

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Universidad Carlos III de Madrid



PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“La Regla de Reconocimiento como elemento normativo
fundamental en el planteamiento positivista de H.L.A. Hart”**

Andrés Murcia González

Alumno del Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Regla de reconocimiento, Hart, positivismo jurídico.

Número: 7 Año: 2010

ISSN 2171-8156

La regla de reconocimiento como elemento normativo fundamental en el planteamiento positivista de H.L.A. Hart¹

Andrés Murcia González²

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS CONCEPTUALES DE H.L.A. HART. A. La Filosofía analítica del lenguaje ordinario. B. Las nociones de regla social y de obligación jurídica. C. El punto de vista interno y el punto de vista externo frente a las reglas. D. La distinción entre reglas primarias y secundarias. La regla de reconocimiento. E. La “textura abierta” del Derecho. F. La discrecionalidad judicial. G. El contenido mínimo del Derecho natural. III. CARACTERÍSTICAS DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE H.L.A. HART. IV. ALGUNAS CRÍTICAS EN RELACIÓN CON LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. EL PLANTEAMIENTO DE INSUFICIENCIA PARA DAR CUENTA DE LO JURÍDICO FORMULADO POR R. DWORKIN.

I. INTRODUCCIÓN

El positivismo jurídico constituye una de las principales teorías del Derecho de nuestro tiempo y, junto con el iusnaturalismo, ha venido determinando buena parte de las controversias propias del área de conocimiento que ahora nos ocupa.

Inspirados en la obra de T. Hobbes, el positivismo encuentra un amplio desarrollo en el siglo XIX a través de J. Bentham y J. Austin. Bentham definió la validez del Derecho por su disposición por una autoridad competente y rechazó una vinculación entre este instrumento normativo y la moral. Por su parte, Austin plantea la denominada *teoría imperativista* que entiende el Derecho como el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas emanadas de un soberano.

¹ *Paper* elaborado en el contexto del Taller de Teoría del Derecho Iª edición 2009/2010 (“Concepciones actuales del Derecho”), organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del programa Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”.

² Alumno del Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid.

En el siglo XX, el positivismo es objeto de revisión por parte de H. Kelsen y H.L.A. Hart que consideran insuficientes los planteamientos decimonónicos para dar cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico y quienes, ante esta insuficiencia, elaboran sus principales construcciones teóricas reflejadas, en buena medida, en sus obras fundamentales *La Teoría pura del Derecho* y *El Concepto de Derecho*, respectivamente.

Para A. Casamiglia las dos tesis más importantes del positivismo conceptual, reflejadas en la obra de Hart, vendrían a ser: la tesis de las *fuentes sociales del derecho* y la *no conexión necesaria entre el Derecho y la moral*³.

En relación con la *tesis de las fuentes sociales del Derecho* se entiende, siguiendo a Jiménez Cano, que “para que el Derecho exista debe constatarse alguna forma de práctica social que determine las fuentes o criterios últimos de validez del sistema jurídico (...) (lo que en definitiva) no quiere decir otra cosa que el origen de todo Derecho es siempre un hecho: por ejemplo, una ley, una costumbre o una decisión judicial”⁴. Por su parte, la *tesis de la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral*, los distingue como dos órdenes normativos distintos que pueden influenciarse de manera recíproca pero cuya conformidad no es requisito esencial para afirmar la existencia de uno u otro.

La obra de Hart al observar estas dos premisas se enmarca dentro del positivismo jurídico, resultando no sólo paradigmática en tanto que fiel reflejo de esta corriente, sino siendo, además, considerada como “el mejor de los positivismos” por importantes teóricos críticos como R. Dworkin.

En este breve escrito describiré, en primer lugar, las principales herramientas conceptuales presentes en la obra de Hart. En segundo lugar, señalaré las características propias de su regla de reconocimiento, y, finalmente enunciaré algunas de las principales objeciones realizadas a su planteamiento, destacando la crítica dirigida por R. Dworkin que, tal y como se verá más adelante, no sólo pretende poner en riesgo a la

³ CASAMIGLIA, A., “Postpositivismo” Publicado en *DOXA* n° 21-I, Universidad de Alicante, 1998, pág. 209.

⁴ JIMÉNEZ CANO, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2007, pág. 223.

teoría de la regla de reconocimiento sino que también cuestiona a las propias premisas del positivismo jurídico.

II. LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS CONCEPTUALES DE H.L.A. HART

A. La Filosofía analítica del lenguaje ordinario.

Hart desempeñó en los primeros años de su carrera la profesión de abogado pero, tras la segunda guerra mundial, decide vincularse a la actividad académica en la Universidad de Oxford. Durante su periodo como profesor y catedrático en la citada institución recibió una notable influencia de la denominada *Filosofía analítica del lenguaje ordinario* cuyo principal exponente era el austriaco L. Wittgenstein.

Para la filosofía analítica, según Ramos Pascua, “tras cada problema filosófico se oculta un embrollo lingüístico, un uso abusivo de la lógica del lenguaje, y su solución depende de que el análisis lo detecte. Una vez detectado gracias a una mejor penetración en el modo de trabajar de nuestro lenguaje, el problema se disuelve por sí mismo (...) La función de la filosofía no es, por tanto, aportar nuevos datos, explicar nada, ni elaborar teoría alguna. Se limita a conseguir la claridad completa mediante una simple descripción que lo ponga todo delante sin explicar ni inferir nada de ello”⁵. Es decir, para la filosofía analítica los problemas obedecen a una deficiente comprensión de la lógica del lenguaje, comprensión que, en caso de subsanarse, permite el conocimiento. De ahí que para ofrecer un concepto de Derecho, Hart acuda al análisis minucioso de expresiones tales como: “*verse obligado a (being obliged to) hacer algo*” o “*estar obligado a (being obligated to) hacerlo*”.

Suficiente claridad en relación con la vinculación filosófica del autor nos ofrecen sus palabras en el prefacio de su principal obra, en el que afirma que “la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un

⁵ RAMOS PASCUA, J., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 105-106.

examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa”, y citando a L. Austin concluye que “podemos usar una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”⁶.

B. Las nociones de regla social y de obligación jurídica.

En su análisis jurídico, Hart pone de manifiesto que en toda sociedad se repiten ciertos comportamientos por parte de la mayoría de sus miembros, en determinadas circunstancias. Esta praxis social da lugar a *hábitos de conducta* o a *reglas sociales*.

La diferencia entre unos y otros radica en que en lo que respecta a las *reglas sociales* (a diferencia de los meros hábitos) la conducta impuesta se considera exigible, su realización implica cierto grado de sacrificio y la desviación se estima como falta desencadenante de críticas y presiones que se asumen como legítimas y justificadas.

Dentro del subconjunto de *reglas sociales* hay una clase específica que se corresponde con las *reglas obligatorias* u *obligaciones jurídicas* que podrían diferenciarse, por ejemplo, de las reglas de etiqueta o del habla correcta, pues conllevan una exigencia general a favor de la conformidad *insistente* y una presión social sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo *grande*. Además, añade el autor que “las reglas sustentadas por esta presión social sería son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor”⁷.

En resumen, en toda sociedad se repiten determinados comportamientos que pueden considerarse hábitos, reglas o, más específicamente, obligaciones jurídicas. La distinción entre estas categorías deberá realizarse atendiendo a la intensidad de la exigencia de conformidad y a la reacción ante las eventuales desviaciones,

⁶ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, Trad. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, págs. XI-XII.

⁷ Ídem, págs. 107-108.

correspondiendo a las obligaciones jurídicas el mayor grado de insistencia en su observancia y las más severas sanciones en el caso de incumplimiento.

C. El punto de vista interno y el punto de vista externo frente a las reglas.

Para la correcta comprensión del concepto de obligación jurídica en la teoría de Hart, es importante destacar la distinción que entre *punto de vista interno* y *punto de vista externo* introduce el autor en relación con las reglas. Esta distinción ha sido valorada como una de sus principales contribuciones en la tarea de definición de lo jurídico.

El *punto de vista externo* es aquel que se corresponde con un observador que aprecia ciertas regularidades en la conducta de los miembros de una determinada sociedad sin verse condicionado por ellas. Por ejemplo, un sociólogo que llega a la conclusión de que la normativa en materia de tráfico en Inglaterra ordena que los vehículos circulen por la izquierda. Por el contrario, el punto de vista interno ante las reglas es el adoptado por aquellos que las aceptan y las usan como guía, pauta o criterio de su propia conducta y de los restantes miembros de la comunidad, tal sería el caso de un ciudadano español que estima como obligatoria la presentación de su declaración de IRPF antes del 1 de julio de cada año, obligación extensible a todos los obligados tributarios que residen en el territorio del Estado.

En concreto, Hart considera que “cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta (punto de vista externo), o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guía de conducta (punto de vista interno)”⁸.

A efectos de clarificar estos conceptos resulta interesante la analogía que establece el Jiménez Cano, siguiendo a José Juan Moreso, en relación con la institución de la costumbre jurídica. Al respecto señala que “Si se hace un paralelismo *mutatis mutandis* (...) el aspecto externo de una regla equivaldría al elemento objetivo o material de la

⁸ Ídem, págs. 110-111.

costumbre, esto es, al hecho de la repetición uniforme y constante en el tiempo del comportamiento. Por su parte, el aspecto interno se correspondería con el elemento subjetivo o espiritual u *opinio iuris* del Derecho consuetudinario, es decir, con la opinión de que tal comportamiento vale como jurídicamente obligatorio. Esto en lo concerniente a las reglas, coincidiría con la legitimidad de la crítica a la desviación, así como con la exigencia del comportamiento deseado. Una costumbre en Derecho es mero hábito si falta la *opinio iuris*; en similar sentido, una regla no es regla sino mero hábito si carece de aspecto interno”⁹.

Por último, en relación con este tema es importante apuntar que la doctrina ha identificado un tercer punto de vista, el *punto de vista hermenéutico*, planteado N. MacCormick que se correspondería con aquel de quien acepta la validez de las normas pero sin comprometerse con ellas.

D. La distinción entre reglas primarias y secundarias. La regla de reconocimiento.

Frente a la *teoría imperativista* de Austin de “órdenes respaldadas por amenazas”, a la que considera insuficiente, Hart propone un modelo de Derecho configurado por reglas primarias y secundarias.

Para él, las reglas primarias “imponen deberes y (...) se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos”¹⁰. Un buen ejemplo de regla primaria podría ser aquella disposición civil que obliga al pago del precio como contraprestación a la entrega de un bien en la compraventa.

Pero un sistema compuesto exclusivamente por reglas primarias (que podría darse en sociedades primitivas) adolecería de varios defectos: una falta de *unidad* y de *certeza* porque no se dispondrían de los criterios suficientes para determinar cuales reglas son válidas y, por tanto, pertenecientes al sistema; un *carácter estático*, pues las reglas no

⁹ JIMÉNEZ CANO, R., “Problemas abiertos de la regla de reconocimiento” En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 10, julio de 2009, pág. 84.

¹⁰ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, citado, pág. 101.

podrían modificarse fácilmente para adaptarlas a circunstancias sobrevenidas; y una *limitada presión social* que resultaría ineficaz para sancionar los incumplimientos.

Ante esta situación, en *El Concepto de Derecho* se plantea la necesidad de contar con reglas secundarias que confieran potestades públicas o privadas y que subsanen los defectos antes descritos en los siguientes términos:

- (i) “La forma más simple para la falta de certeza del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una ‘regla de reconocimiento’ (‘rule of recognition’). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo”¹¹.
- (ii) “El remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos ‘reglas de cambio’. La forma más simple de tal regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores”¹², y
- (iii) Para subsanar la insuficiencia de la presión social ante las desviaciones se introducirán las denominadas “reglas de adjudicación” que “facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”¹³, identificando a los individuos que pueden juzgar y el procedimiento que habrá de seguirse en tal caso.

¹¹ Ídem, pág. 117.

¹² Ídem, pág. 118-119.

¹³ Ídem, pág. 120.

E. La “textura abierta” del Derecho.

Frente a la pretensión de absoluta seguridad jurídica propia de escuelas como la de la exégesis francesa que postula que el juez debe limitarse a ser la “boca de la ley” en tanto que ella ofrece todas las respuestas, Hart reconoce que para el Derecho es imposible prever de forma anticipada las numerosas circunstancias que el futuro puede presentar.

Atendiendo al recurrente ejemplo de la prohibición de circulación de vehículos en los parques públicos (en el que se presenta la duda de si las bicicletas han de entrar en dicha categoría), el autor concluye que las reglas tendrán, junto a un núcleo de significado claro, un margen fronterizo de mayor o menor indeterminación propio de todo fenómeno jurídico al que denominará la *textura abierta* del Derecho.

En consecuencia propone “abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta (...) cualquiera sea la técnica, precedente o legislación que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas”¹⁴.

El reconocimiento de la *textura abierta* (que será predicable de la propia regla de reconocimiento) implica el convencimiento de que en el ordenamiento las lagunas siempre estarán presentes. Esta insubsanable irregularidad del sistema, si bien matiza el concepto de seguridad jurídica, se aproxima con estimable precisión a la realidad de la práctica jurídica, fundamentalmente en los razonamientos de jueces y abogados ante “casos difíciles”.

¹⁴ Ídem, págs. 158-159.

F. La discrecionalidad judicial.

Como consecuencia necesaria de la *textura abierta* del Derecho, para Hart cuando un acto o un hecho no encajan total o parcialmente en el supuesto de la norma, el juez goza de un amplio espacio de discrecionalidad que le faculta para resolver el litigio atendiendo a una serie de criterios, en todo caso razonables e imparciales, pero de naturaleza manifiestamente extrajurídica.

Cuando existen casos poco claros, el autor no postula la necesidad de llevar a cabo valoraciones morales del Derecho dentro del propio ordenamiento, mas bien, considera que al juez le asiste la capacidad para recurrir a criterios extrajurídicos, pues cuando comienza la valoración termina el Derecho. Así, el sistema de reglas propuesto no pretende ser un sistema completo y sin lagunas, sino, por el contrario, se sostiene que el ordenamiento, en determinados casos, deberá complementarse atendiendo a las consideraciones políticas, morales o de cualquier otra naturaleza que resulten oportunas pero que, bajo ninguna circunstancia, vendrían a constituir Derecho.

G. El contenido mínimo del Derecho natural.

En el Capítulo IX del Concepto de Derecho, Hart partiendo de la premisa de que el objetivo normal o natural de una sociedad es la supervivencia, concluye que existen ciertas reglas de conducta que toda organización social debe seguir para ser viable. A estas reglas se refiere con el término de *contenido mínimo del Derecho natural*.

Para E. Fernández “tales reglas constituyen de hecho un elemento común al Derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social”¹⁵.

Este *contenido mínimo del Derecho natural* se formula a partir de la constatación de una “verdad obvia” de la que se deriva un contenido jurídico específico:

¹⁵ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1991, pág 70.

- (i) Del hecho de la vulnerabilidad humana se deriva el mandato de la prohibición del asesinato y del homicidio.
- (ii) De la igualdad aproximada entre los individuos se deriva la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas.
- (iii) Del altruismo limitado del hombre derivan determinadas disposiciones para la garantía de la supervivencia y bienestar de sus semejantes.
- (iv) Del hecho de que los recursos disponibles son limitados derivaría alguna forma mínima de propiedad que no necesariamente sería la institución de la propiedad individual, y
- (v) Frente a la capacidad de comprensión y fuerza de voluntad limitadas de los seres humanos se reclama la cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo.

III. CARACTERÍSTICAS DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE H.L.A. HART

Dentro de las reglas secundarias, tal y como se apuntó con anterioridad, se encontrarían para Hart: las *reglas de cambio*, las *reglas de adjudicación* y la *regla de reconocimiento*. Estas reglas vendrían a coincidir, en alguna medida, con las “normas para la identificación de normas” en la terminología de N. Bobbio, que incluirían: las normas que establecen los límites espacio-temporales de la validez; las normas sobre la interpretación y aplicación de normas válidas; y las normas sobre las fuentes.

La regla de reconocimiento desempeña la función de determinar los criterios que las normas deben respetar para ser consideradas válidas jurídicamente e integrantes, por tanto, del ordenamiento. En términos de Hart: “decir que una norma es válida es

reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema”¹⁶.

Ramos Pascua en su descripción de la teoría hartiana representa esta función indicando que: “cuando existe una regla de reconocimiento generalmente aceptada como criterio común y público de decisiones judiciales correctas, todas las normas que a través de ella pueden identificarse se consideran jurídicamente obligatorias sin necesidad de esperar a verificar si cada una de ellas es aceptada ni si concurren en cada una las tres características adicionales que debe reunir toda regla obligatoria (fuerte presión, sanción justificada y cierto nivel de sacrificio)”¹⁷.

En cuanto a las características de esta regla de reconocimiento, debemos enunciar las siguientes:

- (i) La *regla de reconocimiento* es una “regla última”, en el sentido de que no depende de los criterios de validez establecidos por ninguna otra regla y, además, configura al derecho como sistema. En términos de Hart esta regla “proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero (...) no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas”¹⁸.
- (ii) La *regla de reconocimiento*, a diferencia de las demás reglas del ordenamiento, no es válida ni inválida sino aceptada como criterio para identificación de lo jurídico fundamentalmente por los jueces y tribunales, aunque también por los particulares. Al respecto, en *El Concepto de Derecho* se sostiene que: “Dentro de un sistema de reglas, donde el status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida”¹⁹ sino que, por

¹⁶ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, citado, pág. 129.

¹⁷ RAMOS PASCUA, J., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, citado, pág. 147.

¹⁸ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, citado, pág. 138.

¹⁹ Ídem, pág. 135.

el contrario, sólo 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”²⁰.

- (iii) La *regla de reconocimiento* constituye parte integrante del Derecho y es además verificable en la práctica del orden jurídico de que se trate. “El argumento a favor de llamar Derecho a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello digna de ser llamada ‘Derecho’”²¹.

IV. ALGUNAS CRÍTICAS EN RELACIÓN CON LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. EL PLANTEAMIENTO DE INSUFICIENCIA PARA DAR CUENTA DE LO JURÍDICO FORMULADO POR R. DWORKIN.

La regla de reconocimiento hartiana ha sido, al igual que la *Grundnorm* de Kelsen, objeto de importantes críticas en aspectos tales como:

- (i) La posibilidad de reducirla a las reglas de cambio o normas sobre la producción jurídica, lo que vendría a contradecir su condición de regla última del sistema.
- (ii) El problema de una eventual circularidad en su planteamiento, defecto que viene dado por el hecho de que para identificar a la regla de reconocimiento debemos atender a la práctica concordante de los jueces y tribunales, operadores que ejercen su competencia a partir de unas reglas de adjudicación cuya validez depende, a su vez, de la propia regla de reconocimiento.

²⁰ Ídem, pág. 137.

²¹ Ídem, pág. 139.

- (iii) El debate entorno a si en los ordenamientos jurídicos actuales existe una única *regla de reconocimiento* o una pluralidad de las mismas, a pesar del planteamiento de Hart de que dicha regla se limita a especificar y jerarquizar los criterios últimos de validez que dan origen a una regla compleja pero no por ello múltiple.

El contenido de estas discusiones resulta interesante pero, ante la imposibilidad de abordarlas detalladamente, es conveniente concentrarnos en la crítica, desde mi punto de vista fundamental, formulada por R. Dworkin en “El modelo de las normas (I)” acerca de la incapacidad de la *regla de reconocimiento* para identificar los elementos jurídicos válidos de un ordenamiento.

El positivismo de Hart es criticado por Dworkin en tanto que insuficiente para explicar el fenómeno jurídico. Los criterios de la *regla de reconocimiento*, en principio, formales o basados en el pedigrí de las normas son, para él, incapaces de proporcionar una representación completa del Derecho.

En “El modelo de las normas (I)” se afirma que “cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”²².

Dworkin define *directriz política* como “el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”²³, y llama *principio* a “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión

²² DWORKIN. R., *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 72.

²³ Ídem, pág. 72.

de la moralidad”²⁴. Estos estándares implicarían un cierto sentido de conveniencia desarrollado a lo largo del tiempo.

La diferencia entre las *reglas* y los *principios* vendría a ser de tipo lógico y se fundamentaría en los siguientes elementos: (i) la función de las reglas con base en un “todo o nada”; (ii) la dimensión de peso que caracteriza a los principios; y (iii) la identificación de estos principios jurídicos como principios morales.

Partiendo de la evidente imposibilidad del legislador para regular todas las situaciones que pueden tener lugar en la vida social, Dworkin considera fundamental la naturaleza que se otorgue a los principios desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la necesaria separación de poderes propia de la democracia.

En relación con este asunto se señalan dos opciones. Por una parte, se puede negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma forma en lo son las reglas. Ante esta posibilidad tendríamos que afirmar que en los casos difíciles (por ejemplo, *Riggs* o *Henningsen*), el juez va más allá del Derecho aplicando si así lo estima conveniente, principios extrajurídicos. No obstante, existe una segunda opción a la que adhiere Dworkin que consiste en “tratar a los principios jurídicos como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como Derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que (...) por lo menos, el Derecho incluye tanto principios como normas”²⁵.

Según Jiménez Cano, la crítica expuesta consiste “en afirmar que la regla de reconocimiento, cuyo propósito es identificar las normas de un sistema jurídico, es incapaz de tal fin, puesto que no sirve para identificar los ya citados principios. La regla de reconocimiento suministra sólo criterios formales de validez, es decir, criterios relativos al origen o pedigrí de las normas. Por el contrario, los principios –que son normas que obligan jurídicamente y parte esencial de Derecho- no pueden ser identificados por medio de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento por la sencilla razón de que los principios se reconocen por criterios de contenido moral,

²⁴ Ídem, pág. 72.

²⁵ Ídem, pág.73.

y no por criterios formales, relativos a su pedigrí u origen (...) Así, si la regla de reconocimiento no sirve para identificar los estándares jurídico es sencillamente porque éstos no se pueden distinguir en último término de otras normas sociales, como son las morales”²⁶.

Este planteamiento que cuestiona el fondo de las dos tesis fundamentales del positivismo: la *tesis de las fuentes sociales del Derecho* y la *tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral*, se responde desde el propio Hart, argumentando que no hay inconveniente alguno en admitir una regla de reconocimiento que identifique directamente ciertos principios por su contenido y los instituya como criterios de validez dando lugar al denominado “positivismo suave” pero esta inclusión sólo es *posible* pero, en ningún caso, *necesaria* y tampoco implica una ruptura de la concepción neutral de regla obligatoria.

En la entrevista concedida a Juan Ramón de Páramo, en una actitud de clara defensa de sus posiciones, Hart sostiene que: “la mayoría de mis críticos rechazan la idea de que el concepto de obligación jurídica sea moralmente neutral, o que las obligaciones morales y jurídicas sean conceptualmente distintas. En los términos de mi nueva teoría, las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas o principios morales. Aunque lo que es jurídicamente obligatorio puede ser también y es a menudo moralmente obligatorio, sus conexiones, cuando sucede así, no son necesarias ni conceptuales, sino contingentes. De este modo, un hombre puede tener una obligación jurídica para comportarse de cierta forma cuando no existe razón moral alguna para hacerlo y buenas razones morales para actuar de forma contraria (...) Pienso que la mayoría de mis críticos consideran que si abandonase simplemente mi punto de vista de que el concepto de obligación jurídica es moralmente neutral, podría ofrecer una teoría normativa inteligible de la obligación, sosteniendo que es inútil insistir en la idea de que un hombre tiene la obligación jurídica de comportarse de cierto modo cuando no existen incluso razones morales *prima facie* por las que debería actuar así (...)”²⁷ pero esta es una concesión que el teórico no esta dispuesto a realizar. Para Hart, en definitiva, la relación entre Derecho y moral no es una relación

²⁶ JIMÉNEZ CANO, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, citado, págs. 227-228.

²⁷ DE PÁRAMO, J., “Entrevista a H.L.A. Hart” En: *DOXA* nº 5, Universidad de Alicante, 1988, pág. 345.

necesaria y nada impide que en la *regla de reconocimiento* se incluyan criterios materiales de validez.

En relación con esta tesis del “positivismo suave”, Dworkin ha apuntado que “ofrece el atractivo de la paradoja, pero, por supuesto, es una rendición incondicional. Si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento con la frase ‘el conjunto completo de principios en vigor’, a lo único que llegamos es a tautología de que el Derecho es el Derecho. Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del Derecho, pues no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir”²⁸.

En lo que respecta a la relación conceptual entre Derecho y moral, considero importante tener en cuenta que la presencia de los principios como estándares propios de la labor jurídica parece evidente y que la penetración de la moral a través de ellos es una tesis interesante. Quizás no estemos hablando de una moral objetiva pero sí de una moral convencional que debe hacerse presente en un ordenamiento para que éste sea eficaz. De ahí que resulte plausible el objetivo de E. Fernández relativo a la conveniencia de “defender que entre el Derecho y la moral se da una conexión necesaria dentro de una flexible, aunque pueda ser delimitada, distinción y diferenciación de planos, problemas y contenidos. Ambos fenómenos sociales deben ser diferenciados como tipos distintos de control social pero, en ningún caso, es posible su separación tajante”²⁹.

En definitiva, en mi opinión, sería necesario para una correcta definición de lo que entendemos por Derecho aceptar que en el razonamiento jurídico de una u otra forma están presentes consideraciones morales que más que necesarias son ineludibles y que ponen de manifiesto una vinculación, al menos parcial, entre estos dos sistemas normativos. Sin embargo, tras esta reflexión, es importante interrogarnos acerca de qué tipo de moral está detrás de este planteamiento: ¿una moral social que puede reconducirse a hechos, una moral que podemos estimar como correcta pero que es el

²⁸ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, citado, pág. 99.

²⁹ FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, citado, pág. 47.

resultado de un proceso de construcción humano o una Moral objetiva cuyos contenidos serían, en todo caso, inmutables?