o prescriptivo, utilizando referencias teóricas. El problema se trasluce cuando, de las citas a un autor analítico como lo era Hart, se llegan a conclusiones concretas al criticar fallos jurisprudenciales.

⁷⁷ Hart, H.L.A., ob. cit., págs. 158 y ss.

⁷⁸ Hart, H.L.A., ob. cit., págs. 158 y ss.

⁷⁹ Hart, H.L.A., ob. cit., págs. 160 y ss.

Luego de describir someramente las corrientes acerca de la interpretación de las normas, Gamarra toma postura y critica duramente las antiguas posiciones de jueces que se veían constreñidos a acatar al pie de la letra el texto de la norma; es decir, lo que hacían era “congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos...”, en palabras de Hart⁸⁰. De esta forma, relata Gamarra en consonancia con algunos pasajes de la obra de Hart, el juez formalista no toma en cuenta factores sociales, políticos, económicos y de diversa índole que se pueden presentar al momento de la decisión judicial. Todo ello, en aras de respetar la “intención del legislador”. Tal es el caso, como cita el propio Gamarra, de la sentencia que contempla en proceso inflacionario en la condena en juicios civiles.

Los problemas que denuncia el autor son causados por lo que Hart define como una “relativa indeterminación de propósitos”, es decir, la incompreensión acerca de qué propósito de la regla debe prevalecer en la aplicación del caso concreto. Solía ser una característica de la decisión judicial el hecho de afirmarse en el propósito inicial de las reglas. Es decir, la “conceptualización hipotética” del caso que realizaban (y aún realizan) los magistrados implicaba el único propósito de la aplicación de las reglas. Esto supone la utilización de significados que perduran en el tiempo, justamente con el afán de reflejar la “verdadera intención” del legislador. Otro intento más por develar un contenido preexistente.

Pero Gamarra da un paso más en su desarrollo. Sostiene que su tesis aboga por “... jerarquizar la labor del intérprete, resaltar la importancia de las circunstancias particulares del caso, dirigirla atención hacia los valores (la justicia, especialmente)”⁸¹.

Atendemos a un paso en falso de Gamarra en su coherencia al utilizar propuestas teóricas. Introduce reflexiones propias de la filosofía política, como el concepto de justicia, a partir de una crítica al formalismo. Más allá de los variados conceptos acerca de qué es la justicia (para Kelsen se asemeja a la idea de

⁸⁰ ⁸⁰ Hart, H.L.A., “*El concepto de derecho*”, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998
pág.161

⁸¹ Gamarra, Jorge, ob. cit., pág. 123.

retribución en Sociedad y Naturaleza, para Rawls fluctúa entre distribución e imparcialidad), parece que Gamarra vota por una idea que trasciende incluso la teoría de Dworkin, dado que en ninguna parte de su desarrollo habla de la idea de principios, sino únicamente de las circunstancias del caso y el valor “justicia”. El voto por la equidad parece sondear los planteos del autor.

Distinta es la tesis de Hart. Para él, ante los “casos difíciles”, que se asientan en la zona de penumbra, el juez deberá tomar una decisión que, inevitablemente, será discrecional, dado que realizará una elección entre dos o más posibles, tomando en cuenta ciertos criterios que si bien no fueron expuestos en *“El Concepto de Derecho”*, son de carácter empírico⁸².

La convergencia entre el planteo de Gamarra y el de Hart llega hasta el punto de crítica al formalismo. Luego, el autor uruguayo incluye aristas de la moral que no son compartidas ni siquiera por una versión del positivismo incluyente que sustente una moral social empíricamente comprobable. Incluso, la naturalización de la moral que plantea Gamarra es propia de las posiciones que defienden la equidad y la justicia como valores universales y superiores.

2. La obra de Hart y su utilización por temas. El estudio desde la Filosofía del Derecho

2.1. El concepto de regla en Hart y su crítica

Serrana Delgado en su texto *“La regla de reconocimiento de Hart y el problema de seguir una regla”* se propone abordar la problemática existente en torno al concepto de reglas y al seguimiento de éstas, y cómo se vincula con la regla de reconocimiento hartiana.

⁸² Al respecto ver directamente Hart, H.L.A., *“Discretion”*, ob. cit.

Según Delgado, Hart plantea la regla de reconocimiento como *“práctica social concordante y como criterio de validez del ordenamiento jurídico”*⁸³. Por lo tanto tiene dos funciones: por un lado sirve para *“reconocer e identificar las reglas de un grupo social”*⁸⁴ y por otro *“impone una obligación a los miembros del grupo, en especial a los jueces, de entender ciertos criterios como los identificadores de los estándares jurídicos y de aplicarlos en sus decisiones”*⁸⁵. Opera pues, como “regla conceptual” y como “regla de reconocimiento”.

Delgado puntualiza que para Hart, *“las reglas están compuestas de un aspecto externo, o sea, una conducta repetida o regular de los miembros de la sociedad en su conjunto y un aspecto interno o actitud repetida o regular de los miembros de la sociedad en su conjunto y un aspecto interno o actitud normativa”*⁸⁶. Lo dicho coloca a la teoría normativa de Hart como “teoría práctica de las reglas” puesto que *“trata la cuestión de las reglas como prácticas sociales compuesta de dos cuestiones: la regularidad de una práctica de conducta seguida por la comunidad de individuos y la aceptación de esas reglas por tales individuos que sería su componente de normatividad”*⁸⁷.

La autora introduce la crítica de Dworkin a esta visión de las reglas como hechos sociales, puesto que *“no explicaría el carácter más prominente que posee cualquier regla y éste es el de su normatividad (...)”*⁸⁸. Continúa Delgado, argumentando que para Dworkin las reglas sólo pueden existir si existen *“buenas razones morales para que los hombres actúen como deben actuar”*⁸⁹. La crítica que Hart le realiza a esta postura de Dworkin es que *“puede ser que los individuos actúen conforme a las reglas por tradición o aun cuando crean que son moralmente objetable”*⁹⁰.

⁸³ Delgado, Serrana, “La regla de reconocimiento de Hart y el problema de seguir una regla” en Ruptura *Una revista de interdisciplinaria de análisis jurídico*, N° 3, FCU, Montevideo, 2012, p. 73

⁸⁴ Delgado, Serrana, ob. Cit., p. 74.

⁸⁵ Delgado, Serrana, ob. Cit., p. 74.

⁸⁶ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 75.

⁸⁷ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 75.

⁸⁸ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 75.

⁸⁹ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 76.

⁹⁰ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 76.

Teniendo en cuenta estos puntos extremos de la polaridad normatividad y práctica social, Delgado entiende que falta en la obra de Hart un análisis más exhaustivo de la relación entre dichos extremos, y afirma que quizás *“sea necesario no acudir a la idea de ninguna regla, de ninguna norma, en tanto conceptos entitativos, como fundantes de la normatividad”*⁹¹.

El problema relevante que reporta más interés para el artículo de Delgado es que *la “propia práctica es constitutiva de la normatividad, y al mismo tiempo se plantea como una práctica que tiene que está de acuerdo con la normatividad”*⁹². El dilema central aquí se resume a cómo la mera práctica puede gestar normatividad puesto que *“si la regla de reconocimiento es una práctica, entonces al ser hechos convenciones, como Hart reconoce en el Postscriptum, no cumpliría la función tradicional de un criterio de individualizar el derecho válido”*⁹³.

Para salir de este atolladero es necesario concebir algún hecho que en sí mismo no fuera un seguimiento de alguna regla. Pero esta hipótesis se topa con un escollo porque *“para que algo signifique algo (...) tiene que ser a su vez el seguimiento de una regla, y por ende ya seguiríamos una regla cuando pretendemos constituir la”*⁹⁴.

Para superar estos problemas, Delgado echa mano a los aportes de teóricos y filósofos de la talla de Wittgenstein, Kripke y Davidson. Por motivos que exceden al objetivo de esta reseña, el desarrollo reflexivo que la autora realiza sobre esas ideas será obviado. No obstante, y a fin de no desvirtuar la riqueza del artículo en cuestión, citaremos las conclusiones a las que arriba Delgado como fruto de la interacción de los autores citados.

Primero que nada la regla de reconocimiento *“plantearía una circularidad ya que al mismo tiempo que tendría la función de patrón para juzgar determinada práctica es al mismo tiempo ella misma una práctica, es práctica y patrón”*⁹⁵. Por lo

⁹¹ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 77.

⁹² Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 77.

⁹³ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 77.

⁹⁴ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 77.

⁹⁵ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 88.

tanto, seguiríamos ya una regla *“cuando pretendemos construirla y por ende las reglas no estaría fundamentadas en hechos”*⁹⁶.

Por otro lado la teoría práctica de las reglas, sentencia la autora, *“presentaría un déficit explicativo de la tensión entre convención, consenso, hechos, práctica y reglas”*⁹⁷. Teniendo en cuenta este déficit, Delgado culmina su artículo con un llamado a reconsiderar *“la teoría del positivismo jurídico hartiano que explica el derecho como unión de reglas primarias y secundarias y la tesis central de la regla de reconocimiento”*⁹⁸.

2.2 La interpretación y la discrecionalidad

Otro aspecto interesante de la relación del teoría hartiana y los problemas generales del derecho viene dado por el texto de Nelson Ottonelli *“Interpretación jurídica y decisión judicial: la indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las teorías de Hart y de Kennedy”*.

El texto que se referencia inicia con una definición de interpretación jurídica tomada de la obra de Gianella Bardazano *“Literalidad y decisión”*: es *“(…) una operación intelectual de determinación del significado de un enunciado normativo”*⁹⁹. En líneas subsiguientes el autor se aboca a trazar conceptos generales sobre la interpretación jurídica, con especial énfasis en sus distintos tipos y autores paradigmáticos, para pasar a analizar la tesis que Hart sostiene sobre el tópico¹⁰⁰.

Según Ottonelli, Hart sostiene que la interpretación jurídica *“(…) es en gran medida un proceso de descubrimiento del significado de los textos normativos que está dado de antemano por las convenciones lingüísticas de la comunidad en donde rigen”*¹⁰¹.

⁹⁶ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 88.

⁹⁷ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 88.

⁹⁸ Delgado, Serrana, ob. Cit., pág. 89.

⁹⁹ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 201.

¹⁰⁰ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 203.

¹⁰¹ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 203.

Esta actividad de *descubrimiento* es complementada por una actividad *creativa*. En efecto, el autor remarca este punto al escribir que, para Hart “(...) *la realidad de lo que hacen los jueces cuando dictan sus sentencias se encuentra en un punto medio entre “la pesadilla” de concebir que los jueces crean y nunca descubren el derecho de los litigantes, y por otro lado, la que rotula como “el noble sueño” de asegurar que los jueces siempre descubren y nunca crean el derecho. Su tesis es que los jueces harían una y otra cosa (descubrir y crear) según las contingencias del caso*”¹⁰².

Por lo tanto el significado de las palabras contenidas en las reglas jurídicas, así como su campo de aplicación “(...) *está determinado por convenciones sociales sobre el modo en que son usadas las palabras, fenómeno este que hace posible la convivencia social a través del derecho*” ¹⁰³. En efecto, si vamos al texto cumbre de Hart, es decir El Concepto de Derecho, podremos apreciar el enorme peso que el autor inglés le otorga al consenso lingüístico a la hora de realizar una interpretación jurídica.

En palabras de Hart: “*En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contexto similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables*”¹⁰⁴. Esas expresiones generales de las que habla Hart, contienen esas *convenciones sociales* sobre el uso de las palabras, a las que se refiere Ottonelli.

Hart precisa los efectos y el alcance de esas expresiones en la mecánica de la interpretación: “*Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma*

¹⁰² Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 203.

¹⁰³ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 204.

¹⁰⁴ Hart, H.L.A., ob. Cit., pág. 157.

*constante en contexto semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios*¹⁰⁵.

Cómo es posible notar, la incidencia que Hart le otorga a estos *acuerdos* sobre el uso de determinados *términos clasificatorios* es bastante acotado. Mediante la repetición y la semejanza contextual, el juez podrá *ahorrar* esfuerzos interpretativos puesto que el significado de estos términos viene dado en forma *“automática”* (he aquí la arista cognoscitivista de la hermenéutica hartiana).

Reforzando este punto, Hart es bastante claro sobre los pobres aportes orientadores que puede realizar el *“lenguaje dotado de autoridad”* puesto que *“(…) sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo”*¹⁰⁶.

Tomando en cuenta estas precisiones de Hart, Ottonelli afirma que *“(…) las características típicas del lenguaje natural en el que se formulan los términos clasificatorios generales de las reglas jurídicas, como la vaguedad y la ambigüedad de las palabras, dan lugar a lo Hart ha denominado “la textura abierta del derecho”, indicando con ello los límites del lenguaje para expresar criterios o pautas generales capaces de ser aplicados de forma precisa al indefinido e impredecible universo de situaciones concretas que nos puede deparar la realidad social”*¹⁰⁷.

Esa textura abierta es producto de la *falta de certeza en la zona marginal* del lenguaje humano¹⁰⁸. Hart es más directo aun cuando expresa que los lenguajes naturales *“(…) muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta”*¹⁰⁹.

Se generan entonces *casos fáciles* y *casos difíciles* a la hora de aplicar el lenguaje natural en pos de su resolución. Los casos fáciles son aquellas situaciones que se resuelven, como nos referíamos más arriba, en forma *automática*. En cambio, como explica Ottonelli, *“(…) la experiencia indica que la realidad puede presentar un sinfín de particularidades que no encuadran claramente en las*

¹⁰⁵ Hart, H.L.A., ob. Cit., pág. 158.

¹⁰⁶ Hart, H.L.A., ob. Cit., pág. 158.

¹⁰⁷ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 204.

¹⁰⁸ Hart, H.L.A., ob. Cit., pág. 159.

¹⁰⁹ Hart, H.L.A., ob. Cit., pág. 159-160.

*condiciones abstractas previstas en las reglas según las convenciones lingüísticas de la comunidad. Ahí está la textura abierta del derecho*¹¹⁰.

Ottonelli concluye que las tesis de la interpretación jurídica de Hart “(...) implica reconocer que el derecho es un sistema reglas jurídicas parcialmente determinado. Para la concepción de la indeterminación parcial, en los casos regulados por las reglas no existiría indeterminación. Ante estas situaciones los tribunales dispondrían de una respuesta jurídica correcta, más allá de que pudieran equivocarse a la hora de identificarla. (...) Sin embargo, también pueden darse casos dudosos o difíciles, respecto de los cuales las convenciones lingüísticas se muestran deficitarias a la hora de ofrecer certezas, haciendo que el derecho (...). En este tipo de situaciones los jueces tendrán discrecionalidad para crear la solución jurídica aplicable al caso concreto...”¹¹¹.

La segunda parte del referido artículo versa sobre la tesis interpretativa de Kennedy. Como el objetivo general de todo el trabajo conjunto es analizar la utilización teórica y práctica de Hart en el campo académico-práctico uruguayo, le dedicaremos un breve análisis al pasaje de Kennedy. No obstante, como el artículo trata de relacionar las tesis de Hart y Kennedy es necesario que ambas queden bien definidas.

Según Ottonelli, Kennedy realiza una dura crítica a las teorías constructivistas del derecho, con especial énfasis en el enfoque de Ronald Dworkin. Este autor ataca a los postulados centrales de dicha teoría que son: la coherencia del derecho y la neutralidad judicial¹¹².

Según Kennedy “La negación de la indeterminación del derecho y del carácter ideológico de la adjudicación judicial constituyen elementos retóricos para generar un manto de legitimidad y necesidad de las reglas y prácticas establecidas,

¹¹⁰ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 204.

¹¹¹ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 206-207.

¹¹² Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 207.

*favoreciendo los intereses de grupos que cuentan con mayor información sobre normas y con mayor poder económico para poder defender sus intereses*¹¹³.

Argumenta Ottonelli que contra la idea de coherencia o integridad del derecho, Kennedy sostiene *“que al interior del orden jurídico conviven dos visiones éticas, políticas y económicas radicalmente opuestas, por un lado una visión individualista que privilegia el valor de la autonomía de la voluntad privada (...) y en el extremo opuesto, una visión altruista que enfatiza el valor de la solidaridad en las relaciones sociales y que concibe al derecho como instrumento de cohesión social...”*¹¹⁴.

Entiende Kennedy, que el derecho *“(...) no tiene ningún núcleo, ningún principio moral conciliador subyacente en las reglas jurídicas, que sea capaz de sintetizar las dos visiones en conflicto, que salve sus contradicciones”*¹¹⁵.

Lo dicho sirve como prelude para comprender la postura hermenéutica de Kennedy. El autor *“(...) comienza por situarse en la perspectiva subjetiva del juez que es llamado a resolver una contienda jurídica, para luego elevarse a la consideración de cómo opera la ideología judicial, tanto la determinación jurídica de cada caso particular, como en el cambio y en la estabilidad del derecho”*¹¹⁶.

*“La interpretación es vista como un proceso reflexivo que se desarrolla en el tiempo. Su primer momento está dado por lo que el autor denomina como la “aprehensión inicial” de los hechos del caso en su totalidad como una situación regida por una norma”*¹¹⁷. En términos hartianos, según Ottonelli, la “aprehensión inicial” es la *“(...) clasificación primaria de los hechos en función del significado más obvio de las reglas jurídicas de acuerdo a las convenciones lingüísticas de la comunidad en la que rige”*¹¹⁸.

¹¹³ Kennedy Duncan, *“Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica”*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, pág. 57, citado por Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 207.

¹¹⁴ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 208.

¹¹⁵ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 208.

¹¹⁶ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 208.

¹¹⁷ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 209.

¹¹⁸ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 209.

Si esta “aprehensión” se encuentra en conflicto con la ideología del juez, él deberá “... emprender un trabajo intelectual de interpretación y de argumentación jurídicas con el objetivo de desestabilizar ese encuadre jurídico primario del caso, construyendo reflexivamente una interpretación alternativa de los “materiales jurídicos” que se corresponda con sus intereses o preferencias extrajurídicos”¹¹⁹.

Kennedy critica la tesis hartiana, en tanto “(...) no provee una explicación satisfactoria de su famosa clasificación entre casos fáciles y casos difíciles. El déficit de Hart habría sido el descuidar el rol que juega el intérprete en la determinación del derecho...”¹²⁰

La tesis central de Ottonelli es que “la consideración del acto hermenéutico del intérprete enfatizado por Kennedy se hace imprescindible para explicar satisfactoriamente la noción de determinación o indeterminación parcial del derecho (...) pero sin tener que salirse por ello del esquema hartiano”¹²¹. Continúa el mencionado autor argumentado que: “La posibilidad de desestabilizar núcleos de certeza de las reglas, a mi entender, no implica que deba abandonarse la dicotomía “certeza-penumbra” basada en una concepción de determinación parcial del derecho semejante a la de Hart”¹²².

Para reforzar su tesis, Ottonelli, entiende que el propio Kennedy reconoce la existencia de una determinación del derecho previa al acto interpretativo “(...) cuando dice que los materiales jurídicos sobre los que trabaja el intérprete restringen las posibilidades estratégicas de intentar hacer que tales materiales signifiquen una cosa u otra”¹²³.

Lo dicho, supone generar las condiciones de posibilidad para el acercamiento entre las tesis de Hart y Kennedy. Ottonelli entiende que es posible

¹¹⁹ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 209

¹²⁰ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 211.

¹²¹ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 211.

¹²² Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 212.

¹²³ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 213.

asumir una noción de determinación parcial del derecho en un “sentido débil” si se aceptan las siguientes ideas¹²⁴:

- a. *“El significado de las reglas es producto de convenciones lingüísticas que atienden a las tres dimensiones del lenguaje: sintáctica, semántica y pragmática”*. Para Ottonelli, la dimensión pragmática que Hart pone de relieve en los propósitos perseguidos por la norma, hacen de la convención lingüística, una convención política o ideológica.
- b. *“La convención constituye a la vez una práctica social interpretativa”*
- c. *“Los significados normativos son productos históricos”*

Ottonelli precisa que decir “(...) que el derecho es parcialmente determinado no significa que sea un fenómeno neutro en términos ideológicos”¹²⁵. En definitiva, toda disposición jurídica significa el triunfo de alguna ideología, o el resultado de concesiones entre dos ideologías opuestas¹²⁶. Por lo tanto “(...) cuando un juez se le presente una situación particular que encuadra fácilmente en un núcleo de certeza de la regla, no le quedará espacio para incidir ideológicamente en la solución del caso, salvo por la posibilidad de presentar estratégicamente los hechos de manera tal que califiquen en otra regla con una solución diferente, o por el éxito de una interpretación alternativa de la regla que sea capaz de desestabilizar su núcleo de certeza”¹²⁷.

En la situación opuesta, ante una situación que recalca en la zona de penumbra se generan las condiciones favorables para la actividad estratégica, puesto que el caso “(...) no será susceptible de ser evaluado en términos de corrección lingüística ni de corrección política con relación a lo resuelto de antemano por el poder político”¹²⁸.

¹²⁴ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., págs. 213-214.

¹²⁵ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 215.

¹²⁶ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 216.

¹²⁷ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 217.

¹²⁸ Ottonelli, Nelson, ob. Cit., pág. 217.

3. La obra de Hart y su utilización por temas. La jurisprudencia.

Son escasas las sentencias que han utilizado, en la fundamentación de sus fallos, algún tipo de referencia teórica para sustentar la posición del magistrado. Este hecho presenta dudas acerca de si es un problema o una característica natural y normal del sistema. En cuanto a niveles de lenguaje, no debe ser de extrañar que las referencias teóricas sean ajenas a las sentencias, dado que las mismas son parte del Derecho y como tales se colocan en el primer nivel de lenguaje, sobre el cual versa la dogmática, la cual es a su vez objeto del metalenguaje que es la teoría.

No obstante, en el caso puntual de Hart su obra ha sido citada, en la mayoría de los casos, como un truco argumental cuya objetivo intentaremos describir.

3.1 Los funcionarios públicos y un caso fácil.

La sentencia 232/013¹²⁹ del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º turno decide sobre una apelación a una acción de amparo interpuesta a los efectos de suspender los efectos de un acto administrativo que fue impugnado con los correspondientes recursos.

El fondo del asunto: una funcionaria pública solicita se suspenda el acto mediante el cual se la traslada a cumplir las funciones a una dependencia que se encuentra a 160 kms. de su hogar. Para ello, invoca la normativa que pretende sea aplicable al caso. La sede, al comienzo de la fundamentación del fallo, recuerda que para que proceda la acción de amparo el acto resistido debe ser *"manifiestamente ilegítimo lo cual supone que su ilegitimidad sea notoria, esté más allá de cualquier controversia razonable"*.

Es decir, lo que exige la norma sobre amparo es que la interpretación de los hechos sea indubitable, que no permita varias posturas controvertidas, en razón de la

¹²⁹ La sentencia referida puede ser encontrada en:
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=34108>

magnitud de los derechos tutelados por la acción de amparo. Esta característica resultará vital para la decisión del Tribunal.

Para justificar el traslado de la funcionaria, la administración cita una reglamentación sobre la ocupación y desempeño efectivo de los cargos gerenciales en la que se expresa que *“quienes hayan accedido a esas funciones deberán desempeñar efectivamente las tareas inherentes a su cargo “en el destino que la ANV en cada caso determine”*.

Es decir, la Agencia Nacional de Viviendas (ANV) posee, de acuerdo a dicha norma, discrecionalidad para el traslado de funcionarios con cargos gerenciales. Vale recordar que cuando asistimos al término "discrecionalidad" en este ámbito, hablamos de la decisión de un órgano administrativo que posee cierta libertad en razón del medio en la cual se emplea. A este tipo de discrecionalidad Hart la llamó *"Avowed discretion"*¹³⁰.

Asimismo, el Tribunal recuerda que mientras la ANV no posea un estatuto propio, regirán para sus funcionarios las disposiciones del estatuto del funcionario público consagradas en la Ley 19.121, la cual establece que *"el jerarca de cada inciso podrá disponer el traslado de funcionarios y sus respectivos cargos de una a otra unidad ejecutora para desarrollar iguales o diferentes tareas, en atención a sus necesidades de gestión y a la planificación de los recursos humanos"*.

La accionante invoca normas cuya aplicación analógica podrían asistirle la razón en su reclamo. Pero debemos recordar que la propia ley de amparo exige que el acto que viole los derechos sea manifiestamente ilegítimo. Exige, en los términos utilizados por Hart, que sea un caso fácil.

Es aquí donde el fallo encuentra aplicable lo desarrollado por Hart sobre interpretación de las normas. Establece el Tribunal que *"el carácter discutible del caso hace problemática la ilegitimidad de la decisión cuestionada y eso descarta su carácter de manifiesta, ostensible, que no da lugar a dudas o discusiones más o*

¹³⁰ Hart, H.L.A., *"Discretion"*, Harvard Law Review, Volume 127, No. 2, Diciembre de 2013, págs. 652 a 665. Disponible en <http://harvardlawreview.org/>.

menos complejas, y nos sitúa frente a un típico "caso difícil" en el sentido en que emplea esa expresión la teoría jurídica (Hart, Mckormick, Atienza) porque habilita cierto grado de opinabilidad sobre la norma aplicable y su interpretación, que impide afirmar de modo contundente una única respuesta correcta".

3.2 Una acción reparatoria y un caso difícil

En la sentencia 75/2007¹³¹, el TAC 1º decide sobre un caso en el cual el actor reclama el lucro cesante derivado de la negativa continua a extender su horario diario. La sentencia de primera instancia desestima el reclamo, y el accionante se agravia contra la misma por entender que desconoce que hay un ilícito continuado, que es el incumplimiento del deber de la administración de permitirle cumplir la función de conducción que le corresponde, con un horario de 6 horas diarias.

Sostiene el Tribunal en uno de sus considerandos que *"en definitiva, el meollo de la cuestión está en resolver si las normas vigentes con anterioridad (...) conferían derecho al actor a la ampliación de su horario a 6 horas diarias por haber dispuesto su incorporación al plantel de conducción"*. Se trata de la aplicación en un tiempo anterior al de la sentencia, de normativa que en ese momento se encontraba ya derogada. El actor, naturalmente, entendía que su caso estaba comprendido en la normativa que reconocía 6 horas diarias, mientras que la administración no.

Una de las causas de las diversas interpretaciones, o al menos la causa formal y reconocida por el Tribunal, es la compleja redacción de la normativa departamental en general, que es extensa y con remisiones presupuestales que tornan dificultosa la lectura. Todo ello se ve agudizado por el fondo de la cuestión: interpretar normas acerca de asimilación de escalafones.

Finalmente, la sentencia se inclina por condena a la administración departamental a pagar el lucro cesante por no extender el horario al funcionario.

¹³¹ La sentencia referida puede ser encontrada en:
<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=34108>

Pero la cita a Hart no recae sobre el fondo. Dado que se trata de un caso de difícil resolución, al decidir sobre la condenación en costas y costos solicitada por el actor, el Tribunal afirma que *"estamos ante un típico 'caso difícil' porque la normativa ofrece dudas razonables de interpretación (Hart, El concepto de derecho), lo que excluye tanto la malicia temeraria como la culpable ligereza en la oposición de la demandada"*.

Es decir, el Tribunal entendió que la defensa sostuvo una respuesta que era el producto de una interpretación válida de las normas, una de las dos respuestas correctas sobre el asunto. Por ello, no condenó procesalmente a la administración departamental.

3.3 Sobre cómo convertir un caso fácil en uno difícil

La sentencia 45/2004¹³² dictada por la Suprema Corte de Justicia acerca de un caso de posesión notoria de estado civil, fue comentada por Ramiro Castro en el tomo III de la Revista Doctrina y Jurisprudencia Civil¹³³. A los detalles del caso nos remitimos.

No obstante, vale destacar brevemente los aspectos tratados por el autor.

El caso de fondo versa sobre la aplicabilidad de las disposiciones del Código Civil en materia de posesión notoria de estado civil. El giro que se plantea es puramente dogmático. Señala la Suprema Corte de Justicia que "Se aplicó erróneamente el art. 233 del Código Civil que ordena cómo aplicar los requisitos de los arts. 44, 46, 47 y 48 del Código Civil 'en lo que fueren aplicables', es ese giro el que en el caso deviene de fundamental consideración, puesto que al utilizar el rigor que la Ley exige para la evaluación de los elementos trato, fama y tiempo para el reconocimiento tácito del hijo legítimo, al caso de marras, medió apartamiento de la Ley contextualmente interpretada por la doctrina y jurisprudencia".

¹³² La sentencia referida puede ser encontrada en:

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=34110>

¹³³ Castro Ramiro, "El desembarco de H.L.A. Hart en la jurisprudencia de Derecho Civil uruguayo", en Doctrina y jurisprudencia de Derecho Civil, Año III - tomo III, FCU, Montevideo, 2015.

Señala Castro que en esta sentencia, la Corte se ensaña con una de las posiciones en juego, para luego marcar el derrotero argumental a seguir. Es decir, a pesar de que parece ser un caso fácil según los términos utilizados por Hart, la argumentación toma un camino que complejiza el fondo del asunto para abrir las puertas de la discrecionalidad.

Afirma expresamente la Corte que *"Trátese de una norma de remisión de 'textura abierta', en la feliz expresión de Hart (El concepto de derecho, p. 252) que deja una amplia zona de penumbra alejada del núcleo de certeza de la disposición, y que permite al intérprete ejercitar, con criterio de razonabilidad, su prudente arbitrio o discrecionalidad de modo tal que conduzca a la solución de justicia del caso concreto sometido a decisión judicial y que se adapte a los valores y principios arraigados en la conciencia moral de la comunidad"*.

Más allá de las dudas que arroja la cita posterior del magistrado, haciendo referencia a los valores de justicia y la conciencia moral de la comunidad, en términos completamente ajenos a la citada obra de Hart, estamos frente a un caso en el cual, mediante un truco argumental denunciado, se describe un típico caso fácil en un caso complejo.

Este fallo, y específicamente la cita Hart al interpretar el Código Civil, fue posteriormente transcrita por la Corte en las sentencias 3/2008 y 651/2008, y dos más recientes en el tiempo: 4813/2011 y 546/2013, al tratar casos similares.

Conclusiones finales

I

El objetivo del trabajo fue realizar una labor, digamos, arqueológica, consistente en recabar todas las manifestaciones de la aplicación de las ideas de Hart en la práctica jurídica nacional. Claro está que tal labor, por su dificultad propia, escapa a los rudimentos propios de un grupo de estudiantes. No obstante lo dicho, entendemos que el objetivo, a grandes rasgos (y dentro de los límites ya señalados), ha sido cumplido.

La división del trabajo no fue arbitraria: intentamos asilar dichas manifestaciones dentro de los grandes campos de la praxis jurídica, comenzando por su aplicación teórica y finalizando por su utilización en los procesos de decisión de los órganos jurisdiccionales.

Como enunciamos en la introducción, dentro de su aplicación teórica intentemos distinguir claramente dos niveles: por un lado su utilización, digamos, más dogmática y por otro su vínculo con cuestiones propias de la teoría general del derecho. En el otro extremo, a través de un conjunto de sentencias, pudimos conocer cómo han incidido los conceptos hartianos en las decisiones de los tribunales.

Ahora bien, hechas estas puntualizaciones metodológicas, es necesario ir un poco al fondo del asunto: el uso y relevancia de *El Concepto de Derecho* en nuestras tierras.

II

Sobre el uso de Hart a nivel del campo jurídico local podemos afirmar que ha sido extensivo pero no intensivo. Lo dicho requiere dos precisiones: por un lado la extensión es realmente limitada y por otro su carencia de intensidad se justifica por la poca originalidad con la que se ha utilizado el referido marco teórico. Sobre el último punto hablaremos en el apartado siguiente.

El uso de Hart puede ser clasificado en dos tipos: un uso sustancial y un uso referencial. A su vez, el uso sustancial puede ser clasificado en demostrativo y transformativo. El uso será sustancial cuando al menos un concepto hartiano constituya la medula del argumento del trabajo, y será referencial cuando su aplicación sea contingencial o incidental en tanto justificativo para un argumento esbozado por el autor.

A su vez, el uso sustancial será *declarativo* cuando se limite a exponer alguna parte de la teoría de Hart y será *transformativo* toda vez que el argumento mismo ponga en cuestión, critique o transforme algún concepto hartiano.

El uso sustancial demostrativo se limita a una lógica binaria consistente en relacionar dos variables usando el tipo: *Hart* y (x). Así pues obtenemos productos intelectuales que tienen una finalidad *expositiva*. Ejemplos de ello son “*Un ensayo sobre la identificación de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz*” e “*Interpretación jurídica y decisión judicial: la indeterminación parcial del derecho y su carácter no neutral. Una búsqueda de vínculos entre las teorías de Hart y de Kennedy*”. El uso sustancial transformativo está presente en los trabajos “*Norma, Situación y Contrato*” y en “*La regla de reconocimiento de Hart y el problema de seguir una regla*”.

El uso referencial está presente en todas las sentencias analizadas y en “*Principio de Congruencia y Regla Iura Novit Curia en Proceso Civil Uruguayo*”. Decimos que dicho uso está presente en tales materiales porque tanto en las decisiones judiciales como en el texto dogmático de Valentín, Hart cumple una función secundaria puesto que es una parte de un arsenal argumentativo destinado a justificar ya sea una decisión del caso concreto o una postura teórica.

III

Pasando a la relevancia del uso podemos decir que ella es escasa. En efecto, opinamos que en nuestro campo jurídico local, Hart ni siquiera ha adquirido el status de vanguardia *antiformalista*. Las reflexiones de Medina difícilmente se apliquen a nuestro contexto por la sencilla razón de que aún existe en nuestro medio, una fuerte predominancia del formalismo jurídico. Ello explica la mayor relevancia del uso de Hart en las reflexiones teóricas y la pobre incidencia en los debates dogmáticos.

De otra manera, en palabras de Medina, la teoría de Hart en Uruguay sigue siendo una teoría *reciba* y muy poco *construida*. En efecto, la predominancia de un uso sustancial demostrativo de Hart demuestra tal estatus.

Falta en nuestro medio una *construcción* original de Hart, una problematización profunda del mismo. Con los pocos ejemplos citados podemos observar el potencial explicativo, argumentativo y práctico que poseen las ideas hartianas.

El uso demostrativo es necesario puesto que resalta al menos el primer tipo de potencial (el explicativo), puesto que posiciona a la obra de Hart como un

instrumento de análisis. No obstante es posible arriesgarse un poco más y concebirla como un *instrumento transformativo*.

El *Concepto de Derecho* está esperando ser releído, combatido y utilizado críticamente. Faltan pues las condiciones subjetivas y objetivas para que tales actividades se concreten en la realidad. Por suerte es condiciones no nos ajenas y pueden ser modificadas en cualquier momento.

FIRMAS



Matías Calero



Marcela Sanguinetti



Gerardo Caffera



Catalina Rodríguez

ANEXO

FORMULARIO DE INFORME FINAL



Universidad de la República – CSIC

**Formulario de Informe final del Programa de Apoyo
a la Investigación Estudiantil
Edición 2014**



DATOS DEL PROYECTO	
•	Título del Proyecto: “El concepto de derecho” de Hart y su aplicación al Derecho uruguayo.
•	Número ID del proyecto: 114
•	Área de conocimiento: Teoría General del Derecho
•	Facultad o Servicio: Facultad de Derecho
•	Nombre completo de los-as Integrantes del equipo: Matías Calero, Catalina Rodríguez, Marcela Sanguinetti
•	Correo electrónico del/de la estudiante referente: maticape@gmail.com
•	Nombre completo del/de la docente orientador-a: Gerardo Caffera
•	Correo electrónico del/de la docente orientador-a: Gcaffera@ppv.com.uy

(desde ítem 1 a 7 la extensión máxima POR ÍTEM es de una carilla)

- 1) Transcriba los objetivos del proyecto tal cual figuraban en la solicitud financiada
- 2) Enumere y describa las principales actividades desarrolladas en el marco de su proyecto.
- 3) Indique si se han efectuado todas las etapas planteadas en el cronograma de ejecución del proyecto. En caso de que su cronograma haya sufrido alteraciones o no se haya podido cumplir con todas las etapas definidas en el cronograma, aclare los motivos de tal situación.
- 4) Indique los principales resultados obtenidos. Aclare hasta qué punto coinciden - o no - con los resultados esperados por parte del equipo.
- 5) Indique si los resultados parciales o finales del proyecto fueron difundidos a través de alguna actividad (charlas, seminarios, talleres, prensa, edición de materiales impresos, etc.).
- 6) En caso de haber enfrentado dificultades en el desarrollo del proyecto de investigación, realice una breve descripción de las mismas.
- 7) En base a su experiencia de trabajo en equipo en el marco de este Programa, le solicitamos que realice sugerencias o comentarios para ser tomados en cuenta en futuras ediciones del mismo.

8) Resumen publicable de no más de 250 palabras que sea accesible para un público amplio, y en un lenguaje dirigido a no especialistas en la temática de la investigación. En este resumen se debe dar cuenta de los objetivos del proyecto, los pasos seguidos para cumplirlos y los principales resultados alcanzados.

El resumen debe contener la siguiente información:

título del proyecto

servicio

nombre de los integrantes del equipo

nombre del docente orientador

Resumen publicable.

1) *“Los objetivos, mencionados en el correr de nuestra fundamentación ut supra, se enmarcan dentro un gran macro objetivo que es lograr la conjunción, diálogo, interacción y comunicación entre la Teoría General del Derecho y la dogmática jurídica, con el fin de brindar una nueva dimensión a las discusiones jurídicas que actualmente y en la mayoría de los casos se golpean frente a un bloqueo dogmático producto de la mera lectura del texto normativo.*

Dicha lectura, “ciega” en términos metajurídicos, es claramente insuficiente para las aspiraciones que todo operador jurídico debe tener, a saber, lograr una comprensión pura de los verdaderos problemas que yacen detrás del telón formal de la legislación, del caso concreto, de la aplicación y demás actos que hacen al mundo del derecho.

Para ello y como primera aproximación a establecer dicho nexo entre teoría y dogmática, buscamos aterrizar la obra de Herbert Hart en nuestro Derecho Positivo, buscando aplicaciones generales y concretas en varias ramas del derecho. La visión descriptiva del autor, conocido mundialmente como uno de los máximos exponentes del positivismo tal como es concebido en la actualidad por la mayoría de los pensadores, caracterizado por la flexibilidad de sus postulados en comparación con las escuelas anteriores impulsadas por Bentham y Austin, es de gran aporte para dilucidar serios escollos con los que se choca la doctrina de cada área del derecho”.

2)

- a. Planteo del tema: Antes que nada fijamos el tema a tratar y discutimos posibles enfoques.
- b. Reuniones periódicas: Realizamos un total aproximado de 10 reuniones con finalidad de ir puntualizando los pasos a seguir y controlar el progreso del proyecto.
- c. Reunión final y discusión de trabajos finales: Optamos por que cada integrante realizase su parte del trabajo en forma individual, comprometiéndonos a reunirnos periódicamente para conocer en qué etapa estaba cada uno. En la última reunión nos centramos en analizar críticamente la producción de cada uno y llegar a conclusiones generales.
- d. Preparación del texto final: Una vez discutidos todos los trabajos individuales pasamos a delinear la estructura del texto final.

3) Se han efectuado todas las etapas previstas por el Cronograma.

4) Nos propusimos realizar una labor de recolección e investigación con la mera finalidad de exponer la situación de la aplicación de Hart en el campo jurídico nacional. Por lo tanto no poseíamos ninguna tesis sólida que orientara nuestro trabajo más allá del interés en profundizar sobre la obra de Hart. Lo dicho repercutió en nuestro trabajo de dos maneras diferentes: transformando nuestra actividad en un actitud valorativamente neutra y nos permitió exponer los materiales citados en su forma original, libres de la incorporación de elementos o consideraciones extrañas.

No obstante, como en toda investigación, partimos de ciertas percepciones compartidas por el grupo. En efecto, si bien, como aclaramos, no partimos de ninguna tesis sólida, sí poseíamos una sospecha: la utilización de Hart en el mundo jurídico nacional no es especialmente relevante.

Durante el proceso de recolección, lectura y redacción pudimos sentir confirmadas nuestras sospechas. En efecto, la aplicación de Hart en las decisiones judiciales es escasa, además de poco relevante y contingente. En esta esfera de la práctica jurídica, el uso la obra hartiana tiene una finalidad estratégica: justificar decisiones sobre el caso concreto.

Por otro lado, la presencia de Hart en la literatura dogmática es un poco más abundante (encontrando aplicaciones directas como en los textos de Gerardo Caffera o Diego Gamarra) aunque su uso es predominantemente expositivo. Es decir, no se *transforma* a Hart, simplemente se limita a su *repetición*. Finalmente encontramos dentro algunos textos iusteóricos un uso bastante interesante de Hart.

En conclusión pudimos confirmar nuestras sospechas: Hart no es usado frecuentemente por los operadores jurídicos de nuestro país.

5) No fueron difundidos.

6) En el correr del proceso de investigación tuvimos algunas dificultades que nos obligaron a solicitar una prórroga. Por un lado, algunos miembros del equipo decidieron abandonar la investigación, lo cual nos forzó a reorganizar la distribución del trabajo y replantearnos objetivo y enfoques.

Por otro lado, los compromisos académicos y laborales propios de los últimos meses del año nos impidieron alcanzar en tiempo y forma los objetivos que nos habíamos planeado.

7) El Programa es una excelente herramienta para concretar proyectos académicos y fomentar el interés de los estudiantes por la producción intelectual. Debido a que es nuestra primera experiencia en el mismo no podemos hacer en sí ninguna crítica destacable. Lo único que sí podemos sugerir es que quizás falte una adecuada publicidad del Programa como tal. Sentimos que muy pocos de nuestros compañeros de carrera conocían de qué se trataba y las posibilidades que nos podía brindar.

RESUMEN PUBLICABLE

Título del proyecto: “El Concepto de Derecho de Hart” y su aplicación al derecho uruguayo

Servicio: Facultad de Derecho

Nombre de los integrantes del equipo: Matías Calero, Catalina Rodríguez, Marcela Sanguinetti

Nombre del docente orientador: Gerardo Caffera

H.L.A. Hart fue quizás el filósofo de derecho más influyente de la segunda mitad del siglo XX. Pero no fue hasta el año 1961 cuando Hart logra revolucionar, casi sin intenciones, el debate mundial en la filosofía del derecho, con su libro “El Concepto de Derecho”. La división de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, la idea de obligación, los desarrollos sobre el formalismo, la interpretación y la discrecionalidad judicial, e incluso la separación conceptual entre derecho y moral, fueron los puntos más importantes a destacar en su trabajo. A pesar de tal prestigio e importancia, la obra de Hart ha sido tímidamente recibida en nuestro país. La influencia de la “Teoría pura del derecho” de Hans Kelsen en nuestras tierras es indudable y puede explicar el porqué de tal recepción.

El objetivo del trabajo es realizar una labor, digamos, arqueológica, consistente en recabar todas las manifestaciones de la aplicación de las ideas de Hart en la práctica jurídica nacional.

Para lograr nuestros objetivos analizaremos la incidencia de los conceptos de Hart en tres áreas de la práctica jurídica: dogmático, filosofía del derecho y jurisprudencia. Procuraremos, en definitiva, descubrir, a través distintos textos, qué parte de la obra de Hart ha sido citada, para qué, y si ha sido una aplicación fidedigna a la tesis original.

9) En la siguiente tabla ingrese la información solicitada en relación a los **equipos y la bibliografía adquiridos con fondos del PAIE**. Recuerde que debe entregar todos los ítems adquiridos en los dos rubros antes mencionados, para que éstos formen parte del acervo de su institución y puedan ser utilizados por equipos financiados en posteriores ediciones de este programa.

EQUIPOS	
cantidad	ítem - descripción

BIBLIOGRAFÍA	
cantidad	autor(es), título, editorial, año
1	Dworikin, Ronald, <i>Los derechos en serio</i> , Ariel, 2010
1	Dworkin, Ronald, <i>Justicia para erizos</i> , FCE, 2014
1	Cossio, Carlos, <i>Teoría de la Verdad Jurídica</i> , Librería el Foro, 2007
1	Blanco, Andrés, <i>Argumentación y Lógica en el Derecho</i> , La Ley Uruguay, 2009
1	Nino, Carlos, <i>Introducción al análisis del derecho</i> , Astrea, 2003
1	Nino, Carlos, <i>Una teoría de la justicia para la democracia</i> , Siglo XXI, 2014
1	Rawls, John, <i>Teoría de la justicia</i> , Fondo de Cultura Económica, México, 1995
1	Gargarella, Roberto, <i>Por una justicia dialógica</i> , Siglo XXI, 2014

Desde el 1/12/2015 y hasta el 15/12/2015 se deberá entregar a los Ayudantes I+D de los Servicios lo siguiente:

- Un CD con el **informe final** en formato .odt o .pdf. Y con el **póster** en su versión digital en formato .jpg o .pdf
- Equipos y bibliografía adquiridos con fondos del PAIE (declarados en la lista conformada en el ítem 8 de este documento).



.....
FIRMA DEL ESTUDIANTE RESPONSABLE

Se solicita al **docente orientador** que brinde una **opinión general acerca del desempeño de su equipo de estudiantes** durante el transcurso de la investigación y que evalúe en forma breve los **resultados** expuestos a través de este informe y el contenido de su **resumen publicable**. (máx. 200 palabras)

Comentarios del docente orientador:

En términos generales el trabajo se ha realizado de acuerdo a lo estipulado en el cronograma y ajustándose a los objetivos propuestos. El grupo logró un funcionamiento en conjunto que se materializó en el conocimiento por parte de cada uno de los integrantes de toda la obra de Hart y de los apartados asignados. Si bien la tarea de redacción se realizó individualmente, la puesta a punto y corrección de los trabajos se realizó en forma grupal. E

l trabajo ha sido provechoso y de un muy buen nivel académico. Al contener un minucioso trabajo de campo realizando búsqueda de doctrina y jurisprudencia, el resultado final del proyecto se ve enriquecido.

En cuanto al resumen publicable, refleja fielmente lo expresado en la introducción del informe final y es de fácil comprensión.



.....
FIRMA DEL DOCENTE ORIENTADOR