

Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart

Cristina Fuertes-Planas Aleix

Profesora contratada doctora de Filosofía del Derecho

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. FILOSOFÍA DEL DERECHO NORMATIVISTA, POSITIVISTA Y ANALÍTICA.— II. SUS HERRAMIENTAS CONCEPTUALES: A) *Noción de regla social*; B) *Punto de vista interno y punto de vista externo*; C) *Noción de obligación o regla obligatoria*; D) *Textura abierta del derecho*; E) *Reglas primarias y secundarias: El paso de una estructura social prejurídica a un orden jurídico*.— III. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.— IV. CONSECUENCIAS EN LA OBLIGATORIEDAD, VALIDEZ Y EFICACIA DEL DERECHO.— V. PROBLEMAS QUE HA PLANTEADO LA DOCTRINA A LA TEORÍA DE HART: A) *Naturaleza de la regla de reconocimiento*; B) *La confusa definición entre normas primarias y secundarias*; C) *Regla de reconocimiento y reglas de cambio y adjudicación: el problema de la circularidad o recursividad*; D) *El problema de la unidad o pluralidad de reglas de reconocimiento*; E) *El problema del reconocimiento de principios*.— VI. CONCLUSIONES.

I. FILOSOFÍA DEL DERECHO NORMATIVISTA, POSITIVISTA Y ANALÍTICA

Herbert Lionel Adolphus Hart ha sido el filósofo del Derecho británico más importante del siglo XX. Su obra más importante es *El concepto del Derecho*¹, publicada en 1961,

¹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*. Trad., GENARO R. CARRIÓ, 2ª edición. Editora Nacional. México, 1980, del original *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Aparte de esta obra, que es la más conocida, tiene en su haber una multitud de escritos, entre los cuales se encuentran los siguientes: *Signs and words*, en "The Philosophical Quarterly", 1952, vol. 2, pp. 59-62; *Phi-*

que ofrece una versión del positivismo jurídico parecida a la de Kelsen, aunque sin influjos kantianos y con la influencia de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, que era la dominante en aquel momento en Oxford.

Se ha interesado también por temas de moralidad, publicando tres obras con especial referencia a la libertad, a la pena y a la responsabilidad *Law, liberty and morality*², 1963.

Su punto de vista es el del socialismo liberal o socialdemocracia, en la tradición del utilitarismo.

losophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952), en "The American Journal of Comparative Law", 1953, vol. 2, pp. 344-364; *Introducción* a "The Province of Jurisprudence determined", London, Weidenfeld and Nicholson, 1954, pp. VII-XXI; *Definition and Theory in Jurisprudence*, en "Essays in Jurisprudence and Philosophy", Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 21-47. También en "Law Quarterly Review", vol. 70, Jan, 1954; *Recensión a Inquiries into the Nature of Law and Morals* (de Hägerström), en "Philosophy", 1955, vol. XXX, nº 115, pp. 369-373; *Analytical Jurisprudence in midtwentieth century: A reply to professor Bodenheimer*, en "University of Pennsylvania Law Review", 105, 1956-57, pp. 953-975; *Scandinavian Realism*, en Hart, H. L. A.: "Essays in Jurisprudence and Philosophy", Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 161-169, también en "Cambridge Law Journal", vol. 17, (1959), pp. 233-240; *¿Hay derechos naturales?*, en "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis", trad. Genaro R. Carrió, Depalma, 1962; *Positivism and the Separation of Law and Morals*, en Hart H. L. A.: "Essays in Jurisprudence and Philosophy", Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 49-87, también en "Harvard Law Review", vol. 71, febrero 1958, pp. 593-629. Hay trad. de Genaro R. Carrió, en "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis", Buenos Aires, Depalma, 1962; *Lon. L. Fuller:: The Morality of Law*, en HART, H. L. A.: "Essays in Jurisprudence and Philosophy", Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 343-364, también en "Harvard Law Review", vol. 78, 1965, pp. 1.281-96; *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, en HART, H. L. A., "Essays in Jurisprudence and Philosophy", Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 309-342, también en "Ethics and Social Justice", 1968-1970, pp. 171-199; *Bentham "Of Laws in General"*, en "Rechtstheorie", 1972, 2 Band, Heft, 1, pp. 55-56; *Philosophy of Law, problems*, en "The Encyclopedia of Philosophy", ed. por PAUL EDWARDS, New York, Macmillan and Free Press, 1972, vol. 6, pp. 264-276; *Bentham and the Demystification of the Law*, en "Modern Law Review", 1973, vol. 36, nº 1, pp. 2-17; *El Derecho en la perspectiva de la Filosofía (1776-1976)*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", 1978, año XI, nº 33, pp. 313-329; *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, en "Sistema", 36, 1980, pp. 3-18, trad. L. HIERRO, F. LAPORTA y J. R. DE PÁRAMO; *Derechos Naturales: Bentham y John Stuart Mill*, en "Anuario de Derechos Humanos", nº 3, 1985, pp. 137-162, trad., J. R. DE PÁRAMO; *Utilitarismo y derechos naturales*, en "ADH", nº 1. Universidad Complutense, Madrid, 1982; *Principio de utilidad y derechos humanos*, en "Revista de la Facultad de Derecho", nº 58, Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 7-28.

² Que V. FROSINI calificaría de un panfleto en defensa de la libertad, en la Introducción a la edición italiana de H. L. A. HART: *Contributti all'analisi del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1964.

Mantiene una filosofía del Derecho normativista, positivista y analítica.

Normativista³ porque el Derecho es un dato positivo y está formado por un conjunto de normas.

Es positivista⁴ porque define el Derecho, no con relación a la justicia o a determinados valores sino como dato positivo, concretamente como sistema de normas realmente existentes, independientemente de cualquier contenido ético.

Para él el Derecho es una cosa y la Moral es otra, no existe conexión necesaria⁵ entre ellos y no puede hacerse depender la validez del Derecho del valor de determinadas normas o principios morales, aunque reconoce que esta separación entre *lo que es* y *lo que debería ser*, válida en el ámbito de las normas particulares, no debería serlo en el ámbito del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La regla de reconocimiento funciona como una enunciación normativa de las fuentes del Derecho y por ello, como norma juridificadora de esas fuentes. Con ella es posible la determinación del perímetro completo del ordenamiento sin tener que acudir para ello a elementos ajenos al propio sistema jurídico y mantenerlo separado de la Moral, por lo que constituye también una forma de separar el Derecho y la Moral. Las normas no son válidas por su contenido, sino porque han sido creadas o reconocidas de hecho por la sociedad de una manera contingente.

Sin embargo, su planteamiento es más matizado que el del normativismo kelseniano. Ello se debe al mayor realis-

³ KERCHOVE, M. (VAN DE), y OST, F.: *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. I. Hoyo Sierra, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 61: "Las teorías de Kelsen y de Hart tienen en común la reducción de los elementos del sistema jurídico a reglas o normas"; Original: *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, 1988.

⁴ CARRIÓ, G. R.: *Dworkin y el positivismo jurídico*, Edición castellana UNAM, México 1981. La edición original inglesa es *Professor Dworkin's on legal positivism*, y se publicó en el "Indiana Law Journal" vol. 55 nº 2, 1979-80, pp. 209, 246. Este autor ha señalado que Hart es positivista en cuanto al enfoque metódico.

⁵ En su obra de 1969 *Problems of the Philosophy Law* reconoce que si bien el Derecho es diferente de la Moral, las conexiones entre ambos parecen no ser meramente contingentes.

mo de Hart. Existe una cierta influencia de la Moral sobre el Derecho.

El Derecho de todo Estado moderno muestra constantemente la influencia, tanto de la Moral social aceptada, como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran a través de la legislación y también, aunque de modo más pausado, a través del proceso judicial. Pero no es necesario que sea así y, de hecho, han existido y continúan existiendo sistemas jurídicos que han perdurado durante mucho tiempo aun transgrediendo valores morales importantes⁶.

También es cierto que todo sistema jurídico posee lo que Hart, recogiendo una expresión de Fuller, denomina “la moral interna del Derecho”⁷, es decir, la moral que se corresponde con un sistema de reglas generales que se hacen conocer públicamente y son aplicadas judicialmente, e introducen por lo menos el germen de la justicia. Es la perspectiva de la seguridad jurídica en relación con el Derecho, considerado desde el punto de vista interno o seguridad frente a arbitrariedad, y que significa la existencia de diversos mecanismos y técnicas como principios de organización, de interpretación o derechos que operan en el Ordenamiento para asegurar su creación, interpretación y aplicación. Son normas sobre el nacimiento o derogación de otras, normas de producción positiva o negativa o que garantizan una interpretación previsible que aumente o disminuya la inseguridad de una interpretación judicial discrecional o que garantizan la eficacia de derechos o protegen situaciones e intereses de las relaciones entre particulares. Pero a un orden jurídico le es permitido servir a un fin perverso cuando sus normas son claras, generales e

⁶ HART, H. L. A.: *Legal Duty and Obligation*, en “Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory”, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 150-153. Precisamente Hart contesta a una de las críticas vertidas por Dworkin en *Los derechos en serio*, trad., al castellano de MARTA GUASTAVINO, Ariel Derecho, Barcelona, 1999) diciendo que si hubiera un ordenamiento inicuo, los principios subyacentes tendrían que ser necesariamente perversos y difícilmente lo podrían justificar moralmente, y tampoco tendría mérito alguno extender su aplicación a los casos no regulados por el “Derecho explícito”.

⁷ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 255.

irretroactivas. En este sentido se puede conceder que existe una conexión entre el Derecho y la Moral. Hart no se desentiende de las conexiones del Derecho con la Moral pero “infortunadamente es compatible con una enorme iniquidad”.

Ha de tenerse en cuenta que Hart trata de la moral individual o crítica en escritos posteriores a *El concepto de Derecho*⁸, siendo este el concepto que se aproxima más a la versión idealista del Derecho natural, frente a la concepción realista o existencialista, preferentemente seguida por este autor, “aun cuando con la imprecisión que resulta, para su posición con respecto a estas dos versiones del Derecho natural, de su falta de claridad con respecto a la distinción entre lo propiamente valorativo y lo meramente existencial”⁹

Admite que el Derecho natural tiene un “núcleo de buen sentido”. Ese núcleo consiste en que “hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen, de he-

⁸ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 256. Fundamentalmente, sólo con posterioridad a esta obra Hart ha considerado la existencia, junto a la moral convencional o social, de la moral crítica o individual, que puede basarse, a su vez, en la doctrinal, lo que hace de forma especial en su obra de 1963 *Law, Liberty and Morality*, Oxford (University Press), 1982 pp. 79-81: “Parece que hay una fatal facilidad para creer que la lealtad a los principios democráticos lleva consigo la aceptación de lo que podríamos denominar populismo moral: la idea de que la mayoría tiene un derecho moral para dictarnos a todos cómo debemos vivir. Esto es una mala interpretación de la democracia que continúa amenazando la libertad individual. (...) El error fundamental consiste en no distinguir, por un lado, entre el principio, aceptable, de que lo mejor en confiar a la mayoría el poder político y, por otro, la pretensión, inaceptable, de que lo que la mayoría haga con ese poder está por encima de toda crítica y nunca hay que oponerse a ello. No puede haber ningún demócrata que no acepte el primer principio, pero ningún demócrata tiene por qué aceptar la segunda pretensión. (...) Un demócrata está comprometido con la creencia de que la democracia es mejor que otras formas de gobierno, pero no con la creencia de que es perfecta o infalible. (...) Aun el político de más elevadas miras puede tener el deseo de permanecer en el cargo, y una postura flexible o pasiva ante lo que la mayoría considera correcto, y luego dar por bueno su abandono del cargo, si no se está en condiciones de persuadir a la mayoría para que lo mantenga en él. Pero esto, que es comprensible como tentación de un diputado elegido por votación, puede lamentarse incluso entre los que no están sometidos a la misma tentación”.

⁹ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^º: *Los fines del Derecho y el contenido mínimo del Derecho Natural en H.L.A. Hart*. (Estudios en honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista, Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1992, p. 333.

cho, un elemento común al Derecho y a la moral convencional (o social) de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social. (...) Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural”¹⁰. Y reconoce que en la doctrina iusnaturalista hay ciertas verdades elementales que deben inspirar una buena legislación.

El desconocimiento de estas realidades básicas sobre el Derecho Natural viene dado porque la doctrina del Derecho Natural que mantiene: “que hay principios verdaderos de conducta correcta, racionalmente descubribles, no ha sido habitualmente formulada como una doctrina autónoma, sino que fue presentada originariamente, y defendida durante mucho tiempo, como parte de una concepción general de la naturaleza humana inanimada y viviente. Este enfoque es, de muchas maneras, antitético con la concepción general de la naturaleza que constituye la estructura del moderno pensamiento secular. Por ello es que para sus críticos la Teoría del Derecho Natural ha parecido surgir de profundas y antiguas confusiones de las que el pensamiento moderno se ha liberado”¹¹

Hart, en lugar de conectar con los “principios de conducta correcta” —como hace el Derecho natural cristiano—, que pueden descubrirse a través de la razón, ya que la naturaleza ha sido creada por Dios, quien manifiesta el plan divino, (es decir, el orden que Dios ha considerado correcto y es, en consecuencia, querido por Él), a través de las leyes naturales, en sentido físico¹², hace referencia a la concepción del Derecho Natural, propia del pensamiento griego y la concepción teleológica de la naturaleza. Esta concepción, según Hart, sigue manteniéndose entre noso-

¹⁰ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 238-9.

¹¹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 230-1.

¹² RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^º: *Los fines del Derecho*, op. cit., p. 329.

tros y no es todo lo buena como pudiera aparentemente parecer.

Efectivamente, esta perspectiva teleológica, según Hart, se encuentra todavía presente entre nosotros y se manifiesta cuando hacemos referencia a las necesidades humanas que hay que satisfacer, así como cuando nos referimos a daños o lesiones realizados o padecidos por los seres humanos. En atención a ello, consideramos que existen cosas naturales a las que denominamos necesidades humanas, como comer o dormir, de donde concluimos que no sólo es natural que los hombres coman y descansen, sino también que deben comer o dormir o que resulta bueno naturalmente que se lleven a cabo estas necesidades. El significado del término naturalmente no es el mismo en estos casos que cuando se trata de prescripciones o convenciones humanas como “debes quitarte el sombrero”, ya que en este caso, el contenido no puede descubrirse mediante el pensamiento; ni tampoco tiene el mismo significado cuando se trata de expresar ciertos juicios que sólo señalan lo que es necesario para conseguir alguna finalidad específica, “que en un momento determinado puede ocurrir que un hombre tenga en mira y otros hombres no”¹³.

Respecto al “contenido mínimo del Derecho Natural”¹⁴, señala que hay verdades obvias sobre la naturaleza humana y el mundo¹⁵, diciendo ser falsa la tesis de que el Derecho puede tener cualquier contenido, lo que parece contradictorio con su idea¹⁶ de que un sistema jurídico tiene que

¹³ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 235-236.

¹⁴ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 239-246.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, L.: *Fines del Derecho y satisfacción de necesidades. A propósito de una razón práctica sobre intereses generalizables*, en “Funciones y fines del Derecho”, (Estudios en honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista), Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, 1992, p. 291. Señala este autor que Hart, parece poner de relieve que el Derecho positivo sólo se justifica cuando “contribuye a satisfacer alguna necesidad del hombre en sociedad”.

¹⁶ PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. (de): *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 306: “(...) por su carácter intermedio y conciliador, a menudo se nos presenta contradictoria e incoherente, por un lado, la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la Moral, y, por otro, al fundamentar la existencia de los Ordenamientos Jurídicos en el ambiguo concepto de ‘aceptación’ social por parte de los funcionarios de la Regla de Reconocimiento (...)”.

tener alguna concordancia con la moral, si bien ese contenido mínimo de Derecho Natural es entendido como verdades obvias, es decir, con un fundamento empírico y no trascendental; a saber¹⁷: la “vulnerabilidad humana”, que hace que sea necesario algún tipo de reglas que restrinjan el uso de la violencia para llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen cuando se asocian entre sí; la “igualdad aproximada de los hombres”: como nadie es tan poderoso como para poder sojuzgar a los otros por un tiempo indefinido, es necesario que existan abstenciones y concesiones mutuas, y como siempre habrá hombres dispuestos a violar tales restricciones, será necesario pasar de las formas simplemente morales a las formas jurídicas; el “altruismo limitado”: el que los hombres no sean ni demonios ni ángeles, trae como consecuencia la existencia de reglas que prescriben ciertas abstenciones, es decir, prohibiciones, sin las cuales no existiría el Derecho; si todos los hombres fueran ángeles, el Derecho no haría ninguna falta, y si todos fueran demonios sería, sencillamente, imposible; la “existencia de recursos limitados”, que hacen necesaria alguna forma mínima de propiedad (las cosas no pueden estar a merced de quien quiera tomarlas), aunque no forzosamente de propiedad individual; y la “comprensión y fuerza de voluntad limitadas” del ser humano. Como no todos comprenden los intereses a que obedecen las anteriores reglas y no todos tienen fuerza de voluntad para obedecerlas sin más, se hace preciso establecer sanciones. Por otra parte, las sanciones son posibles por la existencia de una igualdad aproximada. Por eso donde no existe tal igualdad, como en el Derecho Internacional, resulta difícil hablar de sanciones e incluso, en algunos de sus sectores, de Derecho. Por todo ello se requiere un sistema de restricciones al uso de la violencia, abstenciones y concesiones mutuas que se complementan con convenios y compromisos que han de cumplirse equitativamente, que deriva de las condiciones del hombre y

¹⁷ HUME, D.: *Tratado de la naturaleza humana*, libro III, parte II, secc. II, a cargo de F. Duque, Editora Nacional, Madrid, 1977, 2, p. 710.

del mundo que le rodea, alguna forma de institución de la propiedad, aunque no sea necesariamente la propiedad individual, al igual que un sistema de sanciones como garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente las reglas no serán sacrificados en aras de quienes no lo hacen. En esto consiste propiamente el contenido mínimo del Derecho Natural. No obstante, su doctrina sigue siendo positivista, ya que ese “contenido mínimo de Derecho Natural” no es requisito *sine qua non* para que un Derecho sea Derecho, aunque se coloca en las doctrinas que exigen una cierta “objetividad” para todo Derecho o que están en contra de un relativismo axiológico fuerte¹⁸.

Esta concepción del derecho natural nos recuerda ineludiblemente el iusnaturalismo moderno de Hobbes, que contempla, en comparación con el iusnaturalismo medieval, un nuevo concepto de razón y de naturaleza, convirtiéndose en una “técnica racional de coexistencia”. El mismo Hart hace referencia a ello. En Hobbes podemos observar una “teoría de la razón como cálculo” —cálculo de utilidades para los hombres que viven en sociedad— para hacer posible la coexistencia pacífica. Por ello, se realiza un pacto para constituir la sociedad civil y para que existan leyes positivas que garanticen la paz¹⁹.

Esta posición le inserta en el ámbito de un positivismo moderado, crítico y renovado, desde la perspectiva de anteriores posiciones, o bien, en una “versión muy atenuada del Derecho Natural”, en la que siempre tiene en cuenta el

¹⁸ LÓPEZ CALERA, N. M.: *Filosofía del Derecho (I)*, Editorial Comares, Granada, 1997.

¹⁹ BOBBIO, N.: *Hobbes y el iusnaturalismo*, en “Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci”, capítulo II. Estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, versión castellana de J. C. Bayón, Editorial Debate, Madrid, 1985. Con ser Hobbes, y no Grocio —a juicio de Bobbio— el fundador del iusnaturalismo moderno, es también, sin embargo, el primer representante del positivismo jurídico inglés (p. 156), citando a M. CATTANEO en su obra *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962, pp. 46 y ss., este autor (Cattaneo), por otra parte, incluye a Hobbes en el legalismo ético; ver también como defensor del iusnaturalismo en Hobbes a H. WARRENDER, *The Political Philosophy of Hobbes. His theory of Obligation*, Oxford, 1957, quien sostiene que para Hobbes existe una obligación moral previa de la obligación civil que deriva de la ley natural y que constituye el deber de cumplir los pactos (obligación política de obediencia).

aspecto biológico, por lo que el mantenimiento de la vida, la supervivencia, se convierten en el fin o el bien que han de tenerse en consideración tanto por la Moral como por el Derecho²⁰. En cuanto centra su atención fundamental en la supervivencia puede desprenderse de otras connotaciones propias de la concepción teleológica en las que “el fin o bien del hombre se presenta como un modo de vida específico acerca del cual, de hecho, los hombres pueden discrepar profundamente”. (...) “además, al referirnos a la supervivencia, podemos descartar, como demasiado metafísica para las mentes modernas, la noción de que ella es algo fijado de antemano, que los hombres necesariamente desean porque es su propio fin o meta. En lugar de ello podemos sostener que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un mero hecho contingente que podría ser de otra manera, y que todo cuanto podamos querer decir al calificar a la supervivencia de meta o fin humano es que los hombres efectivamente la desean”²¹.

El deseo de supervivencia considerado como un hecho contingente no se encuentra incluido por Hart dentro de las cosas que es naturalmente bueno hacer, ya que los juicios sobre esas conductas son diferentes, como antes hemos observado, tanto de los que simplemente se refieren a prescripciones o convenciones humanas cuyo contenido no puede descubrirse a través del pensamiento, como de aquellos otros que sólo indican lo que resulta necesario para alcanzar alguna finalidad particular que en un momento determinado puede suceder que algunos hombres desean y otros no, aunque tampoco lo equipara a esta última clase de objetivos particulares que es posible que unos hombres tengan deseo de alcanzar y otros no. El deseo ge-

²⁰ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^a: *Los fines del Derecho...*, op. cit., p. 329; este autor cita la recensión efectuada por J. T. NOONAN: *The Concept of Law. By H. L.A. Hart*, en “Natural Law Forum” (1962), p. 175, quien sostiene: “En esta valoración la ‘supervivencia’ se convierte en un simple valor absoluto”, pero “¿De qué supervivencia se trata, de la del individuo o de la de una sociedad?”, a lo que podría responderse: “la supervivencia de que se trata es la *de los individuos en la sociedad*; se trata de las exigencias mínimas de una supervivencia esencialmente física, pero en un ámbito social”.

²¹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 330.

neral de supervivencia es el eje central y punto de referencia para calificar las cosas que es naturalmente bueno hacer. La supervivencia cuenta con un *status* especial en relación con las restantes conductas humanas; se trata de un hecho fundamental que se halla íntimamente arraigado en la mente humana, por lo que no se puede equiparar a las finalidades particulares que los hombres pueden o no tener.

De cualquier modo, habría de observarse si el concepto de Hart acerca del “contenido mínimo del Derecho Natural” ofrecería con carácter exclusivo la posibilidad de la supervivencia o, si por el contrario, se conseguirían otras ventajas adicionales, ya que de ello puede derivarse si la influencia más fuerte sobre este autor es la de Hobbes, a quien le interesa la supervivencia física por encima de todo, o si, por el contrario, repercute en mayor medida Hume, quien observa en la sociedad no sólo un medio para sobrevivir, sino también para obtener bienestar. Parece que Hart parte de la perspectiva de Hobbes, aunque se aproxima a la posición de Hume, en cuanto traspasa dicho ámbito en las conclusiones o derivaciones²².

Cuando Hart señala que se trata de un hecho contingente quiere decir que no es una derivación metafísica o noción esencial por la que se pudiera considerar a la supervivencia como una finalidad necesaria de antemano, pero tampoco se trata de un hecho particular que puede o no darse; por el contrario, posee un carácter general y constante²³.

El contenido mínimo del Derecho Natural no viene dado de forma directa por la supervivencia, sino por las condiciones para que tal supervivencia se realice. Para ello, hay que proceder al estudio de la realidad tal y como se produce, a través de los hechos y no de modo metafísico, es decir, atendiendo a la naturaleza humana y al mundo en el que viven los hombres. Pero con ello no se pretende realizar una explicación causal del origen del

²² RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^º: *Los fines del Derecho...*, op. cit., p. 333.

²³ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^º: *Los fines del Derecho...*, op. cit., pp. 330-331.

Derecho ni de la moral social aceptada, propio de las ciencias naturales (relación causa-efecto), entre las que incluye la psicología y la sociología, consideradas como ciencias descriptivas²⁴. Lo que Hart pretende encontrar no son meras relaciones de causa-efecto, sino razones para aceptar u obedecer de forma voluntaria el Derecho, así como las condiciones para que dichas razones sean razonables y que mantiene una conexión directa con los fines de quienes las aceptan como razones.

La Filosofía del Derecho de Hart —por otra parte— es analítica porque, al reducir el Derecho a normas, ve su cometido en el análisis de la estructura específica de las normas y del Derecho como sistema de normas. La finalidad²⁵ fundamental de su obra no consiste tanto en la determinación y precisión de una definición del Derecho, como en el establecimiento de las reglas y condiciones para el uso correcto o propio de tal término.

Lo que le interesa es aclarar el sentido del lenguaje jurídico, un sentido que para él, como para el segundo Wittgenstein, está determinado por el uso que se hace de él, por el contexto de acción y por la intención de los que usan ese lenguaje en la vida social. El punto de vista de Hart es el de la práctica jurídica, a la que quiere dotar de una culminación teórica. Hart designa este punto de vista como “punto de vista interno”, opuesto al “punto de vista externo”²⁶. El primero es el punto de vista de los que usan y aceptan el Derecho como criterio de regulación de su conducta. El segundo es el de los que, observando desde fuera, pretenden ofrecer una descripción o explicación de los

²⁴ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^º: *Los fines del Derecho...*, op. cit., p. 331.

²⁵ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 21. Su finalidad no es la de establecer una definición del Derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra, sino el de “hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales”.

²⁶ El punto de vista interno y externo en relación con la norma es aludido repetidamente por Hart en *El concepto del Derecho*. El “internal statement” significa el reconocimiento de la validez de la norma, y el “external statement”, punto de vista externo al sistema normativo mismo.

fenómenos jurídicos, prescindiendo del sentido intencional de aquellos agentes jurídicos. Después volveremos a ello.

Su pertenencia al ámbito de la Filosofía Analítica, le diferencia tanto de Kelsen (neokantismo), como de Ross (empirismo lógico), por lo que no parte de una preconcepción de la ciencia jurídica aplicada como un molde a la comprensión de los fenómenos jurídicos; al no pretender ordenar la realidad, sino sólo entenderla mejor, se ve liberado de la carga de dicha preconcepción.

Se encuentra adscrito a la Filosofía Analítica del lenguaje ordinario.

Las aportaciones de Hart inciden en: 1) El concepto del Derecho como conjunto de normas determinable en función de ciertos criterios; 2) Intento de superación del formalismo y del escepticismo; 3) Búsqueda — a través de la *rule of recognition* — de la validez del Derecho;²⁷ 4) La obligatoriedad jurídica; 5) Las fuentes del Derecho; 6) La consideración del orden jurídico como sistema; 7) Las relaciones entre el Derecho y la Moral.

II. SUS HERRAMIENTAS CONCEPTUALES

A) *Noción de regla social*

Es muy importante la noción de regla²⁸ en Hart, concepto que utiliza, como después veremos, para criticar y corregir la teoría de Austin. El término “regla” posibilita la diferenciación del Derecho de la simple coerción, diferenciación imposible de realizar bajo la concepción impe-

²⁷ Sobre la que ha dicho H. HENKEL (*Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad., E. Gimbernat, Taurus, Madrid, 1968.: “La cuestión de la validez del Derecho reúne, como en un foco, problemas fundamentales de la Filosofía del Derecho, mostrando el peculiar engranaje en el Derecho de ser y deber-ser, realidad e idealidad, de lo fáctico y de lo normativo”).

²⁸ GUASTAVINO, M.: Traductora de la obra de R. DWORKIN *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999 inserta la siguiente nota al pie de la p. 63: “La palabra *rule* presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: norma, cuando por el contexto tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla así de normas morales o jurídicas), y *regla*, cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad (“reglas” de un juego o deporte, “reglas” técnicas, etc.)

rativa del Derecho. La regla es concebida en términos sociales, derivada de fuentes sociales, y existente en virtud de prácticas sociales.

Distingue la regla social del hábito social, que tienen en común la repetición por parte de la mayoría de los miembros de un grupo social de determinadas conductas en determinadas circunstancias. Sus diferencias son:

- a) Las reglas sociales provocan reacciones críticas por parte de los miembros del grupo, por una parte; y por otra, presiones para someter a quienes parecen no querer cumplirlas por voluntad propia. Esto sucede porque la conducta, a diferencia de los hábitos, se considera exigible, y las desviaciones se consideran faltas.
- b) Las críticas y presiones que siguen al incumplimiento de las reglas se consideran legítimas (justificadas) por el grupo. Motivadas por una “buena razón”.
- c) A diferencia de los hábitos, las reglas tienen un importante aspecto interno, que supone que “por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento que ha de seguirse por el grupo como un todo”²⁹.

B) *Punto de vista interno y punto de vista externo*

Aquí se precisa comprender la diferencia entre punto de vista interno y punto de vista externo. El antecedente se encuentra en P. Winch³⁰ con inspiración del último

²⁹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 71

³⁰ ITURMENDI MORALES, J.: Prólogo de “El Sistema jurídico...: KERCHOVE (VAN DE) M. y OST, F., op. cit., p. 25. Señala que el punto de vista interno a las reglas desarrollado por Hart tiene influencia, tanto de la doctrina psicologista de la “empatía”, la “explicación mediante la identificación”, como de los criterios acerca de la explicación de la acción humana sustentados por el filósofo analítico Peter Winch (especialmente en su obra *The idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, 1958). Para Winch un sistema cultural, una determinada sociedad, sólo puede comprenderse adecuadamente a través de sus reglas inmanentes, en el contexto de sus formas específicas de vida, mediante la participación en el juego lingüístico o institución social de que se trate. Constituye un ataque al positivismo mediante el empleo de métodos diversos a los empleados por las ciencias físico-naturales. Concepción que considera al conocimiento sociológico como el tipo de conocimiento que los miembros de una sociedad poseen

Wittgenstein y de Weber y con el sentido de que sólo pueden comprenderse plenamente las instituciones adoptando el punto de vista del individuo participante que está comprometido con ellas o conociendo el significado que tienen para quien está comprometido con ellas.

Hart³¹ establece una distinción entre dos distintos tipos o niveles de discurso:

El primero de estos niveles se corresponde con el lenguaje de las normas.

El segundo es el lenguaje sobre las normas en el que, a su vez, cabe efectuar una importante distinción entre³²:

acerca de sí mismos, parcial e implícitamente, y que el estudioso transforma en conocimientos explícitos y completos. Según M. Weber para una adecuada comprensión sociológica es necesario que el estudioso adopte el punto de vista del individuo participante en las formas de vida social objeto de estudio. Ver: APEL, K. O.: *El desarrollo de la "Filosofía analítica" del lenguaje y el problema de las "Ciencias del espíritu"*, en "La transformación de la filosofía. El a priori de la comunidad de comunicación", Taurus, Madrid, 1985, p. 68 y ss.; y también ver: WEBER, M.: *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 2ª ed., 1964, cap. 1º, adopta una perspectiva similar, considerando que quien estudia la sociedad y los sistemas culturales puede alcanzar una correcta comprensión de los mismos mediante la adopción del punto de vista de los participantes en las formas de vida social objeto de investigación; BOBBIO, N.: *Estudios de historia...*, op. cit., p. 269 (nota 18): "Al plantear el problema en estos términos Weber anticipa uno de los debates más interesantes desarrollado en estos últimos años entre los teóricos del derecho —entre 'realistas' y 'normativistas'—, que culmina en la teoría de Hart, según el cual para que una norma sea válida no basta la simple observancia (que Hart llama 'obediencia'), sino que por parte de los asociados —o al menos por parte de los funcionarios que han de aplicarla— es precisa la 'aceptación', en la que Hart hace consistir el aspecto interno de la norma diferenciado del aspecto externo, y que define en términos cuasi-weberianos (aunque sin ninguna relación directa con la teoría de Weber) como la asunción del contenido de la norma como criterio general del comportamiento propio"; J. Dickinson hace referencia también al punto de vista interno y externo; Scarpelli se lo atribuye a Kelsen puesto que sería una versión nueva de su distinción entre Ciencia causal y ciencia normativa: ver Scarpelli, U.: *Cos'è il positivismo giuridico*, Ed., di Comunità, Milano, 1965, p. 57; ROSS, A.: *Review of Hart's "Concept of Law"*, YLJ, vol. 71, 1961-62 pp. 1185-1190, trad., al italiano: *Problemi di Teoria del diritto*. Il Mulino, Bologna, 1980, p. 358.

³¹ ITURMENDI MORALES, J.: *Prólogo de El Sistema jurídico...*, op. cit., p. 24. Señala que Hart introduce el punto de vista interno a las reglas en su obra *Legal and Moral Obligation* ("Obligación moral y obligación legal"), contribución al volumen "Essais in Moral Philosophy", cuidado por A. Melden en la editorial de la Universidad de Washington, 1958; y desarrollado en *Scandinaviam realism*, una breve recensión de la edición inglesa de 1958 de "On Law and Justice" de A. Ross.

³² ATIENZA, M.: *Introducción al Derecho*. Editorial Barcanova. Barcelona, 1991, p. 249; PARAMO ARGÜELLES, J. R. (de): *H. L. A. Hart...*, op. cit., nota 118, p.

- 1) *Enunciados emitidos desde un punto de vista interno*, es decir, formulados por alguien que forma parte del grupo y acepta las normas y las usa como guía, criterio o pauta de su propia conducta y de la del grupo como un todo. Quien adopta este punto de vista encuentra en las reglas la razón, la justificación no sólo de su conducta conforme a ellas, sino también de las críticas (y autocríticas) y de las exigencias de conformidad frente a quienes las incumplen. Se formularía del siguiente modo: “Debes hacer tal cosa o no debes hacer tal otra”.
- 2) *Enunciados emitidos desde un punto de vista externo*, formulados por un observador desde fuera del propio ordenamiento y que da lugar a afirmaciones externas. Observador que simplemente registra las regularidades de conducta observables en que consiste parcialmente la conformidad con las reglas, así como las restantes regularidades que adoptan la forma de reprobaciones, reacciones contrarias, castigos, etc., con la finalidad de predecir, pasado un tiempo, mediante un cálculo de probabilidades que una desviación de la conducta normal del grupo producirá una reacción contraria o un castigo³³. Cuando en un grupo existen reglas y no sólo hábitos colectivos, cabe situarse en un punto de vista externo a tal fenómeno y formular enunciados (externos)

No queda, sin embargo, muy claro qué es lo que está exactamente implicado en el hecho de aceptar las reglas o, lo que es lo mismo, adoptar respecto a ellas un punto de

245. La diferencia entre punto de vista interno y punto de vista externo, se corresponde con la diferencia conceptual entre “uso” y “mención”. Esta distinción, según G. LUMIA (*Controllo sociale, giurisdizione e libertà*, Giuffrè, 1971, pp. 50-51) podría marcar la diferencia entre “normativismo” y “realismo”.

³³ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 111; M. JORI y M. A. CATTANEO consideran que la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo consigue lo mismo que había hecho Kelsen con las Ciencia normativa y las Ciencias causales, y expresa que los enunciados internos representarían el ámbito autónomo de la ciencia jurídica como ciencia normativa. Ver: M. JORI: *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milano, 1976. p. 193; CATTANEO, M. A.: *Diritto e società nel pensiero di Herbert L. A. Hart*, Sociologia del Diritto, vol. 1, 1974, pp. 61 y ss.

vista interno. Lo explica como algo más que una simple cuestión de “sentimientos”³⁴ y como algo menos que una aceptación moral de las normas por considerarlas intrínsecamente valiosas³⁵.

C) *Noción de obligación o regla obligatoria*

Dentro de la categoría de las reglas sociales pueden distinguirse las que dan lugar a obligaciones o deberes. Son pautas aceptadas de comportamiento y valoración de conductas que se dan cuando: a) “La exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande”³⁶. La presión puede ir desde meras reacciones críticas hasta sanciones físicas organizadas. En el primer caso y si se limita a cierto sentimiento o remordimiento, puede ser una norma moral y, en el segundo caso, se trata de una norma jurídica (se trata sólo de un indicio de distinción entre el Derecho y la Moral); b) Se las estima valiosas o importantes “porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de la misma a la que se atribuye gran valor”; c) Su cumplimiento suele producir cierto sacrificio o renuncia, ya que, aunque la conducta es beneficiosa para la comunidad, puede chocar con los intereses del individuo.

D) *Textura abierta del derecho*

El Derecho forma un sistema jurídico compuesto de la unión de normas primarias y secundarias; sin embargo en

³⁴ HART, H. L. A.: *Scandinavian Realism*, op. cit., pp. 237 y ss.

³⁵ FASSÒ, G.: *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. III, Ed., Pirámide, Madrid, 1979. Considera que el punto de vista interno tiene “una velada argumentación contractualista que fundamenta la validez del Derecho en el reconocimiento por parte de sus destinatarios, en una línea de pensamiento que va desde el Sócrates del Critón a Bierling”. También REALE, M.: *O direito como experiência*, Saraiva, Sao Paulo, 1968, p. 101 (n. 12) conecta la doctrina de Hart con Bierling. Quieren ver estos autores una conexión necesaria entre Moral y Derecho.

³⁶ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 107.

la práctica se presentan problemas que las normas no aciertan a resolver (desde esta perspectiva, Hart adopta del realismo jurídico la crítica al formalismo o conceptualismo). A ello responde sosteniendo que todo lenguaje, incluido el Derecho, utiliza términos generales.

No es posible prever anticipadamente las infinitas combinaciones de circunstancias que el futuro puede presentar. Las reglas tendrán, junto a un núcleo de significado claro, un margen fronterizo de mayor o menor indeterminación; es decir, en unos casos ofrecerán respuestas claras (de donde deriva la función normativa del Derecho como guía y directiva de las conductas sociales), pero en otros supuestos serán dudosas y hasta inexistentes. Es por ello por lo que rechaza las tesis realistas, según las cuales el Derecho es la predicción de las decisiones futuras de los tribunales, punto de vista externo que no toma en cuenta la posición del juez en relación con las normas jurídicas. Se trata de superar el *Scylla y Caribdis* de la Ciencia jurídica (el formalismo y el escepticismo)³⁷, adoptando una solución que sin dejar de ser normativista tiene algo de realista en cuanto engarza la norma y la práctica social.

En relación con la teoría predictiva, considera que tanto las personas como los jueces actúan conforme a las normas: las personas aceptan las normas como pautas de conducta, y no las cumplen sólo porque son exigidas; y los tribunales acomodan las normas a los casos y no al revés, es decir, resolviendo intuitivamente y después buscando

³⁷ A partir de Kelsen la validez del Derecho va a entenderse como existencia y se va a plantear cómo determinar cuando una norma jurídica existe como tal. Se va a conseguir juridificando por medio de una norma básica los cauces de aparición del Derecho, de modo que el Derecho regula su propia creación. La respuesta de Kelsen plantea el problema de la norma fundamental presupuesta o ficticia para identificar todas las normas del ordenamiento jurídico. Ross remite simplemente a ciertos hechos, ya que para él las normas jurídicas existentes son las que gozan de efectividad en la resolución de los conflictos presentados ante los tribunales. Para su determinación concreta se precisaría conocer, no sólo las normas aplicadas hasta la fecha, sino también la ideología de los tribunales en relación a cuáles son las normas jurídicas válidas. La respuesta de Hart (HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 183), es la de considerar ambas respuestas el *Escila y Caribdis* de la teoría jurídica: "Son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio."

una norma que se adecue, ya que la norma está en la esfera de la vida real.

La actividad interpretativa y la toma de decisiones judiciales son actividades sometidas a reglas que son suficientes para establecer cuál decisión es correcta y cuál no, aunque sin excluir un cierto margen de apreciación y de ahí deriva, precisamente, la autoridad o legitimidad de aquéllas. Ello no impide que, como consecuencia de la textura abierta del lenguaje, haya de constatarse un margen de discrecionalidad ineludible en la aplicación del Derecho, que en algunos casos se traduciría en un haz de soluciones interpretativas posibles igualmente válidas desde el punto de vista del razonamiento lógico-deductivo.

Puede haber una elección entre alternativas abiertas. Existe un ámbito discrecional³⁸. Sin embargo, a pesar de la existencia de un margen de apreciación en la aplicación del Derecho, los tribunales, *de facto*, tienen la última palabra y, cuando deciden en un sentido, lo decidido está dotado de tal autoridad que cualquier crítica de carácter intelectual o político es irrelevante para el éxito de esa decisión.

La autoridad del juez, consolidada en los casos normales, sirve para justificar suficientemente la decisión adoptada ante un caso difícil, en el que dicha decisión lleva incorporada una mayor dosis de discrecionalidad, y hace posible el éxito de la misma amparándose en el consenso generalizado que promueve la consideración de la actividad judicial como una actividad y sometida a reglas.

A esa porosidad o vaguedad de las reglas, (que incluye, como veremos más adelante, a la regla de reconocimiento) en algún punto en su aplicación, esa posibilidad de que las pautas resulten indeterminadas, lo denomina “textura abierta”, o estructura abierta del Derecho.

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. Los legisladores humanos no pueden co-

³⁸ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 157 y ss.

nocer toda la posibilidad de combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que conlleva una relativa indeterminación de propósitos³⁹.

La posibilidad de lagunas del Derecho (porosidad del mismo), está en contradicción con el ideal positivista de seguridad jurídica, pero Hart es un positivista moderado.

Como puede observarse —continúa señalando— se opone a los postulados del formalismo jurídico para quien no habría más que una solución para cada caso, consistente en la deducción lógica de las consecuencias de una regla general para el caso concreto⁴⁰.

De este modo, rechaza la tesis escéptica del realismo jurídico según la cual se sostiene que el Derecho es lo que los tribunales dicen que es.

Siempre hay un sistema de reglas lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta y los tribunales no se consideran libres de dejarlas a un lado al ejercer la autoridad para tomar aquellas decisiones, aunque tampoco anula la actividad creadora de éstos.

Las reglas ya no son predicciones sobre como habrá de solucionarse un caso, sino criterios o pautas a seguir para que la solución del caso, y, en particular, la decisión interpretativa sea válida.

E) *Reglas primarias y secundarias: El paso de una estructura social prejurídica a un orden jurídico*

Hart va a realizar una revisión, podríamos decir “sociológica”⁴¹, del positivismo kelseniano, tomando como punto de partida para concretar su concepto de Derecho, la definición que de él daba J. Austin: “un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas, dictadas por el sobe-

³⁹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 160.

⁴⁰ CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos...*, op. cit., p. 153; Sobre este punto ver: RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas...*, op. cit., pp. 113 y ss.

⁴¹ CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos...*, op. cit., pp. 144 y ss.

rano o por los subordinados que obedecen a aquél”, entendiéndose por soberano “aquella persona o cuerpo de personas cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la gran mayoría de la sociedad y que no obedecen habitualmente a ninguna otra persona o personas”⁴². Si las decisiones adoptadas por el soberano, y originadas en su voluntad, se obedecían habitualmente por las gentes, entonces eso era Derecho y existía la obligación de cumplirlo, existiendo la creencia general, por parte de los destinatarios, de que en otro caso las sanciones previstas probablemente se aplicarían en caso de incumplimiento.

Critica el concepto de Derecho en términos de elementos “aparentemente simples” de mandatos y hábitos (recordemos que para Hart las normas jurídicas y los hábitos tienen en común su aspecto externo, esto es, el hecho de que constituyan comportamientos regulares, pero se diferencian en lo que significa el aspecto interno de las normas, es decir, la aceptación del comportamiento)⁴³ formulado por J. Austin, realizando una reconstrucción de la teoría jurídica analítica.

El modelo *simple* conlleva una serie de dificultades que Hart manifestó en los siguientes términos⁴⁴:

- a) En relación con las normas penales, que son las que tienen un mayor parecido con el modelo simple, sin embargo, disponen de un mayor campo de aplicación, ya que se aplican también a quienes las sancionan. Sin embargo, incluso en el ámbito del Derecho Penal⁴⁵, la función primaria de las normas no es la de sancionar, sino la de establecer pautas o guías de comportamiento y sólo cuando esta finalidad fracasa entra en juego la medida sancionadora. Invertir los términos, constituye —expresa el autor— la *deformación* del Derecho como precio de la *uniformidad*:

⁴² HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 23 y ss.

⁴³ ATIENZA, M.: *Introducción...*, op. cit., p. 249: “lo que Ross llama sentimiento de vinculatoriedad, pero despsicologizado.”

⁴⁴ PÁRAMO ARGÜELLES (DE), J. R.: *H. L. A. Hart...*, op. cit., pp. 209 y ss.; CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos...*, op. cit., p. 244.

⁴⁵ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 49.

las reglas del Derecho penal no tienen como función guiar sólo a los órganos que aplican las penas, sino a todos los ciudadanos ordinarios.

- b) El Derecho no puede quedar reducido a un solo tipo de reglas. Existen otras normas, como aquéllas que confieren potestades jurídicas públicas a los funcionarios⁴⁶ —las que facultan a los órganos legislativos para realizar la función de legislar, a los jueces y tribunales para resolver conflictos, etc.—; o potestades privadas —crear o modificar relaciones privadas: posibilidad de testar, de contratar, de contraer matrimonio, etc.—, señalando las condiciones para que dichas potestades puedan realizarse. “Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas.”⁴⁷ Estas normas son, evidentemente, diferentes de las normas que imponen deberes pero realizan una función de extraordinaria importancia y en ningún caso reductible a fragmentos de normas que imponen deberes; no pueden ser asimiladas a órdenes generales.
- c) Existen reglas jurídicas que se diferencian de las órdenes por su origen, ya que no son creadas mediante una prescripción explícita.
- d) El análisis que realiza Austin del soberano. La ilimitación del soberano, ya que el poder soberano tiene unos límites constitucionales a sus competencias, que no son deberes impuestos al soberano. El poder del soberano es supremo, pero no ilimitado. Como modelo simple, plantea dificultades como:
- No justifica cómo se produce la continuidad de la autoridad legislativa. El hábito de obediencia no sirve para justificar la obediencia a un nuevo soberano. Si se sostenía que las decisiones tenían que estar originadas en la voluntad del soberano, la

⁴⁶ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 33.

⁴⁷ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 37.

duda se planteaba cuando éste fallecía hasta el momento en que las decisiones originadas en la voluntad del nuevo soberano eran obedecidas habitualmente. Sólo puede explicarse a través de la existencia de una regla que establece la obediencia a los sucesivos soberanos, una regla para que la persistencia del Derecho y la autoridad continúen.

- El soberano no puede identificarse con el electorado o con la legislatura de un Estado moderno.
- El concepto de “orden tácita” no puede aplicarse a los complejos sistemas jurídicos modernos, y sólo resulta aceptable para situaciones jerárquicas más simples.
- Las reglas que confieren potestades no pueden ser consideradas como meros fragmentos de reglas que imponen deberes, o como reglas dirigidas de modo exclusivo a los funcionarios, ya que con ello se desfigura el uso efectivo de esas reglas en la vida social.

Efectivamente, para Kelsen sólo son normas jurídicas auténticas aquéllas que prescriben una sanción negativa. La estructura de la norma jurídica sigue siempre el mismo esquema: a un acto ilícito se le imputa una sanción y los enunciados jurídicos que no prescriben una sanción no son normas, sino partes o fragmentos de normas jurídicas genuinas, que integran la condición de aplicación de ésta.

Hart entiende que no es posible asimilar nulidad y sanción con la finalidad de equiparar las reglas que confieren potestades a las órdenes respaldadas por amenazas⁴⁸. El carácter sancionatorio de la nulidad, resultante del incumplimiento de ciertos requisitos de las normas que conceden facultades, no son sanciones, ya que las nulidades no tienen por objeto desalentar conductas prohibidas y no deseadas, como las sanciones y porque son par-

⁴⁸ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 45.

te de las reglas que configuran la potestad. Frente a la teoría imperativista, critica el valor normativo de las costumbres sólo cuando son reconocidas por los tribunales delegados del soberano, ya que dichas costumbres existen como normas con anterioridad a su reconocimiento.

- Si se considera la doble personalidad de los legisladores (oficial y privada) para conciliar el carácter auto-obligatorio de la legislación con la teoría de que la ley es una orden dirigida a otros, es necesario completar esta teoría con la noción de una regla que defina qué hay que hacer para legislar.

En consecuencia, “La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber, las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco puede producir —mediante su combinación— la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales del Derecho”⁴⁹.

Distingue dos tipos, “aunque relacionadas”, de reglas que le permiten una concepción sistemática del Derecho —considerando tal sistema como unión de reglas primarias y secundarias, por una parte; y de tres tipos de reglas secundarias de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, por otra— lo que, a su vez, permite establecer la distinción entre las normas jurídicas y las restantes normas obligatorias. Para ello establece la articulación de reglas primarias y secundarias⁵⁰: “(...) para hacer justicia a la

⁴⁹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 101.

⁵⁰ Distinción no original ya que Ihering distinguió entre normas de conducta dirigidas a los ciudadanos y normas sobre la sanción. Kelsen y Ross sostienen la misma idea. Fuller considera que esta distinción coincide con la realizada por Hohfeld entre derecho-deber por un lado, y poder-responsabilidad por otro. Ver: FULLER, L. L.: *La moral del Derecho*, Trillas, México, 1967 p. 149; por otra parte, en una entrevista concedida, ver: PÁRAMO ARGÜELLES (DE), J. R.: *Entrevista a H. L. A. Hart*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 5, 1988. Confesaba que era un escritor “algo descuidado”, que exponía sus tesis de un modo ambiguo o demasiado impreciso y cuya exposición de ciertos problemas —se refería a la obligación jurídica en *El concepto del Derecho*— resultaba, además de confusa, incompleta o inconsistente; sin embargo, la conceptualización de estos dos tipos de reglas no ofrecen menores dificultades.

complejidad de un sistema jurídico es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los dos tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las primeras, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones”⁵¹.

Las reglas secundarias dependen o son secundarias respecto de las primeras. Establecen que los seres humanos pueden introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, determinar sus efectos de varias maneras o controlar su actuación.

La diferencia entre estos dos tipos de reglas tiene como finalidad la explicación de clarificar y explicar el funcionamiento de los modernos ordenamientos jurídicos, considerando que con la combinación de estas dos clases de reglas se encuentra “la clave de la Ciencia de la jurisprudencia”, que Austin consideraba que había encontrado en la noción de órdenes coercitivas⁵².

Hart utiliza la antropología para explicar la sucesión de las distintas clases de normas con una visión dinámica⁵³,

⁵¹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 101.

⁵² HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 102.

⁵³ BOBBIO, N.: *Contribución...*, op. cit., pp. 315 y ss. Este autor distingue entre sistemas normativos simples, semicomplejos y complejos. El primero sólo dispone de normas primarias y de la norma o normas para identificar el sistema; los segundos comprenden, además, uno u otro tipo de normas secundarias; y, finalmente, los terceros comprenden todos los tipos de normas mencionadas, en cuyo caso se encontraría el ordenamiento jurídico. El paso de un

analizando los conceptos que forman la estructura del pensamiento jurídico, para lo que realiza la diferenciación entre los elementos jurídicos de una estructura social primitiva y los de un moderno sistema jurídico, a partir de los defectos, imperfecciones e insuficiencias que presentan los elementos jurídicos de la estructura social primitiva, cuando se trasponen a los de los modernos ordenamientos jurídicos.

En el modelo de estructura social primitiva sólo existen reglas primarias de obligación. Para que exista esta estructura social resulta necesario:

- a) Existencia de reglas negativas que restrinjan el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, para que sea posible la coexistencia social; y de reglas positivas, que imponen el cumplimiento de ciertos servicios y contribuciones.
- b) Aunque en ese grupo social se produjese una tensión entre quienes obedecen las reglas y quienes las rechazan, estos últimos tienen que constituir una minoría, ya que en caso contrario no podría subsistir una sociedad formada con personas que aproximadamente tienen la misma fuerza física y se encuentra tan escasamente cohesionada en su organización.
- c) Tiene que tratarse necesariamente de una comunidad pequeña, formada por un grupo de personas unidas por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, que habitan en un contexto estable.

sistema simple a un sistema complejo se realizaría mediante la institucionalización de la sanción, en primer lugar, y la institucionalización de la producción normativa, en segundo lugar, para lo que resultan necesarias las normas de segundo grado. El sistema jurídico funcional sería el que consiga que todas las normas secundarias, de conservación y de transformación mantengan una coherencia con respecto a las necesidades del sistema. El sistema jurídico, constituido por una diversidad de normas, puede observarse como una sucesión de normas, de abajo a arriba, desde el punto de vista de los gobernados, o como una sucesión de poderes, de arriba abajo, desde la perspectiva de los gobernantes. La pluralidad de normas es aprovechada por Bobbio para llevar a cabo una tipología de los sistemas políticos, ya que en el Estado liberal predominan las normas primarias de conducta y escasean las secundarias o de organización, mientras que en el Estado intervencionista abundan las secundarias o de organización.

Hart no trata aislada e independientemente la finalidad o funcionalidad de las reglas primarias, aunque hace referencia a ello cuando trata las normas morales de una sociedad determinada, lo que denomina moral “aceptada” o “convencional”⁵⁴, ya que el elemento fundamental de este tipo de moral consiste en las normas primarias de obligación.

Una sociedad (simple) estructurada sólo con reglas primarias de obligación dará lugar a otro modelo jurídico cuando cambien los condicionamientos fácticos.

Los defectos que tendría un sistema⁵⁵ que sólo contase con normas primarias (modelo simple de sociedad), situado en un estadio prejurídico, serían:

1. *Falta de certeza*, que constituye un defecto de la estructura social de reglas primarias. Estas reglas no formarían un sistema y serían sólo un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, a excepción de su aceptación por el grupo social determinado. No se podrían determinar la identidad y pertenencia de las normas, por carecer de procedimiento para llevarlo a cabo, ni existiría autoridad que pudiera reconocer oficialmente tales reglas. Si surgieran dudas sobre el alcance preciso de una de esas reglas o sobre la validez de las mismas, no habría procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya fuera mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario, cuya declaración sobre este punto estuviera también revestida de autoridad⁵⁶.

En definitiva, que la validez y, en consecuencia, la vigencia y obligatoriedad de una norma, serían problemas que no tendrían una adecuada respuesta, ya que el procedimiento y reconocimiento del texto o

⁵⁴ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M^a.: *Los fines del Derecho...*, op. cit., p. 327; en la nota 7 dice que se corresponde con lo que Henkel denomina “moral social”, mientras que sólo coincidiría en parte con lo que Austin llama “moral positiva”.

⁵⁵ HART, H. L. A.: *El concepto...*, op. cit., pp. 114 y ss.

⁵⁶ HART, H. L. A.: *El concepto...*, op. cit., p. 115.

- personas con autoridad precisan la existencia de reglas diferentes a las reglas primarias de obligación.
2. *Carácter estático de las reglas.* El Derecho debe ofrecer unas garantías de seguridad y estabilidad. En un modelo de sociedad simple no se podrían adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas e introduciendo otras nuevas, porque la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas totalmente diferentes de las reglas primarias de obligación que son las únicas que rigen en ese sistema.
 3. *La ineficacia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas,* es decir, ausencia de un monopolio oficial de sanciones, la ausencia de un órgano especializado que tenga facultades para determinar, definitivamente y con autoridad, el hecho de la violación (falta de jueces, reglas procesales y carencia para ejecutar las sanciones previstas). En cualquier sociedad regida por normas siempre se presentarían casos concretos en los que habría discusión acerca de si una norma se ha violado o no se ha violado. En una sociedad sólo regida por reglas primarias sería imposible poder zanjar esta cuestión con autoridad y competencia otorgada a una persona u órgano para poder decidir de forma concluyente si una norma ha sido o no violada. Estas reglas son las reglas de adjudicación⁵⁷. A esta cuestión se asocia otra debilidad que no debe confundirse con ella: los castigos por la violación de reglas que impliquen el uso de la fuerza no son administrados por un órgano especial, sino que su aplicación le corresponde a los individuos afectados o al grupo social.

Un conjunto de normas primarias presenta el problema de su distinción, no sabemos cuáles son morales, o jurídicas, o de otro tipo, salvo que se produzca un sistema de normas de reconocimiento, cambio y adjudicación, con la

⁵⁷ HART, H. L. A.: *El concepto...*, op. cit., p. 115.

finalidad de proceder a la distinción entre lo que es jurídico o no, lo que efectivamente se realiza, sobre todo, a través de la regla de reconocimiento. Ahora bien, lo que está claro, y en ello abundaremos posteriormente, es que el Derecho puede identificarse mediante criterios puramente formales, y sin necesidad de acudir al contenido de dichas normas, entre los que podría incluirse el tener que acudir a la satisfacción de determinadas exigencias de la Moral.

La solución que presenta Hart a estos problemas es la de complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias, lo que resulta presupuesto fundamental para poder pasar del mundo prejurídico al jurídico (puesto que el Derecho puede ser caracterizado como una “unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias”)⁵⁸, ya que mientras que las “reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias”⁵⁹. Las normas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden verificarse en forma concluyente, introducidas, eliminadas y modificadas determinando su violación de forma incontrovertible.

De este modo, y ante las anteriores deficiencias, se introducirían reglas secundarias:

1. *La falta de certeza* sería subsanada —de acuerdo con Hart— mediante la *regla de reconocimiento (rule of recognition)*⁶⁰. Esta regla establece qué normas pertenecen al sistema jurídico de que se trate, es decir, cuáles normas forman parte de un determinado grupo social.

Constituye, por tanto, la regla que especifica las condiciones y características de pertenencia de las normas al grupo del que forman parte. Es una regla de identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

Para que un conjunto de reglas primarias esté dotado de certeza, es decir, para que se puedan resolver las dudas sobre cuáles son las reglas o sobre el alcance preciso de

⁵⁸ HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁹ HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁰ HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

una regla determinada, es necesaria la regla de reconocimiento⁶¹. En definitiva, que la validez y, en consecuencia, la vigencia y obligatoriedad de una norma, serían problemas que no tendrían una adecuada respuesta. Esta regla especificará alguna característica o características (criterio o conjunto de criterios) cuya posesión por una regla sugerida es considerada como indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo.

La regla de reconocimiento puede asumir diversas formas. En el derecho primitivo de muchas sociedades la regla de reconocimiento puede consistir en un documento escrito o en algún monumento público donde hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad⁶². En los sistemas jurídicos desarrollados las reglas de reconocimiento son más complejas. En lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias, como, por ejemplo haber sido establecidas por medio de leyes, o a través de la práctica consuetudinaria, o en virtud de decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, puede establecerse un orden jerárquico entre ellas para supuestos de conflicto, de acuerdo con el sistema de “fuentes” aceptado (por ejemplo, la subordinación de la costumbre y del precedente a la ley). De este modo se pasa de un conjunto de reglas de obligación desconectadas entre sí, a un conjunto unificado de normas cuya identificación y pertenencia están determinadas, es decir, al concepto de validez de Hart.

2. La solución para la *calidad “estática”* de las normas de obligación vendría dada por la existencia de “*reglas de cambio*”, que son las que facultan a determinados órganos para crear nuevas normas primarias, así como para modificar y derogar las anteriores. Este defecto sería solucionado, en concreto, por las denominadas reglas de

⁶¹ HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

⁶² HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 115.

cambio que determinan el procedimiento y el órgano competente para derogar normas ya existentes y crear otras nuevas. Las normas de cambio son necesarias para evitar el carácter estático de las normas, para que se puedan adaptar deliberadamente a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas e introduciendo otras nuevas. Se incluyen en esta categoría las normas que confieren potestades privadas: celebrar contratos, otorgar testamento...⁶³.

En un modelo de sociedad simple no se podría adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas e introduciendo otras nuevas, porque la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas totalmente diferentes de las reglas primarias de obligación que son las únicas que rigen en ese sistema.

Además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento que hay que seguir en la legislación. Normas de cambio son todas las relativas al poder legislativo y al procedimiento de elaboración de leyes.

Existe una estrecha conexión entre las reglas de cambio y de reconocimiento; del mismo modo es evidente la semejanza estructural entre las reglas de cambio y las reglas que confieren a los individuos potestades para la creación de derechos y deberes jurídicos.

3. Frente a la *insuficiencia de la presión social difusa*⁶⁴ del régimen simple de reglas primarias el remedio propuesto por Hart es el de las “*reglas de adjudicación*”⁶⁵ (llamadas también de “*aplicación*”), que son las que facultan a ciertos órganos para determinar con autoridad si en una ocasión particular se ha transgredido o no una regla primaria. Además establecen el procedimiento que hay que seguir para juzgar, es decir, las reglas de adjudicación son las que confieren las potestades jurisdiccionales, identifi-

⁶³ PECES-BARBA, G.: *Prólogo*, de la obra de J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, H. L. A. *Hart y la teoría analítica del Derecho*, *op. cit.*, p. XXIII: “¿qué ciudadanos pueden ser en Hart los destinatarios de normas secundarias cuando se les faculta para celebrar contratos u otorgar testamentos?”

⁶⁴ HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁵ HART, H. L. A.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 115.

cando a los individuos que pueden juzgar, estableciendo el procedimiento a seguir. También les conferiría poder para disponer la ejecución de sanciones por los órganos correspondientes.

Hart utiliza el término de normas de segundo grado (secundarias) para hacer referencia a unas normas que se encuentran en un nivel diferente del de las normas primarias, ya que se refieren, son relativas a normas, se refieren a las normas primarias mismas.

III. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

La regla de reconocimiento pretende resolver el problema de la validez del Derecho, al que no le son ajenos los otros problemas básicos, como el de la obligatoriedad jurídica, el de las fuentes del Derecho, el de la consideración del orden jurídico como “sistema”, el de las relaciones entre el Derecho y la Moral y, finalmente, el del propio concepto del Derecho como conjunto de normas determinable en función de ciertos criterios.

En el siglo XIX los autores positivistas se preguntaron por qué deben obedecerse las normas, y como no podían justificar la obligatoriedad del Derecho —*deber-ser*— en la simple constatación de hechos ciertos (empirismo), recurren a diferentes explicaciones⁶⁶.

La aportación de Kelsen respecto a la norma fundamental supone la aceptación *a priori* de una condición lógico trascendental, por lo que Hart se ve en la necesidad de proceder a una nueva formulación de la misma desde el análisis del lenguaje y así se va a iniciar su construcción teórica de la regla de reconocimiento.

⁶⁶ GONZÁLEZ VICÉN, F.: *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1950, p. 87. Este autor ha señalado la contradicción existente en el positivismo en lo que se refiere a la validez del Derecho, ya que, siendo empirista, pretende solucionar problemas que no pueden resolverse desde el empirismo. En atención a esta circunstancia, las propuestas del fundamento de la obligatoriedad del Derecho en el reconocimiento por parte de los obligados; en el poder coactivo; o en el sentimiento de solidaridad, fracasaron porque no podían responder tanto al problema de por qué debe cumplirse el Derecho, cuanto al de por qué se cumple efectivamente.

Es por ello por lo que el positivismo jurídico posterior a Kelsen, tomando como punto de partida la identificación de norma válida con norma existente —como norma cuyo enunciado que afirma su validez se puede comprobar empíricamente— enfoca el problema de la fundamentación de la validez del Derecho como el del establecimiento de un criterio último de identificación de todas las normas que componen el orden jurídico. La fuente de cada norma jurídica es la norma superior que regula su producción, y, en último extremo, la norma fundamental, verdadera “fuente de fuentes”. Con esto se logra, o al menos se pretende, juridificar las fuentes del Derecho evitando así, huelga repetirlo, la contaminación que se produciría si se admitiera el carácter metajurídico de aquéllas.

De este modo, aparece la posibilidad de concebir el Derecho como un conjunto delimitado de normas en que existe un criterio de validez último, ya que todas las normas son identificables a partir de dicho criterio, con lo que se concibe el Derecho como un verdadero sistema. Esta constituye también la aspiración de Hart, quien entenderá por validez la pertenencia al sistema jurídico por cumplir los requisitos indicados en la Regla de Reconocimiento; validez y sistema se encuentran, entonces, profundamente vinculados.

IV. CONSECUENCIAS EN LA OBLIGATORIEDAD, VALIDEZ Y EFICACIA DEL DERECHO

Una buena parte de su obra, como hemos visto, va dirigida a la distinción del Derecho, como mecanismo de control social, de las concepciones jurídicas que asimilan el Derecho y la coerción, por una parte; y de otra, de las concepciones que reconducen al Derecho al ámbito de la Moral⁶⁷.

Ya hemos considerado anteriormente que Hart no distingue claramente entre obligación moral y jurídica, ya

⁶⁷ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., (Prefacio a la edición inglesa), p. XI: “En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”.

que no diferencia, de forma nítida, entre Moral y Derecho en lo que respecta a las normas primarias de obligación, en relación al sistema de normas secundarias y, especialmente, con respecto a la regla de reconocimiento, ya que el concepto de “aceptación” u “obediencia voluntaria” de Hart resulta harto complejo, en cuanto puede basarse en una diversidad de motivos entre los que no se excluyen los morales⁶⁸.

Distingue la validez y la obligatoriedad por la existencia de normas secundarias que no imponen obligaciones, sino que confieren potestades o permiten identificar las normas del sistema. Siempre que alguien está obligado a hacer algo, implica la existencia de una regla, pero no al revés. La regla de reconocimiento establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico. Además, a la vez que dota de unidad y coherencia al sistema jurídico, determina cuáles son, en un momento dado, las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la comunidad⁶⁹.

Dentro de la categoría de las reglas sociales se encuentran contenidas las que dan lugar a obligaciones o deberes. Son pautas aceptadas de comportamiento y valoración de conductas que se dan cuando: a) “La exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande⁷⁰. La presión puede ir desde meras reacciones críticas hasta sanciones físicas organizadas. En el primer caso, y si se limita a cierto sentimiento o remordimiento, puede ser una norma moral y, en el segundo caso, se trata de una norma jurídica (se trata sólo de un indicio de distinción entre el Derecho y la Moral); b) Se las estima valiosas o importantes “porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de la misma al que se atribuye gran valor”, es decir, son importan-

⁶⁸ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 140-6, 249-251, 285-6; y en su obra *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford (Clarendon Press), 1982, pp. 145 a 147, 156 a 158, 160-1.

⁶⁹ CALVO GARCÍA, M.: *Los fundamentos...*, op. cit., p. 151.

⁷⁰ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 107.

tes y necesarias para la realización de ciertos fines; c) Su cumplimiento suele producir cierto sacrificio o renuncia, ya que aunque la conducta es beneficiosa para la comunidad, puede chocar con los intereses del individuo.

Quien adopta el punto de vista interno respecto a las normas las acepta como pautas de conducta general y, si además, aparecen los rasgos mencionados con anterioridad podemos hablar del concepto de obligación, en el sentido que tiene como “tener una obligación” (sentirse obligado), no en el sentido que adopta en enunciados como “verse obligado” (estar obligado o tener una obligación).

Estar obligado (“verse obligado”) no implica necesariamente que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los demás, se trata de una obediencia meramente mecánica. En este último sentido reflejaría la situación de la persona sobre quien recae la amenaza de un mal si no realiza la conducta que se le exige, se asocian consecuencias desagradables y el sujeto hubiera realizado una conducta algo menos preferible. De este modo, se explica el concepto de obligación, ya sea en términos psicológicos (referido a las creencias o motivos que acompañaron la acción), ya sea en términos probabilísticos (el que las desventajas o consecuencias desagradables aparejadas sean serias, y que la amenaza se va a producir, es decir, un cálculo razonable de probabilidad), lo que hacen las teorías imperativistas y hasta el mismo Kelsen, aunque no lo exponga claramente, que Hart no considera acertadas, ya que la aceptación de las normas no es cuestión de sentimientos o predicciones sobre lo que sucederá en el futuro, sino una actitud consciente, crítica y reflexiva ante las normas. No expresan lo que significa el enunciado de que alguien “tiene la obligación de hacer algo”: “hay muchas razones para rechazar esta interpretación de los enunciados de obligación como predicciones”⁷¹.

Sentirse obligado (“tener una obligación”) supone una predisposición en el ánimo a realizar la conducta. Signifi-

⁷¹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., pp. 105 y 105.

ca que se acepta como pauta de conducta o justificación, tanto de la conducta conforme a la norma como de las sanciones que pudiera conllevar su incumplimiento.

Nos sentimos obligados sólo a lo que conocemos⁷², mientras que estamos obligados incluso por aquellos preceptos jurídicos que desconocemos.

La obligación jurídica sería aquélla a la que daría lugar la aceptación de las normas del Derecho.

No es lo mismo que el sujeto comparta reglas o normas de conducta porque asume su carácter obligatorio, a que se cumplan por temor a la sanción, o por razones prudentiales.

Decir que el Derecho obliga supone para los miembros del grupo una referencia objetiva para atribuirse y reclamarse recíprocamente derechos y obligaciones.

El efecto de la obligación es la obediencia. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno. Pero puede obedecer por otras razones⁷³. Se puede aceptar por miedo a las sanciones, por respeto a la tradición, por cálculos de intereses egoístas, o —quien crea en ello— por el valor moral del sistema jurídico, pero esto último no está vinculado a su aceptación.

Existen obligaciones y deberes jurídicos referidos a un tipo de reglas que son importantes y necesarias para alcanzar ciertos fines que el Derecho se propone, por lo que se exigen con independencia del consentimiento del obligado y están respaldadas por ello con una fuerte presión social que justifica, en su caso, la imposición de sanciones.

Dicho de otro modo, en una sociedad coexisten quienes ven las reglas desde un punto de vista interno y las aceptan como pautas o criterios de conducta y no meramente

⁷² FALCÓN Y TELLA, M^a J.: *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*, Midrid, Civitas, 1994, p. 49; por otra parte, del mismo modo que decimos que el Derecho es imperativo porque prevé potencialmente sanciones para el supuesto de su incumplimiento, pero no se precisa la actuación real mediante la coacción física y el uso de la fuerza, decir que el Derecho es obligatorio no supone considerar jurídicas sólo aquellas normas que de un modo u otro, directa o indirectamente, imponen obligaciones. Si fuera así, tendríamos que buscar la obligatoriedad de las normas que no imponen sanciones en una fundamentación moral (p. 50).

⁷³ HART, H. L. A.: *El Concepto del Derecho*, *op. cit.*, pp. 143-144.

como predicciones de lo que los funcionarios harán si las desobedecen (aceptación voluntaria); quienes se sitúan en un punto de vista externo que simplemente se limitan a la mera obediencia; y a quienes las pautas jurídicas tienen que ser impuestas por la fuerza.

Para Hart la existencia de un sistema jurídico implica:

- a) Obediencia “externa” por parte de los ciudadanos.
- b) Aceptación (obediencia “interna”) por parte de los funcionarios.

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

Ciertamente, no es una hipótesis, no es un presupuesto del pensamiento jurídico, sino que es una norma positiva, una norma cuya existencia se manifiesta en la práctica concorde de los tribunales a la hora de identificar el Derecho válido en orden a su aplicación⁷⁴. Su solución, aun siendo normativista, se implica con doctrinas realistas por el entretrejimiento entre norma y práctica social y por medio de su relativo “escepticismo ante las reglas” implicado en su teoría de la textura abierta del Derecho.

Esta regla no es un supuesto lógico-trascendental, una norma presupuesta, sino que es una norma positiva, una regla social: “sólo existe como práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”⁷⁵.

⁷⁴ RAMOS PASCUA, J. A.: *La regla de Reconocimiento en la Teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 101. “Dicho de otro modo: se trata de una norma que ha de inferirse de la práctica judicial”.

⁷⁵ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, *op. cit.*, p. 137.

La regla de reconocimiento es fundamento de la validez jurídica porque dota de sentido a la noción de validez.

Hart hace depender la validez de cada norma jurídica no de otra y así sucesivamente de forma indirecta, sino que la validez de cada norma jurídica depende directamente de la existencia de la regla de reconocimiento⁷⁶.

De la regla de reconocimiento no se puede predicar su validez o invalidez, ni tampoco señalar que su validez se presupone, ya que esto significaría tanto “como decir que damos por admitido pero no podemos demostrar que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en sí correcto”⁷⁷.

En consecuencia, la regla de reconocimiento es última. No tiene sentido, por tanto, calificarla de válida o inválida ni de presuponer su validez, ya que ella misma no puede pasar por su propio filtro. En concreto, no es necesario presuponerle la validez, porque ella misma es el criterio de validez. Respecto de la regla de reconocimiento no es posible predicar su validez o invalidez, tan solo su existencia o inexistencia.

Así pues, al contrario de lo que sucede con las restantes normas del ordenamiento jurídico, en la regla de reconocimiento existencia y validez no son equivalentes⁷⁸: no toda norma existente es válida, aunque toda norma válida es existente.

De la regla de validez sólo puede afirmarse su existencia o inexistencia y su carácter es esencialmente fáctico, ya que es aceptada por jueces y tribunales.

⁷⁶ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: *Concepto y fundamento...*, op. cit., p. 171.

⁷⁷ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 135.

⁷⁸ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho...*, op. cit., cap. X. Lo mismo cabría decir de una comunidad primitiva sin regla de reconocimiento o las normas de Derecho internacional, que en opinión de Hart, carecen de ella. Para Kelsen, la validez jurídica equivale a la existencia de las normas: toda norma jurídica existente es válida y toda norma jurídica válida es existente. Para Hart será válida toda norma que sea reconocida como tal por la regla de reconocimiento: no toda norma existente es válida, aunque toda norma válida es existente; DELGADO-PINTO, J.: *La validez del Derecho como problema de la filosofía jurídica*, en “Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches”. Universidad Autónoma de México. México, 1980, pp. 228 a 231. Este autor entiende que en Hart existencia y validez son equivalentes con ciertas características.

Para Hart validez no es sinónimo de existencia, y tampoco validez es sinónimo de obligatoriedad.

La distinción entre enunciados internos y externos destaca aún más la importancia del hecho del reconocimiento. Cualquier otra norma del sistema puede ser válida —y en ese sentido existir en cuanto norma— aunque sea desobedecida por los destinatarios; sin embargo la Regla de Reconocimiento solamente existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho que se da o no se da⁷⁹: “decir que una determinada regla es válida es tanto como reconocer que satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema”⁸⁰.

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

Si se quiere determinar cuál es la regla de reconocimiento de un sistema basta con observar la práctica de los tribunales y demás funcionarios cuando proceden a identificar las normas jurídicas válidas.

Hart se refiere también a la relación entre validez y eficacia⁸¹. La eficacia de un orden jurídico consiste en el

⁷⁹ HART, H. L. A.: *op. cit.*, p. 137.

⁸⁰ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, *op. cit.*, p. 129.

⁸¹ FALCÓN Y TELLÁ, M^º J.: *Concepto y fundamento...*, *op. cit.*, p. 44. Recoge tres acepciones de “eficacia”, siguiendo a Aarnio: como regularidad en la observancia por los ciudadanos de una norma; como aplicación de las normas por las autoridades competentes, y como predicciones de lo que los tribunales harán. En suma, de lo que se trata es de que tanto en los destinatarios secundarios (jueces y tribunales), como en los destinatarios primarios (ciudadanos) exista una obediencia: HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, *op. cit.*, pp. 129 y ss. En la traducción española de G. R. Carrió se utiliza el término “eficacia”. Ramos Pascua prefiere utilizar el término *efectividad* en la traducción de la voz inglesa del original “efficacy”, utilizando el término “eficacia” para el supuesto de que la norma cumpla los objetivos que se había propuesto el legislador, y reservando la palabra “efectividad” para el supuesto contemplado por Hart, el hecho de que las

hecho de que generalmente los individuos a quienes se dirigen las normas se conforman con ellas y en caso de incumplimiento, se aplican también generalmente las sanciones previstas para tales supuestos. En primer lugar hace referencia a la conexión entre validez y eficacia respecto de normas jurídicas singulares, en cuyo caso expresa que no hay conexión necesaria entre la validez de la norma particular y su eficacia, “salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz”⁸², es decir, que la misma regla de reconocimiento incluya como uno de sus criterios de validez la afirmación de que no puede haber norma válida que no sea eficaz. Pero en realidad existe una estrechísima vinculación entre validez y eficacia de las normas jurídicas particulares, ya que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una norma particular de un sistema presupone —dice Hart— la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz, porque el uso normal de enunciados internos se produce en un contexto de eficacia general.

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

normas sean más frecuentemente obedecidas que desobedecidas; FALCÓN Y TELLA, M^º J.: *op. cit.*, p. 58: “La efectividad es un concepto formal, que sólo implica que se cumpla la norma. En cambio la eficacia tiene contenido material, al conllevar que se logre el fin perseguido por dicha norma”; la *eficiencia*, por otra parte, tiene una matización más propiamente política que jurídica.

⁸² HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, *op. cit.*, p. 129.

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

Y con respecto a la relación entre validez y eficacia del orden jurídico en general, si el ordenamiento en su conjunto es ineficaz, se podría afirmar que falta “el contexto o trasfondo normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema. En tales casos generalmente *carecería de objeto* determinar la validez de sus normas por referencia a su regla de reconocimiento. Insistir en aplicar un sistema de reglas que nunca ha sido realmente eficaz, o que ha sido desechado, sería, excepto en circunstancias especiales (...) inútil.

De forma excepcional, sin embargo, como cuando se intenta enseñar de forma vívida el Derecho Romano, se puede hablar como “si el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas”⁸³. De otro modo, sólo excepcionalmente, como en una situación de invasión extranjera, revolución, etc.

Así pues, en el esquema de Hart juega un papel fundamental la noción de aceptación: para que un ordenamiento jurídico exista debe ser aceptado, es decir, debe ser eficaz. Pero es suficiente con que sea aceptado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población en general, incluso bastaría con que fuese aceptada su Regla de Reconocimiento.

Aceptarla supone contemplarla desde el punto de vista interno, usándola como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces

⁸³ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 130.

y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes.

La eficacia se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto (aunque algunas normas resulten inaplicadas)⁸⁴.

En principio parece que la aceptación debe producirse por el grupo social en general. Pero en *El concepto del Derecho* dice que es necesaria la armonía entre los funcionarios, especialmente los jueces, y además los ciudadanos ordinarios obedecen en general las normas jurídicas. Los ciudadanos no necesitan aceptar la regla de reconocimiento, basta con que obedezcan las normas identificadas por ella. Pero si no aceptan la regla de reconocimiento y tampoco las normas jurídicas que aquélla identifica la situación de los ciudadanos ante la norma no sería la de “tener una obligación” sino la de “verse obligado”, ¿existiría respecto a ellos obligación jurídica?, y si no existe, ¿puede seguir hablándose de Derecho en relación a un sistema normativo que carezca de un grado tan transcendental? Hart lo afirma.

V. PROBLEMAS QUE HA PLANTEADO LA DOCTRINA A LA TEORÍA DE HART

A) *Naturaleza de la Regla de Reconocimiento*

Han surgido dudas en la doctrina acerca de la naturaleza de la regla de reconocimiento. En concreto, sobre si la regla de reconocimiento es un mero hábito, surgido de la repetición de conductas, mera práctica o norma. Para Hart la Regla de Reconocimiento es una verdadera norma: una de aquellas normas sociales, que a diferencia de los meros hábitos, consisten no sólo en una determinada conducta regular sino además en la actitud interna de considerar dicha conducta como pauta general de comportamiento.

⁸⁴ RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas...*, op. cit., pp. 250 y 251.

Pero al igual que en las demás normas sociales, es regla consuetudinaria —práctica social— y su existencia sólo puede mostrarse en la práctica efectiva.

“La regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo del hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el Derecho. Estos dos aspectos reclaman atención, pero no podemos hacer justicia a ambos eligiendo uno de los rótulos ‘Derecho’ o ‘hecho’”⁸⁵.

En cuanto al contenido de la regla de reconocimiento, parece que es “material” y distinto para cada ordenamiento jurídico.

B) *La confusa definición entre normas primarias y secundarias*

Como vemos, se ha puesto de relieve por la doctrina la falta de claridad en la elaboración conceptual de Hart sobre la regla de reconocimiento, de la que se ha dudado sobre si es una auténtica regla jurídica o una práctica social; si tiene carácter normativo, es decir, prescriptivo, o si se trata de una regla conceptual, si impone deberes o confiere poderes⁸⁶, si es una o son muchas.

Tampoco está claro que implica exactamente el hecho de que tuviera que ser aceptada, ni quienes eran los some-

⁸⁵ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 139; CRACOGNA, D.: *Regla de Reconocimiento y norma básica*, en “H. L. A. Hart y el concepto de Derecho”, “Revista de Ciencias Sociales”, Valparaíso n° 28, 1986, pp. 367-387, sostiene que la regla de reconocimiento es Derecho o es mero hecho dependiendo del punto de vista desde el cual se la considere, interno o externo. En algunos autores como Alf Ross o Joseph Raz, el carácter normativo de la Regla de Reconocimiento se va difuminando hasta llegar a considerarla como un puro hecho sociológico.

⁸⁶ PÁRAMO ARGÜELLES, J. R.: *H. L. A. Hart...*, op. cit., p. 241: La regla de reconocimiento ni confiere poderes ni impone deberes, ya que no impone sanciones a quien se desvíe de ella, pero si esto sucediera, de acuerdo con el propio Hart sería considerado por el resto como algo seriamente criticable e incorrecto. Además Hart no liga necesariamente norma que impone deberes a sanción coactiva.

tidos a la norma, ni cuál su relación con las otras reglas secundarias.

Además parece que cuenta con cierta artificiosidad, ya que sería difícil encontrarse en la práctica una norma de tales características. No se parece a lo que en la práctica normal de los juristas se considera como una norma jurídica, ni es usual tampoco que una norma jurídica contenga todos los criterios de validez, aunque ya decía Hart que rara vez es formulada en forma expresa como una regla y que en la mayor parte de los casos su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros⁸⁷. Su existencia consiste en “una práctica efectiva”.

De cualquier modo, esta dificultad no sólo se proyecta en la regla de reconocimiento, sino en las restantes normas secundarias y la relación entre ellas.

C) *Regla de reconocimiento y reglas de cambio y adjudicación: el problema de la circularidad o recursividad*

Cabe preguntarse, y el tema está estrechamente emparentado con la validez, si aportar criterios para la identificación de las normas jurídicas es función única de la regla de reconocimiento o es común a las restantes reglas secundarias: las reglas de cambio atribuyen potestad legislativa y regulan el procedimiento de su ejercicio aportando un criterio de validez jurídica. El mismo Hart sostiene que en sistemas jurídicos simples donde la única fuente del Derecho es la legislación la regla de reconocimiento se limita a señalar que la sanción legislativa es el único criterio de validez jurídica y lo mismo cabe decir con respecto a las reglas de adjudicación⁸⁸.

Se presentan dos tipos de problemas⁸⁹:

⁸⁷ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 127.

⁸⁸ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, op. cit., p. 75.

⁸⁹ RAMOS PASCUA, J. A.: *La regla de reconocimiento...*, op. cit., pp. 150 y ss.

- a) El de la relación entre la Regla de reconocimiento y las reglas de cambio, que en muchas ocasiones puede hacer innecesaria la existencia de la regla de reconocimiento, puesto que no necesitamos recurrir a la regla de reconocimiento una vez que hayamos reconocido las disposiciones introducidas a través de la regla de cambio, o bien “¿no habremos de concluir que la llamada regla de reconocimiento engloba a todas las reglas de cambio del sistema?⁹⁰, y
- b) El problema de la relación entre la regla de reconocimiento y las reglas de adjudicación, ya que la existencia de la regla de reconocimiento tiene como condición necesaria y suficiente el que sea generalmente aceptada por los jueces “como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas”.

Y es que cualquier persona normal identifica a los jueces mediante normas jurídicas y así lo hace también Hart, pero esto convierte su teoría en circular.

“¿Cómo puede ser la norma de reconocimiento la última norma, si el poder que ella concede a los jueces para identificar a las normas exige una previa norma de adjudicación de dicho poder? Expresado de otra manera: ¿cómo puede ser última una norma de poder, si el poder exige una norma que lo conceda?”⁹¹.

El problema procede de un presupuesto⁹², que es el sentido del concepto del poder jurídico: “el poder, si es poder jurídico, como es el poder de la regla de reconocimiento, difícilmente puede estar en una norma última, como es la regla de reconocimiento. Cosa distinta es si el poder último es el poder sociológico, el poder como hecho fundador de la primera norma válida del ordenamiento jurídico y del resto de sus normas”.

Lo cierto es que Hart no entra en el análisis del poder y la crítica al Soberano y Súbdito, en el capítulo IV, no agota

⁹⁰ RUIZ MANERO, J.: *Jurisdicción y normas...*, op. cit., p. 114.

⁹¹ SORIANO, R.: *Compendio de Teoría general del Derecho*, 2ª edición, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 59.

⁹² SORIANO, R.: *Compendio...*, op. cit., pp. 59-60.

las perspectivas, y la Regla de Reconocimiento, aunque diga que es una cuestión de hecho se queda suspendida en el aire porque no se entra en cuestiones de filosofía política.

Estas son las dificultades que plantean las doctrinas de aquellos autores que como Kelsen y Hart buscan el elemento unificador de un ordenamiento jurídico en una cierta norma suprema.

D) *El problema de la unidad o pluralidad de reglas de reconocimiento*

La regla de reconocimiento no es una regla promulgada. Sólo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los órganos de aplicación en la que se sitúa, según Hart, el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Concepción que es a la vez normativista (ya que el principio de unidad se sitúa en una regla y no en un órgano) y realista (porque la regla existe en cuanto aceptada y seguida por los órganos de aplicación).

Hart habla en plural⁹³ de la regla de reconocimiento por el carácter complejo que le atribuye en los ordena-

⁹³ Lo que ha originado ríos de tinta acerca del carácter unitario o plural de la regla de reconocimiento. Defensor de esta segunda posición es RAZ, J.: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 1970; *La identidad de los órdenes jurídicos*, en "La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral", trad de R. Tamayo, México, UNAM, 1982, pp.189 y ss. "Me parece que para contestar a la cuestión de si una determinada norma jurídica existe como tal en un cierto sistema, uno debe referirse últimamente no a una norma jurídica sino a un criterio jurisprudencial". En su artículo *La identidad de los órdenes jurídicos*, p. 116 sostiene "Esta solución cambia el énfasis hacia las instituciones aplicadoras del Derecho, y hace del reconocimiento de los órganos aplicadores una condición necesaria para la existencia de normas jurídicas. Esta vez se hace de la naturaleza institucionalizada del Derecho una parte indispensable de los criterios de identidad; una disposición jurídica es parte del sistema jurídico sólo si está reconocida por las instituciones jurídicas". En el mismo sentido se manifiesta en su obra *Practical Reasons and Norms*, Hutchinson & Co, London, 1975, p. 129: "La clave de la naturaleza sistemática del Derecho está conectada con las instituciones de aplicación del Derecho"; (p. 131): "el criterio para determinar la unidad del sistema (...) conectará con las instituciones de aplicación del Derecho; (p. 147): "la unidad del sistema depende del hecho de que contiene sólo reglas que ciertos órganos primarios están obligados a aplicar". La solución que propone, que se parece a la de Ross, puede ser objeto de las mismas críticas; C. S. NINO: *Introducción al*

mientos modernos, ya que los criterios de identificación son múltiples (constitución escrita, sanción por la legislatura, precedentes judiciales), que se encuentran en un orden de primacía o subordinación relativas, es decir aparecen diversos criterios de validez jerarquizados entre sí, por tanto, se encuentran unificados por su disposición jurídica. Y siguen quedando fuera “las disposiciones sobre la ley en general” porque no contienen los criterios últimos, sino que ellas son válidas en relación con esos criterios últimos.

Hay que señalar que el propio Hart habla en ocasiones en plural de la regla de reconocimiento, pero puede decirse que la unidad de la misma es una de las tesis centrales de su Teoría del Derecho. De acuerdo con ella, cada sistema jurídico posee una y sólo una regla última de reconocimiento.

Aunque ello no implica que establezca un único criterio último de validez jurídica. En los sistemas jurídicos desarrollados la regla de reconocimiento suele tener un carácter complejo y suele establecer varios criterios últimos de validez jurídica, pero clasificado en un orden de subordinación y primacía relativas” (Hart). De este modo, los distintos criterios están “unificados por su disposición jerárquica”, razón por la cual Hart prefiere hablar en este caso de una regla.

Lo inadecuado de una concepción de la regla de reconocimiento como pluralidad de normas es que hace imposible seguir hablando de “norma última” y para unificar esa pluralidad de normas tendremos que recurrir a otra norma o a un hecho, con el inconveniente, respectivamente de la recursividad y de fundar el deber sobre el plano del ser⁹⁴.

análisis del Derecho, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 127 y ss., desde una posición parecida a la de Raz intenta resolver sin éxito los siguientes problemas: 1) caracterizar a los “órganos primarios” de aplicación de normas sin referirse para ello a normas que los designan, incurriendo en circularidad; 2º ¿cómo saber si los diferentes órganos primarios pertenecen al mismo sistema jurídico?; 3º ¿cuándo puede decirse que una regla es reconocida por tales órganos?

⁹⁴ FALCÓN Y TELLA, M^a J.: *Concepto y fundamento...*, *op. cit.*, pp. 195 y 196.

E) *El problema del reconocimiento de principios*

Dworkin mantiene una teoría crítica a la concepción positivista hartiana del ordenamiento jurídico, como un conjunto de reglas primarias y secundarias y de la regla de reconocimiento.

La propuesta de una teoría hercúlea de la adjudicación (teoría de la única respuesta correcta) consiste en que el juez siempre encuentra respuesta correcta en el Derecho preestablecido

R. Dworkin⁹⁵ añade a las normas los principios jurídicos en su definición del Derecho —aunque R. Pound ya lo había expresado con anterioridad: además de reglas, el sistema jurídico contiene principios, expresamente reconocidos como parte del Derecho; o bien implícitos en él como explicaciones más plausibles de la existencia de sus reglas. Tales principios habrían de guiar las resoluciones de los casos difíciles, es decir, aquellos casos en los que las reglas no proporcionan solución alguna.

Junto a las normas existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen sino por su contenido y fuerza argumentativa y cuyo criterio de identificación no puede ser el test de origen. La regla de reconocimiento no serviría como criterio de reconocimiento de principios (en general, es decir todo el material jurídico). Habría que rechazar la tesis de la existencia de una regla de reconocimiento que determina qué elementos pertenecen al Derecho de una comunidad.

VI. CONCLUSIONES

La teoría de la norma de Hart es un punto de referencia obligado en la doctrina actual, que sirve a muchos para una ininterrumpida reflexión crítica sobre el sistema de Derecho y sus elementos constitutivos, de tal modo, que lo

⁹⁵ DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, 4ª reimp. (la 1ª edición es de 1984), trad. de MARTA GUASTAVINO, con “Ensayo sobre Dworkin” de A. CALSAMIGLIA, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 72 y ss.

mismo que se realizaba anteriormente con respecto a la concepción de las normas de Austin, se está llevando a cabo en la actualidad en un diálogo crítico con este autor, que, “al margen de su valor real, es sin duda una estimable caja de resonancias”⁹⁶.

Aquí laten dos cuestiones: por una parte la conceptualización ecléctica de las normas jurídicas —por parte de Hart, y de otros autores— en términos de coexistencia de normas imperativas y no imperativas, saliendo al paso de la concepción puramente imperativa y en términos de coacción realizada por Austin-Kelsen, al propio tiempo que realiza una dura crítica a la teoría predictiva, exponiendo su concepción plural del ordenamiento jurídico.

Con posterioridad, se han producido, como hemos podido comprobar múltiples críticas porque se ha considerado que sólo incluía un tipo de estándares y que su concepción del Derecho era puramente normativista. En este sentido se traduce la crítica de Dworkin, sosteniendo que existen también principios. Más adelante, sin embargo, y a partir de nuevas interpretaciones, van acoplándose nuevos elementos, apoyándose en la “textura abierta” de la regla de reconocimiento.

La teoría imperativista de las normas contempla el Derecho desde el punto de vista del poder. La norma se transforma así en un instrumento del poder que constituye la expresión de un mandato de la voluntad soberana, con independencia de la forma de gobierno. Lo que cuenta es la voluntad del gobernante, que finalmente se convierte en una teoría coactiva del Derecho y, en última instancia, estatalista.

Las teorías antiimperativistas observan el Derecho desde el ángulo de la libertad. La norma es una regla instrumental que ofrece un haz de posibilidades que el ser humano puede elegir, en base a su libertad, siempre actuando de acuerdo con su responsabilidad, y dando por supuesto que el sujeto puede o no obedecerlas, es decir, asumir el riesgo de su sanción. El Derecho se constituiría así como un valor

⁹⁶ SORIANO, R.: *Compendio de Teoría...*, op. cit., p. 55.

para la libertad, en el que la norma jurídica cumpliría la misión de constituirse en coordinadora de las libertades de todos y expresión de la libertad de cada uno.

Y que el Derecho ha de observarse en términos de libertad es incuestionable, como también lo es que la mayor parte del Derecho se realiza voluntariamente, pero creo que también es cierto que muchas normas jurídicas contienen un precepto o una prohibición. Por ello, no es posible sostener que todas las normas jurídicas son imperativos o reductibles a imperativos.

La norma es la forma de un mandato, la pauta de valoración que lleva al gobernante a dictarla, el juicio del que se sirve el jurista para explicarla, la alternativa de conducta que se impone desde el poder y elige desde la libertad responsable de cada uno. La norma es poder y libertad, juicio y mandato, valoración y alternativa⁹⁷.

Una teoría ecléctica de las normas hace referencia a las relaciones de complementariedad. Y ha sido acogida por el ordenamiento en función de su valor pragmático. La clasificación en categorías de las normas, dando por supuesto la diversidad funcional de las mismas resulta de utilidad para su estudio, ya que nos permite tener una visión de conjunto de las mismas como una clase de reglas de comportamiento social.

Las normas básicas de comportamiento encuentran apoyo en otras normas que ayudan a su eficacia o les sirven de presupuesto y que no pueden imaginarse sino desde la preexistencia de tales normas de comportamiento.

Las normas más importantes del ordenamiento jurídico, por su función y no por el orden de prelación jerárquica, son las normas de conducta o normas primarias, que son las que establecen los deberes positivos y negativos (obligaciones y prohibiciones). Y estas normas, en sociedades complejas, necesitan de normas de apoyo, normalmente llamadas normas secundarias que establecen facultades para la producción, intercambio y aplicación jurídica, los criterios de identificación de normas, las condiciones para

⁹⁷ SORIANO, R.: *Compendio de Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 66.

su desarrollo y ejecución, y los instrumentos de la eficacia de las mismas, y que se subdividen a su vez en diferentes categorías. Las normas secundarias o de apoyo se caracterizan: a) porque constituyen un conjunto no reductible a unidad por su diversidad funcional; y b) resultan ser un conjunto de normas referidas tanto a las normas de conducta como, excepcionalmente, a otras normas secundarias; una norma sancionatoria es relativa a una norma de conducta, pero una norma de identificación sirve para identificar normas primarias y secundarias. No puede decirse que todas estas normas secundarias o de apoyo sean exclusivamente normas relativas a las normas primarias (como en el caso de Hart).

El otro problema que se plantea es el de la posible existencia o no de la regla de reconocimiento y hasta qué punto tal regla confiere sistematicidad al ordenamiento jurídico.

Problema éste también espinoso y recurrente en nuestra disciplina.

La concepción de la teoría de la Regla de Reconocimiento ha sido, junto a la *Grundnorm* de Kelsen el eje alrededor del cual se ha elaborado prácticamente toda la literatura jurídica desde, al menos, la segunda mitad del siglo XX. Quizá en los últimos años se encuentre más en boga la doctrina de Hart, por cuanto es más realista y, desde luego, resulta mucho más fácil admitir la existencia de una práctica social que la de una hipotética norma fundamental⁹⁸.

⁹⁸ Algunos juristas, en el ámbito angloamericano, han realizado una crítica del carácter legalista y conservador de la tradicional "jurisprudence", y el contacto con las ciencias sociales, les ha llevado a idear modelos teóricos muy diferentes. Entre estos modelos cabe introducir, sin embargo, una distinción; y es la oposición entre el modelo *Sociología en el Derecho* y el modelo *Sociología del Derecho*. El primer modelo sería una parte del Derecho, más que una teoría del Derecho, pero el segundo modelo supone una ruptura con el Derecho positivo en el sentido de que no se toman las nociones jurídicas ni se asumen los valores jurídicos. Este tipo de debates son los que han reabierto nuevamente la aportación de Hart sobre el punto de vista interno y punto de vista externo. Ver: OST, F. y KERCHOVE, M. (van de): *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, 1987; F. OST, *Questions méthodologiques á propos de la recherche interdisciplinaire en droit*, "Revue interdisciplinaire d'études juridiques", 1981, número 6. Actualmente, y ya en el ámbito europeo, un grupo de autores intenta adoptar un punto de vista externo que respete el punto de vista interno sometiénolo a revisión crítica, con la ayuda de las ciencias sociales. Se trataría de encontrar una vía a medio camino del orden entrevisto desde el punto de vista interno, adoptando una ac-

Últimamente ha revivido la distinción establecida por Hart entre punto de vista interno y punto de vista externo, al hilo de examinar la actitud científica del jurista. El primero hace referencia a que existen una serie de criterios de validez, juridicidad y significación de las normas jurídicas que son admitidos por los juristas y aplicados por ellos y al hecho de que tanto las autoridades como los sujetos de Derecho aceptan las normas vigentes. Incluso se podría llegar más lejos, haciendo alusión a la posibilidad de interiorización de las reglas jurídicas por parte de sus destinatarios, en el sentido de adhesión a su legitimación. El punto de vista interno refleja la autoproducción dogmática tanto en el conocimiento del Derecho como en su elaboración y aplicación.

En cambio, quien se sitúa en el punto de vista externo es como un espectador, con la finalidad de someter el Derecho a un análisis crítico. Desde esta perspectiva puede tratarse de un punto de vista externo que no respete el punto de vista interno (realismo escandinavo), considerando las normas como meros hechos sociales.

Desde la primera perspectiva, aparece la metodología formalista, y en la segunda, la metodología sociológica.

Estas dos concepciones, inequívocamente reduccionistas, reflejarían la ley descubierta por Bachelard (1884-1962)⁹⁹ denominada “ley de la bipolaridad de los errores”, que consiste en aquella circunstancia por la que los obstáculos para alcanzar el desarrollo de la cultura y de la ciencia siempre se presentan contraponiendo dos alternativas reduccionistas, por lo que la historia de las ciencias, en muchas ocasiones, parece abocada a pasar, en lo que supondría un movimiento pendular constante: de la superación de un error a la caída del error opuesto. Por ello, este autor propone una nueva perspectiva “materialismo racionalista, nuevo racionalismo, racionalismo aplicado o abier-

titud que asimile el juicio externo de científicidad y el juicio interno de juridicidad, y el desorden, descrito por quienes adoptan el punto de vista externo radical. Ver: KERCHOVE, M. (van de) y OST, F.: *El sistema jurídico entre orden y desorden*, op. cit.

⁹⁹ BACHELARD, G.: *La formación del espíritu científico*, Siglo Veintiuno, 10^a edición, México, 1982.

to” que se propone como meta a alcanzar. Se propone reavivar el racionalismo, refiriéndolo al mundo empírico material¹⁰⁰.

Muchos autores, a partir de Kelsen tratan el problema de la validez jurídica de modo que dan respuesta también al viejo problema de las fuentes del Derecho. Ofreciendo los criterios que permiten identificar las normas jurídicas válidas juridifican también las fuentes del derecho, y establecen una “regla maestra” sosteniendo que de ésta derivan los criterios de validez.

De este modo, continúa vigente el ideal de un sistema jurídico, cerrado en sí mismo, y de la existencia de una norma que confiera validez a todas las que de ella derive, asegurando con ello la identidad del sistema, su organización jerárquica y dinámica, la diferenciación precisa respecto a otros sistemas, y en fin, unidad, validez y autonomía. De modo que el ordenamiento jurídico queda perfectamente cerrado, sellado y techado, aunque, como hemos podido comprobar, en la concepción de sistema de Hart, merced a la “textura abierta” de la propia regla de reconocimiento, al menos queda la posibilidad de que, finalmente, pudiera no ser tan cerrado o tan coherente.

En atención a ello, quizá donde Hart recoge mejor los problemas en los que se debate la cultura jurídica contemporánea es en el reconocimiento de la “textura abierta” del Derecho, la inevitable zona de penumbra de todo Derecho: “todas las reglas imponen, reconocen o clasifican casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros a los que ella se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible negar esta dualidad entre un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales”¹⁰¹. La “textura abierta” en esta zona de

¹⁰⁰ ITURMENDI MORALES, J.: *Prólogo* a la obra de M. VAN DE KERCHOVE y F. OST *El sistema jurídico...*, *op. cit.*, pp. 11 a 31.

¹⁰¹ HART, H. L. A.: *El concepto del Derecho*, *op. cit.*, p. 153.

penumbra atribuye a los jueces una potestad de elección, sin que la Ciencia del Derecho provea de medios suficientes para reducir ese margen de apreciación mediante el ordenamiento jurídico.

Un estudio sistematizado del Derecho es indispensable. Ello se debe en una buena medida a que las sociedades complejas muestran una necesidad técnica de previsibilidad, certeza y seguridad en el tráfico. Esto no quiere decir que la función del Derecho sea exclusivamente técnica, pero, puesto que también lo es, es imprescindible un conocimiento técnico del mismo¹⁰².

Pero no es esta la cuestión en la que reside el mayor problema. Hay que saber qué elementos se incluyen. Y ese es uno de los puntos de la discusión: ¿sólo normas?, ¿o también principios, valores, instituciones, conceptos, ...?; ¿es un sistema abierto, permeable, no encerrado en sí mismo y con muchos tipos de relaciones entre sus elementos¹⁰³, ¿o acaso es un sistema cerrado y autosuficiente? Pero después cabe hacerse otra pregunta, quizá la más importante ¿estamos sistematizando realmente el Derecho o la teoría sobre el Derecho? Y esta pregunta sólo tiene una respuesta: depende del concepto que se tenga del Derecho.

La crisis del positivismo, después de la segunda guerra mundial, impulsó la actividad judicial, que dejó de considerarse como una mera aplicación mecánica, pasando a discutirse un margen de creación judicial del Derecho, lo

¹⁰² SAAVEDRA LÓPEZ, M.: *La fundamentación kelseniana de la dogmática jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", año CXXXI, octubre, 1982, n° 4, p. 249.

¹⁰³ LUHMANN, N.: *Sociología del Diritto*, Laterza, Bari, 1977; *Sistema jurídico y Dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983; *El enfoque sociológico del Derecho*, en "Anales de la Cátedra Francisco Suárez", 25/1985, pp. 93 y ss. Este autor hace referencia a un sistema jurídico como autopoietico, es decir auto-organizado y auto-producido, teniendo en cuenta que el Derecho sólo dispone de una autonomía "relativa". Un sistema autopoietico es cerrado (en el Derecho su clausura es normativa), pero con apertura cognitiva, dependiente de la evolución de las circunstancias exteriores, lo que le permitiría abrirse al entorno, pero, no siendo autónomo, no se podrían determinar de antemano el contenido de todas las decisiones judiciales.

que encendió nuevamente el debate sobre la utilidad de la existencia de la unidad interna del ordenamiento jurídico.

Derecho y Sociedad, Orden social y orden jurídico tienen múltiples interacciones. El Derecho no es sólo “orden de lo coercitivo”, “regla de conducta”. No se limita a regular los comportamientos de pena o sanción. El Derecho es un instrumento de realización y expansión de los individuos; por ello protege la salud pública, la calidad del entorno, la vida privada, ordena la familia, mantiene el orden en el grupo y garantiza los derechos y libertades, reduce la desigualdad de oportunidades, garantiza la seguridad de las transacciones particulares, resuelve los entuertos, reconoce y ordena la propiedad privada, y para ello utiliza una diversidad de técnicas: prevé la compensación de daños, aplica penas represivas o medidas equivalentes, otras veces recurre a la regulación administrativa, proporciona marco a las actividades, crea servicios públicos, etc.

¿Y qué decir de la regla de reconocimiento?

Claro que previamente habría que aclarar a qué regla de reconocimiento nos estamos refiriendo, ya que los autores no se ponen de acuerdo al respecto, situándola en uno u otro artículo de la Constitución o en alguna sentencia del Tribunal Constitucional, mientras que otros afirman que la identificación de un ordenamiento jurídico no puede resolverse de forma intrasistemática¹⁰⁴.

Otros autores¹⁰⁵, sin embargo, abogan por su ausencia de necesidad, ya que existen normas secundarias para identificación de otras normas (normas de fuentes) “y porque una norma de conducta o primaria puede imponer a los jueces el deber de reconocerlas. Por otra parte, creo que la norma fundamental no es una norma presupuesta y válida (Kelsen) o como norma de reconocimiento (Hart), sino un principio fundamentador como es la soberanía del pueblo en las sociedades democráticas; soberanía que en calidad de principio fundamentador incorpora las notas

¹⁰⁴ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: *Las piezas del Derecho...*, op. cit., p. 175.

¹⁰⁵ SORIANO, R.: *Compendio...*, op. cit., p. 69.

distintivas de la tradición jurídica: la *potestas* y la *auctoritas*: el poder de fundamentar y la autoridad de ser reconocido como tal dicho poder”.

Como podemos observar, se muestra extraordinariamente contradictorio el ámbito de aceptación de una regla de reconocimiento e incluso su localización y utilidad.

La creciente complejidad tanto de la configuración interna de los sistemas jurídicos, como de la trama de relaciones entre sistemas jurídicos diversos (piénsese en el constante aumento del papel que juega el Derecho internacional, en el crecimiento de las relaciones jurídicas transnacionales, en el difícil encuadre categorial de las relaciones entre derecho comunitario y sistemas nacionales, etc.) hacen cada vez más dificultosa la aplicación de los esquemas, en el fondo muy simples, de la teoría general del derecho de raigambre formalista¹⁰⁶.

¹⁰⁶ LA TORRE, M.: *Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea*, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, 16, 1993, pp. 75-76.