

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE
LAS CASAS**

Universidad Carlos III de Madrid



**PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL
DERECHO**

“La Regla de Reconocimiento de H.L.A. Hart”

Rubén García Higuera

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: 8 Año: 2010

ISSN 2171-8156

LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE H.L.A. HART¹

RUBÉN GARCÍA HIGUERA²

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es exponer la teoría de la 'regla de reconocimiento' de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992). Como sabemos, Hart es uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, representante destacado del positivismo jurídico contemporáneo, y se encuentra en la tradición del utilitarismo y de la teoría analítica del Derecho.

La regla de reconocimiento es uno de los elementos más importantes de su teoría, ya que es el instrumento con el que pretende resolver el tema de la identificación del Derecho, esto es, del Ordenamiento jurídico que rige en un determinado territorio y de las normas válidas que lo forman. Esto supone reflexionar sobre el fundamento último del Derecho, tema central para la Teoría del Derecho, y en el que se encuentran imbricados los problemas fundamentales de la Filosofía del Derecho, debido a que, como indica el profesor Ramos Pascua, «al plantearse e intentar resolverlo resultan implicados otros problemas básicos, tales como la obligatoriedad jurídica, el de las llamadas fuentes del Derecho, el de la consideración del orden jurídico como 'sistema', el de las relaciones entre el Derecho y la moral y, en último extremo, el del propio concepto de Derecho como conjunto de normas determinable en función de ciertos criterios»³.

Hart afronta el problema de la validez desde un punto de vista que se situó a medio camino entre la teoría kelseniana de la 'norma fundamental' y el sociologismo y el empirismo de los realistas, a pesar de que formalmente construye su concepción como superación de la teoría de J. Austin. Según el pensamiento de Kelsen, una norma jurídica es válida cuando ha sido creada de acuerdo a lo dispuesto en otra norma superior válida. Sin embargo, como la remisión en la cadena de validez a otras normas no puede ser infinita, el intento de fundamentar la validez de la última norma positiva debe necesariamente vincularse, o bien a una norma presupuesta, o bien a un criterio extrajurídico. Kelsen, por el peso que la filosofía neokantiana y su distinción 'ser-deber ser' tienen en su pensamiento, recurre a una norma presupuesta, la 'norma fundamental', que estimaba como necesaria aceptar para poder interpretar como normas jurídicas válidas determinadas reglas que rigen la conducta humana. No obstante, esta doctrina kelseniana fue objeto de numerosos comentarios y críticas, donde fundamentalmente se la atacaba por su artificiosidad. La teoría de la regla de reconocimiento de Hart supone, en cierta medida, una reformulación de la norma

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.

³ RAMOS PASCUA, J. A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 17.

fundamental kelseniana⁴, utilizando un nuevo aparato filosófico, la filosofía analítica del lenguaje, y tratando de evitar el principal defecto de la norma fundamental, su carácter hipotético. Para ello, Hart sustenta la existencia de la regla de reconocimiento en un *hecho*, «una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterio»⁵. No es una hipótesis, y tampoco se puede plantear su validez, simplemente es aceptada para ser usada para identificar las normas de un sistema eficaz.

II. LA TEORÍA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

A. Crítica a la teoría de J. Austin

Hart utiliza la teoría del Derecho de John Austin como punto de partida para, a partir de la crítica a ésta, ir perfilando su respuesta a las cuestiones de existencia y de normatividad del Derecho. La teoría de la soberanía de Austin está asentada sobre criterios empíricos, relación de subordinación y obediencia habitual de la población con respecto al soberano, y el Derecho es concebido como un conjunto de órdenes dictadas por el soberano o sus delegados a sus súbditos que están respaldadas por la amenaza de sanción en caso de comportamiento desviado. Esta teoría es denominada por Hart 'modelo simple' y podríamos resumir su visión del Derecho entorno a cuatro conceptos básicos: órdenes, amenazas, hábito general de obediencia y soberano⁶. El modelo simple es formulado por Hart del siguiente modo: «...dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si de acuerdo con Austin, llamamos "soberano" a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen aquél»⁷.

Hart critica este modelo desde dos puntos de vista. Por un lado, muestra que no todas las leyes ordenan al pueblo hacer o no hacer cosas, sino que también existen leyes que fundamentalmente confieren poderes a los particulares -como las que conceden potestad para otorgar testamento-, y leyes que confieren poderes a los funcionarios -por ejemplo, las normas que especifican el objeto y contenido de la jurisdicción del juez-⁸. Por otro lado, critica la teoría de la soberanía de Austin, que como hemos visto se basaba en la idea de un soberano que se caracterizaba afirmativa y negativamente por referencia al *hábito de obediencia*. Hart considera que esta teoría no explica el carácter *continuo* de la autoridad para crear Derecho que posee una sucesión de legisladores

4 Como señala RAMOS PASCUA, «si bien no es mera reproducción de la norma fundamental, dado que recibe una muy diferente configuración, cumple una función muy semejante, al tiempo que intenta evitar los defectos en que incurría aquella y que la crítica había puesto claramente de relieve», *Ibid.* p. 28.

5 HART, H. *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 137.

6 ROBLES MORCHÓN, G., "Hart: algunos puntos críticos", *DOXA*, n° 21-II, 1998, p. 383.

7 HART, H., *op. cit.*, p. 32.

8 ROBLES MORCHÓN, G., *op. cit.*, p. 384.

diferentes y la *persistencia* de las normas mucho después que su creador y quienes le prestaban obediencia habitual han desaparecido⁹. También cuestiona el carácter ilimitado e ilimitable que la teoría de Austin atribuía al soberano. Esto lleva a Hart a buscar el fundamento del sistema jurídico, al igual que Austin, en un *hecho*, pero no ya en la existencia de un soberano, sino en la de un determinado tipo de regla social, la regla de reconocimiento¹⁰.

B. Del *modelo simple* al *modelo complejo*

Frente al modelo simple Hart propone el autodenominado modelo complejo, ya que considera que el modelo simple, basado en la idea del Derecho como órdenes coercitivos, no responde a la variedad de normas jurídicas que nos encontramos en los sistemas jurídicos modernos. Por ello, el profesor de Oxford introduce la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, y propone concebir el Derecho como la unión de estos dos tipos de reglas. Así, existirían dos tipos de reglas: las primarias, cuya función es imponer deberes; y las secundarias, cuya función no es exigir deberes sino establecer elementos distintos, que tienen en común el ser elementos en relación con las reglas primarias.

Hart clasifica a las reglas secundarias en reglas de *reconocimiento*, de *cambio* y de *adjudicación*. Cada uno de estos tres tipos de reglas secundarias viene a solucionar los principales defectos que Hart encuentra en el denominado modelo simple, únicamente compuesto por reglas primarias: falta de certeza, cualidad estática, ineficiencia de la presión social difusa ejercida para hacer cumplir las reglas. La falta de certeza se remediaría mediante «la introducción de lo que llamaremos una *regla de reconocimiento* [la cual] 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»; la cualidad estática se remediaría mediante «la introducción de lo que llamaremos *reglas de cambio* que faculden a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias [...] y a dejar sin efecto las reglas anteriores»; la ineficiencia de la presión social difusa se remediaría mediante la introducción de *reglas de adjudicación* «que faculden a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria»¹¹.

C. La regla de reconocimiento como remedio para la falta de certeza

Como hemos visto en el apartado anterior, la principal diferencia entre el modelo simple y el complejo reside en que este último está compuesto por la unión de reglas primarias y secundarias. Dentro de las reglas secundarias hay una que sobresale por la importancia que tiene como fundamento del orden jurídico: la regla de reconocimiento. Mientras que el fundamento del orden jurídico en el modelo simple consiste en un mero hecho (la obediencia generalizada al soberano), en el modelo complejo consiste en un regla (la regla de reconocimiento).

«La regla de reconocimiento servirá, entonces, para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una

9 Véase el desarrollo completo de la crítica de HART en *El concepto de derecho*, cit., pp. 64-67.

10 Véase la explicación que da Hart acerca de las semejanzas y las diferencias entre los hábitos y las reglas en HART, H., op. cit., pp. 69-72.

11 HART, H., op. cit., p. 116-120.

regla revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo. La regla de reconocimiento es, pues, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquél respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos»¹². A efectos didácticos, podríamos diferenciar tres funciones distintas, aunque estrechamente relacionadas, que cumple la regla de reconocimiento.

La primera y más inmediata función de la regla de reconocimiento, tal y como ya hemos apuntado, es la de aportar criterios revestidos de autoridad, para que tanto los particulares como los funcionarios puedan determinar que normas son válidas jurídicamente y cuáles no. 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 cada una de las tres características adicionales que debe reunir toda regla obligatoria. En definitiva, de todo lo anterior se deduce que todos los enunciados de validez jurídica son también siempre enunciados de obligatoriedad jurídica¹³.

La segunda función que cumple la regla de reconocimiento podríamos decir que es el reverso de la función anterior, esto es, separar el Derecho de la moral. Delimitar el Derecho supone al mismo tiempo trazar las fronteras que lo separan de otros órdenes normativos, tales como la moral. El propio Hart afirma expresamente “que hay importantes conexiones entre la tesis de las fuentes sociales del Derecho, que considera el último criterio de validez jurídica determinado por alguna forma de práctica social, y la tesis de la separación conceptual del Derecho y la moralidad”¹⁴. De hecho, se puede afirmar que la doctrina de la regla de reconocimiento está en gran medida al servicio de la tesis de la separación entre Derecho y moral, lo cual es uno de los objetivos últimos del positivismo jurídico normativista. En este sentido parece manifestarse Hart cuando al principio de su obra *El concepto de Derecho* explica su concepción del positivismo: “Aquí entenderemos por “positivismo jurídico” la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”¹⁵.

Por último, la regla de reconocimiento, en cuanto proporciona criterios de validez jurídica que permiten reconocer todas las normas pertenecientes al ordenamiento, introduce la idea de un sistema jurídico. A juicio de Hart, sería imposible presentar el Derecho como un sistema de normas si careciera de regla de reconocimiento. En tal caso, el Derecho no sería una totalidad ordenada sino un conjunto de normas inconexas cuyo único rasgo común es que se trata de reglas que un grupo particular de seres humanos las acepta. Este sería el caso, a juicio de nuestro autor, del Derecho Internacional o las reglas del contrato social. Ahora bien, desde el momento en que surge una regla básica que contiene y ordena jerárquicamente los criterios (o fuentes del Derecho) que permiten identificar todas y cada una de las normas jurídicas válidas, se cuenta ya con un elemento unificador de aquéllas. Cada una de tales normas dejan de ser elementos aislados y dispersos para constituir, gracias al rasgo común que adquieren por su especial vinculación a la regla de reconocimiento, un sistema, una esfera normativa especial perfectamente delimitada: el orden jurídico. En definitiva, la regla de reconocimiento dota al Derecho de las tres características que se

12 JIMÉNEZ CANO, R. M. “Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 10, julio 2009, p. 88.

13 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., pp. 144-147.

14 HART, H., citado en RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 161.

15 HART, H., op. cit., p. 230.

predican de todo sistema normativo: unidad, coherencia entre sus elementos y plenitud o integridad¹⁶.

D. Existencia, validez y eficacia en la regla de reconocimiento

Para Hart, «decir que una norma es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema»¹⁷. La regla de reconocimiento, por el contrario, se configura como una regla *última*, en el sentido de que no depende de los criterios de validez establecidos por ninguna otra regla: la regla de reconocimiento es «una regla que [...] proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que [...] no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas»¹⁸. En consecuencia, en la concepción hartiana todas las reglas primarias y secundarias del sistema son válidas, esto es, pertenecen al mismo siempre que cumplan con las características o criterios establecidos por la regla de reconocimiento, a excepción de la propia regla de reconocimiento que «no puede ser válida ni inválida» ya que es precisamente la que suministra los criterios de validez del sistema¹⁹.

La regla de reconocimiento existe en un sentido distinto de aquel en el que existen las demás reglas del sistema jurídico. Todas ellas -con la excepción como ya hemos dicho de la regla de reconocimiento- existen como tales reglas en virtud de criterios de validez jurídica contenidos en otra regla que, o bien es la regla de reconocimiento, o bien es una regla que es válida en virtud -mediata o inmediate- de los criterios de validez jurídica contenidos en la regla de reconocimiento²⁰. Por el contrario, la regla de reconocimiento sólo existe «como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios. [Esto es,] su existencia es una cuestión de hecho»²¹. Esto debe ser matizado en dos sentidos: en primer lugar, según Hart basta -como condición necesaria- con que haya una práctica concordante al respecto por parte de los órganos de aplicación (jueces y tribunales, entendidos en sentido amplio)²², por lo que la participación concordante de los particulares en dicha práctica no sería condición necesaria para la existencia de la regla de reconocimiento; y, en segundo lugar, la mera existencia de una práctica concordante de identificación de reglas por referencia a ciertos criterios por parte de los jueces y tribunales no es condición suficiente para la existencia de la regla de reconocimiento; es preciso, además, que el uso de tales criterios de validez jurídica sea considerado por los jueces y tribunales en su conjunto «como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas», de forma que las desviaciones respecto de los mismos sean vistas críticamente por los propios tribunales como «fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos»²³.

16 Ibid. p. 153. Para un análisis del pensamiento de Hart sobre cada una de estas características en relación al sistema jurídico puede verse, RAMOS PASCUA, op. cit., pp. 153-160.

17 Ibid., p. 129.

18 Ibid., p. 133.

19 Ibid., p. 135.

20 Ibid., p. 133.

21 Ibid., p. 137.

22 Ibid., pp. 145-146.

23 Ibid., p. 144. Esta segunda condición se debe a que para Hart la regla de reconocimiento no es un mero *hecho* que se realice habitualmente, sino que es una regla social, por lo que es preciso para comprenderla que relacionemos estas condiciones con su teoría práctica de las reglas.

De la regla de reconocimiento, por tanto, no cabe predicar su pertenencia al sistema jurídico en el sentido que esto se predica de las demás reglas. «No se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. El concepto de regla de Reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que, si bien por un lado proporciona criterios para la identificación de otras reglas -y en este sentido, podría ser calificada como Derecho- por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo efectivo que se refiere a la forma en que son identificadas las normas de un sistema»²⁴.

Así pues, siguiendo la opinión de RUIZ MANERO, podemos afirmar que respecto de la regla de reconocimiento las cuestiones de existencia, validez y pertenencia al sistema se plantean de manera diferente al resto de las reglas jurídicas. Para todas ellas -con excepción de la regla de reconocimiento- estas tres cuestiones son una y la misma; en cambio, en el caso de la regla de reconocimiento «(1) su existencia consiste en el hecho de la aceptación y uso concordante por parte de los jueces y tribunales de unos mismos criterios de validez jurídica; (2) no es jurídicamente válida ni inválida, pues la 'validez jurídica' es una propiedad que las demás reglas tienen en relación con la regla de reconocimiento; (3) pertenece al sistema jurídico porque es señalada directamente por la definición de 'sistema jurídico'»²⁵.

En resumen, la regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica general de los funcionarios o de los particulares al identificar las reglas primarias de obligación mediante los criterios determinados que pueden asumir las más variadas formas (textos revestidos de autoridad, promulgación legislativa, práctica consuetudinaria, precedentes judiciales, etc.). La complejidad y variedad de estos criterios depende de la propia complejidad del sistema de fuentes de los sistemas jurídicos modernos, en un orden de subordinación o primacías relativas²⁶. La determinación concreta de cuál sea la regla de reconocimiento depende del tipo de sistema jurídico que se investigue. Pero, en cualquier caso, consistirá en un conjunto de criterios para identificar a las reglas primarias. La existencia de la regla de reconocimiento se manifiesta o se hace perceptible a través de la práctica general de funcionario y ciudadanos de identificar las reglas jurídicas aplicando los criterios correspondientes. Por tanto, para saber cuál es la regla de reconocimiento de un sistema jurídico complejo es preciso acudir a la observación de dicha práctica general, con objeto de determinar cual son los criterios que utiliza. Vemos, por consiguiente, que la regla de reconocimiento está condicionada, tanto en su existencia como en su contenido, por el hecho social de la aceptación fáctica de los criterios en cuestión, aceptación que a su vez se expresa mediante el hecho social externo de la práctica generalizada de los funcionarios y ciudadanos²⁷.

24 PÁRAMO AGÜELLES, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Peces-Barba, G. (prol.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 248-249. Hart ya apunta esta dualidad cuando afirma que «el argumento para 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 llamado "Derecho"; el argumento para llamarla es que afirmar que tal regla existe es verificar un enunciado externo del hecho relativo a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema "eficaz"» (HART, H., op. cit., p. 139). Además, esto nos lleva a la diversa consideración desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo, del que hablaremos en el siguiente apartado.

25 RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 120.

26 PÁRAMO ARGÜELLES, H. L. A. *Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. 245

27 ROBLES MORCHÓN, op. cit., p. 394.

Por otra parte, en lo referente a la eficacia, en principio no se da relación alguna entre ésta y la validez de una norma. «La eficacia o ineficacia de una regla primaria es irrelevante para decidir acerca de la validez, a menos que la regla de reconocimiento del sistema estipule que aquélla es la condición de esta última. Por consiguiente, una regla válida puede ser ineficaz, y una regla inválida puede ser eficaz. La eficacia puede predicarse de la regla de reconocimiento. Más aún, es requisito de su existencia. Puede predicarse también del sistema jurídico en su conjunto: un sistema es eficaz cuando la mayoría de sus reglas lo son. En este sentido, la ineficacia general del sistema indicaría que éste ha cesado de existir o que nunca ha llegado a existir»²⁸.

E. La regla de reconocimiento desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo.

«Las reglas, además de ser de distintos tipos, pueden ser objeto de puntos de vista diferentes. Uno se puede ocupar de ellas como un mero observador que se limita a constatar la regularidad de conducta en que consiste el aspecto externo de la regla. Esta perspectiva, sin embargo, no contempla la actitud de aceptación en que consiste el aspecto interno. Pero uno se puede comportar como un miembro del grupo que acepta las reglas y que las usa como guías de conducta. De acuerdo con esta diferencia, Hart calificó a la primera perspectiva como la del “punto de vista externo” y a la segunda como la del “punto de vista interno”»²⁹.

Pues bien, en el capítulo VI de *El concepto de Derecho* se desarrolla la idea de que la palabra “válido” se usa normalmente en los enunciados internos que aplican a una norma cualquiera de un orden jurídico una regla de reconocimiento aceptada. De lo anterior se deduce que el uso de una regla de reconocimiento para identificar las normas del ordenamiento es característico del punto de vista interno; es decir, que quienes la usan con ese propósito ponen de manifiesto al hacerlo que la acepta como pauta adecuada para llevarla a cabo. La aceptación se refleja en el tipo de enunciados emitidos al identificar así las normas. Enunciados que suelen comenzar con expresiones tales como “el Derecho dispone que...”. Más adelante, contraponen Hart la actitud de aceptación descrita, a la de quien, adoptando un punto de vista externo, constata el hecho de que cierta regla de reconocimiento es aceptada en cierto grupo social, pero sin aceptarla él mismo. Sus enunciados adoptarían una forma semejante a la siguiente: “en España reconocen como Derecho...”³⁰.

No obstante lo anterior, también pueden emitirse enunciados de validez desde un tercer punto de vista, llamado por Neil McCormick “punto de vista hermenéutico” y, por tanto, apto para captar y describir los conceptos normativos. Tales enunciados serían característicos de los teóricos del Derecho o abogados y adoptarían la siguiente forma: “Tal regla es válida en Derecho español, porque satisface los requisitos exigidos por la regla de reconocimiento cuya aceptación en España nosotros constatamos”³¹.

28 GARZÓN VALDÉS, E., “Validez, eficacia y existencia en H.L.A. Hart”, en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 109. Véase este razonamiento en HART, op. cit., p. 129.

29 JIMÉNEZ CANO, R. M. “Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, cit., p. 85. Para la exposición de la diferencia de puntos de vista, vid. HART, H., op. cit., pp. 110-111.

30 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 145.

31 JIMÉNEZ CANO, R. M. “Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, cit., pp. 86-87.

III. PUNTOS OSCUROS Y PROBLEMAS ABIERTOS EN LA TEORÍA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

La teoría de la regla de reconocimiento ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, y entorno a ella se han realizado infinidad de debates. Se la considera como una teoría oscura y ambigua, por lo que se ha dicho, por ejemplo, que «la exposición que hace Hart de la regla de reconocimiento no participa del alto de claridad que caracteriza el resto de su libro; requiere interpretación»³². El caso es que la exposición original de la regla de reconocimiento dejó a los teóricos del Derecho multitud de problemas abiertos que han dado pie a numerosas discusiones y que se deben, quizás, en parte al carácter erróneo de algunos de los planteamientos y en parte a que, como el mismo Hart ha declarado, «[es] un escritor algo descuidado, existiendo numerosos ejemplos en mis libros en los que he expresado mis puntos de vista de un modo inadecuadamente ambiguo o demasiado impreciso»³³. En todo caso, no es necesario señalar que la magnitud que han tenido las discusiones acerca de la regla de reconocimiento, tanto desde el punto de vista del contenido como de las personas que participaban en ellas, se debe a la gran importancia que ha tenido esta doctrina en la filosofía del Derecho contemporánea. A continuación, trataremos de exponer alguna de estas críticas.

A. *¿Unidad o pluralidad de reglas de reconocimiento?*

La tesis de la unidad de la regla última de reconocimiento ha sido uno de los aspectos de la obra de Hart que más se han puesto en cuestión. Quizás de pie a ello que el propio Hart en *El concepto de Derecho* emplee en ocasiones el plural y hable de «reglas de reconocimiento». La tesis de la pluralidad de reglas de reconocimiento ha sido defendida, aunque no sólo ni con los mismos argumentos, por J. Raz. Este autor señala que «no está claro en qué apoya Hart su idea de que sólo hay una regla de reconocimiento en cada sistema jurídico. ¿Por qué no decir que hay varias reglas de reconocimiento dirigidas cada una de ellas a diferentes tipos de funcionarios? ¿Por qué no decir que varias reglas de reconocimiento prescriben el reconocimiento de varios tipos de normas?»³⁴.

Otro de los argumentos empleados por J. Raz es que si se admite que los diversos criterios de validez jurídica permiten en ocasiones identificar normas jurídicas contradictorias, eso demostrará que no pueden contenerse en una misma regla de reconocimiento y, consecuentemente, que habrá varias. Este argumento ha sido contestado, a nuestro juicio acertadamente, por Ramos Pascua, remarcando que la regla de reconocimiento contiene criterios formales de validez (la posibilidad de contener criterios materiales de validez será tratada más adelante), esto es, criterios que permiten identificar a las normas no por su contenido sino por su origen o forma de producción. «Cualquiera de tales criterios permitiría identificar como válidas dos normas contradictorias en cuanto a su contenido, y no por eso dejaría de poder ser contenido [el criterio en cuestión] por una misma regla de reconocimiento»³⁵.

32 RAZ, J., citado en RAMOS PASCUA, J.A., op. cit., p. 182.

33 PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «Entrevista a H. L. A. Hart», *DOXA*, nº 5, 1988, p. 343.

34 RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1ª ed.), trad. de R. Tamayo y Salmerón, UNAM, México, 1986, p. 239.

35 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., pp. 154-155.

Un argumento más esgrimido por J. Raz en favor de su tesis señala que Hart admitía la posible existencia de “fuentes jurídicas permisivas” a las que podría acudir el juez cuando las fuentes obligatorias no bastasen para resolver el caso. De ahí deduce J. Raz que tal sistema jurídico contendría «dos tipos de normas jurídicas últimas: aquéllas que señalan a los tribunales qué normas jurídicas deben aplicar, y aquéllas que guían la facultad discrecional del tribunal en la resolución de controversias que (parcialmente) no están reguladas»³⁶. Frente a este argumento, Ramos Pascua aduce que, pese a que la doctrina de Hart en este punto no es del todo satisfactoria, cree que Hart rechazaría frontalmente la consideración de “normas jurídicas últimas” aplicada a las normas a las que guían la facultad discrecional del tribunal. Si el tribunal goza de discrecionalidad es porque ha comprobado que el orden jurídico no le ofrece respuesta para resolver el caso³⁷.

Para terminar, queremos señalar que, a nuestro juicio, la obra de Hart da pie a considerar que podría existir pluralidad de reglas de reconocimiento en un sistema jurídico debido, principalmente, a la falta de concreción y a la incoherencia de referirse a ella en singular o en plural, según los casos. Pero ello, no obsta para ver que su carácter de norma *suprema* y *última* del ordenamiento jurídico requiere la singularidad con el fin de que pueda cumplir satisfactoriamente las funciones que tiene asignadas: lograr la *unidad* del sistema jurídico y así evitar que sea un cumulo inconexo de normas, y evitar la falta de certeza que supone no tener un criterio/os que identifique cuales son las normas válidas de un sistema jurídico, ya que de existir varias reglas de reconocimiento, ¿no podrían ser contradictorias?, o ¿cuántas reglas de reconocimiento podría llegar a haber?³⁸. No obstante, conviene recordar que el que la regla de reconocimiento sea una no implica, sin embargo, que establezca un único criterio último de validez jurídica; según Hart la regla de reconocimiento suele tener un carácter complejo, es decir, hacer referencia a diversos criterios últimos de validez jurídica, aunque bien es cierto que «clasificados en un orden de subordinación y primacía relativas»³⁹.

B. Contenido de la regla de reconocimiento. Relación de la regla de reconocimiento con las reglas de cambio.

En relación con este tema, tampoco la respuesta de Hart aporta toda la claridad que sería deseable, caben hasta tres interpretaciones del posible contenido de la regla de reconocimiento. Según la primera, habría que contener todos los múltiples criterios de validez jurídica que se hallan contenidos en el ordenamiento. Así, por ejemplo, en España la regla de reconocimiento contendría el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, que bajo el epígrafe “Fuentes de la relación laboral” estipula en su apartado 1.º que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan, entre otras cosas, por los convenios colectivos⁴⁰. En esta interpretación la delimitación entre la regla de reconocimiento y las reglas de cambio no parece muy bien definida, por lo que la respuesta no parece plausible. Tanto el carácter de regla *última* como la existencia de *hecho* -no válida ni inválida- que posee la regla de reconocimiento, permiten su diferenciación clara de las reglas de cambio, que son reglas

36 RAZ, J., citado en RAMOS PASCUA, J.A., op. cit., p. 155.

37 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 155.

38 Para un estudio más detallado sobre este asunto, vid. RUIZ MANERO, J., op. cit., pp. 142-152.

39 HART, H., op. cit., p. 126.

40 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 184.

jurídicamente válidas y pertenecientes al sistema en virtud, en última instancia, de su adecuación a los criterios de validez jurídica contenidos en la regla de reconocimiento.

Según la segunda interpretación, la regla de reconocimiento contendría sólo el criterio de validez supremo. Esta interpretación, pese a que a primera vista pudiera parecer confirmada por Hart en el ejemplo de regla de reconocimiento que ofrece en su obra -«lo que la Reina sanciona en el Parlamento es Derecho»⁴¹-, es desestimada por el mismo cuando explica que la regla de reconocimiento, en los sistemas jurídicos desarrollados, es compleja y contiene varios criterios de validez clasificados en orden de subordinación y primacía relativas⁴².

Una tercera interpretación podría considerar que la regla de reconocimiento tiene que contener solamente aquellos criterios que son jurídicamente obligatorios pero no jurídicamente válidos, esto es, únicamente aquellos que aunque pueden estar subordinados a otro, que sería el supremo, no derivan de él, sino que son últimos, independientes. Se distinguirían de los criterios de validez derivados o dependientes en que, a diferencia de éstos, no se hallan contenidos en normas cuya validez depende del hecho de haber cumplido las exigencia de criterios superiores⁴³. A nuestro juicio, esta interpretación es la más adecuada a la teoría hartiana, ya que sería el único modo de mantener a la regla de reconocimiento como una norma existente *de facto* aunque ni válida ni inválida. Si bien, entonces deberíamos aceptar que esta regla de reconocimiento independiente necesitaría de otras reglas de reconocimiento derivadas para poder identificar todas las normas del sistema jurídico. Siguiendo el ejemplo que habíamos puesto más arriba, diríamos que la regla de reconocimiento del sistema jurídico español necesita del complemento de la regla de reconocimiento derivada (Estatuto de los Trabajadores) para poder identificar como norma del sistema a los convenios colectivos.

C. Regla de reconocimiento y reglas de adjudicación: el problema de la circularidad

De acuerdo con Hart, para poder determinar el contenido de la regla de reconocimiento hemos de acudir a los criterios de validez jurídica aceptados y seguidos por los jueces y tribunales; pero -también según Hart- no podemos identificar quiénes son los jueces y tribunales sino sobre la base de las reglas de adjudicación del sistema, pues, como él mismo dice, «la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieran potestad jurisdiccional»⁴⁴. Dicho de otra manera, la existencia de jueces requiere de una regla de reconocimiento que validifique las reglas de adjudicación, y la existencia de una regla de reconocimiento requiere una práctica judicial. Esto es lo que se ha denominado “el problema de la circularidad”. La cuestión ha sido tratada por varios autores, cuyos análisis me parece útil descomponer en dos bloques según la forma en que han abordado el problema.

Por un lado encontramos la posición de Ramos Pascua, que opina que la solución a la cuestión sería simplemente considerar que «si bien la distinción teórica entre las tres funciones que corresponden a las tres clases de reglas secundarias es clara y favorece nuestra comprensión de la estructura de los sistema jurídicos, en la práctica resulta más que problemática, porque las reglas secundarias suelen aparecer entremezcladas, integradas, siendo imposible delimitarlas entre sí. Eso mismo nos

41 HART, H., op. cit., p. 133.

42 Ibid., pp. 132-133.

43 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., pp. 184.

44 HART, H., op. cit., p. 170.

permite responder a la cuestión de si es sólo la regla de reconocimiento o también las de cambio y enjuiciamiento las que cumplen la función de hacer posible la identificación de las normas jurídicas válidas [...] En cualquier caso, suponiendo que la distinción se diera realmente, habrá de pensarse que si las reglas de cambio y enjuiciamiento aportan criterios de validez no derivados de otros superiores, tales criterios (que no el resto de las reglas de cambio o enjuiciamiento que los contuvieran) habrían de considerarse como partes integrantes de la regla de reconocimiento, que por definición es la que contiene los criterios de validez del sistema»⁴⁵.

Por otro lado se encuentran una serie de autores cuyas soluciones tienen una característica común, que han reconstruido el concepto de “juez” con el fin de superar el problema. Entre este grupo de autores se encuentran nombres como Neil MacCormick, Carlos Nino y Juan Ruiz Manero. Aquí nos limitaremos a exponer la posición del último⁴⁶. Ruiz Manero intenta elaborar el concepto metasistemático de “juez” para tratar de explicar quiénes serían esos primeros jueces cuya actividad da contenido a la regla de reconocimiento, y que existirían antes de las reglas de adjudicación. Usando la categoría hartiana de regla social y la definición de “juez” de una aldea primitiva que propone MacCormick en un razonamiento que tiene por objeto romper la circularidad, construye una caracterización teórica general de “juez” que es la siguiente: «son jueces aquellas personas (o grupos de personas, etc.) a quienes, en virtud de reglas sociales aceptadas, se considera titulares de los deberes y poderes normativos que definen el rol de juez: el deber de decidir los casos que se presentan ante ellos, el deber de hacerlo sobre la base de estándares o reglas preexistentes y el poder de decidir tales casos con carácter obligatorio»⁴⁷. Sin embargo, el propio Ruiz Manero percibe que esta caracterización, que podría ser válida en sociedades como la propuesta por MacCormick, no es adecuada en formas de sociedad más complejas, en las que la disponibilidad efectiva de los medios para el empleo de la fuerza no se encuentra (a diferencia de la, en este sentido, igualitaria aldea de MacCormick) repartida por igual entre todos los miembros de la sociedad, sino fuertemente concentrada en determinados aparatos (grupos organizados de personas). Para adaptar su propuesta, precisa que en las sociedades complejas «la afirmación ‘X es juez’ es [...] un enunciado bifronte, cada una de cuyas caras hace referencia a una condición distinta: la primera, a que las decisiones dictadas por X sean, en general, efectivas (esto es, logren obediencia) y la segunda a que X sea reconocido, por parte de los aparatos (grupos organizados de personas) que posean el monopolio de la fuerza en esa sociedad, como titular de deberes y poderes que definen la posición institucional de ‘juez’. Cada una de estas condiciones es necesaria, y en su conjunción suficiente, para que la afirmación ‘X es juez’ sea verdadera»⁴⁸. ¿No es esa noción de ‘juez’ muy parecida al concepto de soberano? Además, en la mayoría de sociedades primitivas en las que parecen pensar a la hora de construir este tipo de razonamientos el Poder (político) incluía, e incluso era su principal función, la función de juzgar que es la que precisamente caracteriza a un ‘juez’.

Pues bien, aquí se manifiesta, a nuestro humilde entender, el principal defecto de la teoría de la regla de reconocimiento de Hart, y ninguna de las posiciones expuestas enfoca el problema de la circularidad del modo adecuado. Pensamos que la principal insuficiencia de la teoría jurídica de la regla de reconocimiento, tal y como ha sido formulada por Hart, consiste en no superar el marco jurídico que la teoría del Derecho le ofrece, ámbito que tiene que ser desbordado para intentar explicar y describir el

45 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 151.

46 Para un examen detallado de las tres posturas, vid. RUIZ MANERO, J., op. cit., pp. 124-134.

47 Ibid., p. 133.

48 Ibid., p. 134.

funcionamiento de los sistemas jurídicos y políticos (¿No estamos, acaso, ante un caso límite de la teoría jurídica y la teoría política?). El problema de la circularidad se debe a que Hart orienta la existencia y contenido de la regla de reconocimiento a una práctica llevada a cabo, principalmente, por los tribunales. Sin embargo, «cualquier persona normal identifica a los jueces mediante normas jurídicas (jueces son los individuos nombrados por un procedimiento previsto en la constitución y en las leyes, que tienen competencia para resolver los conflictos y las controversias mediante la aplicación de las normas jurídicas), y así lo hace también Hart, pero esto convierte a su teoría en circular»⁴⁹. Y es que, ¿no son los tribunales y otros funcionarios unos operarios del sistema jurídico que en términos generales están subordinados al Poder?, ¿no tiene el Poder un lugar preponderante, al menos, en los momentos iniciales de un sistema jurídico?, ¿no permitiría una referencia al Poder como elemento inicial de un sistema jurídico entender mejor el cambio de un sistema jurídico a otro producto de una revolución o un golpe de estado?

El problema de la teoría de la regla de reconocimiento de Hart es que intenta explicar lo que es el Derecho dejando en la sombra al Poder. Parece como si éste no tuviera nada que ver en la configuración del Derecho, que no influyera en él, que no fuera elemento necesario para la eficacia del sistema jurídico en su conjunto. Nosotros consideramos que el Poder es el elemento más importante en el momento de creación de un sistema jurídico y continua siendo un elemento central en momentos posteriores, ya que lo sustenta. El Derecho es un instrumento social que está íntimamente relacionado con el Poder, aunque a su vez se limite y se racionalice a través de él.

La regla de reconocimiento representa otro intento de los juristas, avezados en tratar lo mínimo posible con elementos extrajurídicos, de terminar el ordenamiento jurídico en una regla en vez de en un Poder, tratando de mostrar que más allá del poder último existe todavía una regla última que lo funda y legitima. Sin embargo, cuándo preguntamos cuál es el fundamento de la regla de reconocimiento, vemos que su fundamento es una cuestión de hecho, esto es, su seguimiento por parte de los funcionarios y tribunales (aceptación), su obediencia mayoritaria por parte de los ciudadanos y una consideración por los jueces y tribunales en su conjunto como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas. Pero con esta respuesta la existencia de la regla de reconocimiento se funda en la *efectividad* del poder último. El sistema jurídico no encuentra su fundamento en una regla, sino en haber sido creado y estar sustentado por un Poder que cuenta con la capacidad de imponer conductas, en base a la relación entre fuerza y legitimidad. ¿Por qué necesita este Poder supremo de una regla que le otorgue potestad para dictar Derecho?⁵⁰ Nosotros creemos que la explicación de Hart no aporta la suficiente claridad y tiene evidentes problemas para dar cuenta de los cambios de sistemas jurídicos productos de los cambios de Poder o de cómo influye en la eficacia general del sistema jurídico -y, por tanto, en su propia existencia y en la existencia de una determinada regla de reconocimiento- el que Derecho sea ejercido por una autoridad válida, según criterios intrasistémicos, pero que haya perdido parte del sustento del Poder. En este sentido parece manifestarse Garzón Valdés, cuando examinando la existencia de un sistema jurídico en Hart señala que para de la práctica de los jueces y funcionarios pueda derivarse la eficacia general del sistema es necesario que, además de que éstos vean en la regla de reconocimiento una

49 BULYGIN, E., "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *DOXA*, 9, 1991, p. 275.

50 Cfr. BOBBIO, N., «Normas primarias y normas secundarias», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 301-303.

pauta o criterio general de comportamiento, «que [éstos que] ven en la regla una pauta general tengan poder suficiente como para imponerla a los demás»⁵¹.

En resumen, diríamos que la teoría de la regla de reconocimiento puede parecer plausible para señalar lo que es el Derecho en un sistema jurídico institucionalizado, pero que es insuficiente para describir los primeros pasos de un sistema jurídico, esto es, para responder a la pregunta ¿de dónde viene el Derecho?. Esto probablemente sea consecuencia de la cultura jurídica de la que proviene Hart, la anglosajona, de las peculiaridades que tiene el sistema jurídico inglés, sin constitución y con una legitimidad en buena parte derivada de la tradición, y de la influencia que la teoría kelseniana tiene en su doctrina. Pero, en todo caso, provoca que en la comparación de su explicación con la realidad surjan problemas a la hora de describir la dinámica jurídica de principio a fin.

¿Cuál sería la regla de reconocimiento del sistema español? Parece que intuitivamente todos nosotros responderíamos que la Constitución, de hecho esta es la única norma de la que no podríamos predicar su existencia derivada de su validez, sino que vendría dada por su eficacia, es decir, sería una cuestión de *hecho*⁵². Sin embargo, por un lado nos encontramos con el problema de que la Constitución no contiene únicamente los criterios de validez de las demás normas jurídicas y, por otro lado, que determinar la existencia de la Constitución derivada, principalmente, de la aceptación y, por tanto, de la práctica de los funcionarios y tribunales nos resulta intuitivamente extraño. Pareciera más bien al contrario, esto es, que la Constitución es impuesta a los funcionarios y tribunales, y que es ésta la que delimita la actuación de aquéllos y les confiere poderes.

No obstante, es de justicia señalar que si observamos con detenimiento la argumentación de Hart, parece que éste no es ajeno a estas posibles objeciones. De este modo, interpretamos que intente fundamentar la existencia de la regla de reconocimiento en la `aceptación´ por los funcionarios y tribunales (podríamos decir que es su manera de identificar al Poder) y, únicamente, en la `obediencia´ de los particulares. Es decir, Hart otorga preponderancia a la actividad realizada por los primeros, mientras que de los segundos sería suficiente una actitud meramente pasiva. ¿No sería esto un sistema impuesto por los primeros a los segundos?, ¿en que podría basarse este sistema sino es en el Poder, esto es, en la amenaza del uso de la fuerza de los primeros con la mínima legitimación que supone la aquiescencia de los segundos o de la mayoría de los segundos? Hart identifica el Poder con el aparato del Estado, pero creemos que la noción de Poder es mucho más compleja y se encuentra, además de en las altas esferas del aparato estatal, difuminado en la sociedad, por lo que en cada caso dependería de la estructura social que se presente en un determinado lugar, así como de otros factores históricos, culturales, etc. No abundaremos más en este asunto de la noción de Poder, ya que ni es el objeto de este trabajo ni estamos en condiciones de hacerlo.

Asimismo, interpretamos la idea de Hart de que la existencia o inexistencia de un sistema jurídico se mueve en la oscura línea que supone su eficacia o ineficacia general de sus reglas -que interpretamos como capacidad de imponerse, ya sea por fuerza o por legitimación-, y que nuestro autor considera que constituyen «la patología de un sistema jurídico»⁵³.

51 GARZÓN VALDÉS, E., “Validez, eficacia y existencia en H.L.A. Hart”, cit., p. 114.

52 En este ejemplo utilizamos la hipótesis de que la Constitución fue producto de una ruptura total con el régimen franquista.

53 HART, H., op. cit., p. 146.

Pues bien, entendemos que es preferible fundamentar el sistema jurídico mediante la dualidad 'hecho fundante básico' y 'norma fundante básica', propuesta por el profesor Peces Barba⁵⁴. A continuación, intentaremos trazar sucintamente las líneas básicas que tendría el modelo que concebimos.

El 'hecho fundante básico' del Derecho sería el Poder-soberano, entendido como «posibilidad de imponer la propia voluntad [que] reúne una serie de rasgos que lo concretan a la vida del hombre en sociedad, en relación con los temas que afectan directamente al interés general, [...] con una pretensión de estabilidad y permanencia y sin que exista competencia de ningún otro poder»⁵⁵. Ese Poder actúa mediante una mezcla de factores, fuerza y legitimidad -que suele aparejar aceptación por parte de los ciudadanos-, que se traducen en efectividad (hábito general de obediencia). Este Poder *de facto* que nos encontramos en un determinado momento se asemeja bastante al modelo propuesto por J. Austin de un soberano (Poder) que emite ordenes generales respaldadas por amenazas y que son generalmente obedecidas ante la amenazas de un daño efectivo. Estaríamos en un mundo "prejurídico" donde todavía no existe el Derecho. Es importante recordar en este punto que el Derecho no ha existido siempre, mientras que las relaciones de poder probablemente sí, aunque no fueran en estos términos. Con esto queremos resaltar que el Derecho es un instrumento social, una creación del hombre y, por tanto, una opción. No siempre el Poder se ha ejercido mediante el Derecho. Podríamos encontrarnos en una situación "prejurídica", por ejemplo, en el escenario inmediatamente posterior a una revolución. Además, debemos añadir que este Poder no tiene que estar representado en una persona o grupo de personas, sino que suele ser algo mucho más complejo. En todo caso, no existiría Derecho en el sentido actual del término y el mantenimiento del Poder sería más inestable.

En un momento dado, este Poder *de facto* decide o necesita 'institucionalizarse', esto es, regularse por medio del Derecho, precisamente para tratar superar la situación anterior donde mantener el Poder era una cuestión meramente fáctica y dotarlo de mayor *estabilidad*. El paso de un estadio a otro consideramos que históricamente se produce en la modernidad, época en que el poder político y el poder económico comienzan a separarse/contraponerse. Es a partir de este momento cuando nociones como Estado, Constitución o positivismo jurídico entran en escena y comienzan un desarrollo sin precedentes. El Estado aparece y su ascenso a forma de organización jurídico-política por antonomasia es cuestión de tiempo, entendido éste como tercero impersonal e 'imparcial' que tiene el monopolio de la fuerza, que regula cada vez más y más las relaciones sociales, y que tiene un papel preponderante en la resolución de conflictos. Comienza poco a poco el tiempo de las contraposiciones: sociedad civil/sociedad política, Estado/particulares, interés común/interés privado. En este contexto, es importante señalar que una de las causas del nacimiento y desarrollo del Derecho en el sentido moderno (al igual que del Estado,) y en la que insisten mucho los filósofos político-jurídicos de la época Thomas Hobbes, es la *seguridad*. La seguridad en las relaciones sociales es a la vez causa y objetivo del Derecho y explica la expansión del fenómeno jurídico que se ha producido hasta nuestros días, donde casi todas las relaciones sociales son a la vez relaciones jurídicas. Parece lógico en un mundo

54 Vid., por ejemplo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 333-347.

55 Ibid., p. 334.

concebido teóricamente para escapar del 'estado de naturaleza' y donde lo que principalmente falta es *seguridad*⁵⁶.

Se pasa de una situación donde domina el Poder propiamente dicho a una situación donde el Poder se ejerce a través del Derecho. El Poder sería 'hecho fundante básico' y pasaría a ser un Poder institucionalizado con el complemento de una 'norma fundante básica de identificación de normas', que nos permite identificar a las normas jurídicas válidas con los criterios formales y materiales que están en esa norma fundante básica, cuya eficacia real es posible porque un poder -hecho fundante básico- la sostiene. Ese poder institucionalizado y complejo, representado en la forma jurídico-política denominada Estado, es efecto del Derecho y, a la vez, tendrá la potestad para desarrollarlo. Es característico, además, los valores y principios que ese Poder representa quedan asumidos e integrados en el sistema jurídico creado con la 'norma fundante básica' y es a éstos a los que ese Poder presta, principalmente, aceptación⁵⁷. Por eso, cuando una autoridad jurídicamente válida intenta reemplazar esos valores y principios juridificados necesita un Poder ('hecho fundante básico') detrás más fuerte que lo que quede del anterior, porque en caso de querer cambiar esos valores y principios fundamentales sin contar con suficiente Poder, suele producirse un quebranto del orden jurídico por quienes lo ostentan con el fin de restaurar la situación. Es en éstos momentos de fricción máxima cuando se nos muestra la función que el Poder ejerce realmente tras el sistema jurídico.

Como hemos señalado, en caso de un cambio de correlación de fuerzas dentro de una sociedad, que provoque una ruptura de las reglas de funcionamiento del poder institucionalizado, tendremos un nuevo 'hecho fundante básico' que producirá una nueva 'norma fundante básica' a la que incorporará sus valores y principios, y sostendrá. No obstante, también pueden producirse cambios parciales que no provoquen una ruptura del orden jurídico por vía, por ejemplo, de una reforma de la 'norma fundante básica' en cuestión.

En nuestra opinión, una respuesta que circule por el camino marcado mostrará más claramente la dinámica y evolución de los sistemas jurídicos, y es preferible a forzar interpretaciones metasistemáticas del concepto de 'juez' para tratar de superar el problema de la circularidad.

D. ¿Norma genuina o regla conceptual?

Sobre este asunto se ha producido una interesante discusión entre Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero, que como veremos puede ser conectada con el tema que tratamos en el apartado anterior. En un artículo publicado en 1976, Eugenio Bulygin expuso las siguientes tesis: «Que la regla de reconocimiento de Hart se parece más a una regla conceptual que a una norma, porque tiene carácter definicional y carece de todo carácter normativo», «que, en particular, la regla de reconocimiento no prescribe a los jueces el deber de aplicar las normas jurídicas» y «que, cuando hay tal obligación -lo cuál es contingente-, ésta no surge de la regla de reconocimiento, sino de alguna regla específica del sistema, identificada conforme a la regla de reconocimiento»⁵⁸. Este

56 Para ver la descripción de la situación en que se encuentran los seres humanos en el estado de naturaleza, vid. Por ejemplo HOBBS, T., *De Cive*, trad. y prol. Carlos Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 53-65.

57 Por ello, otra característica del paso al poder institucionalizado es que las críticas y los juicios de valor acerca de la legitimidad del poder suelen ser enunciados sobre la 'norma fundante básica', generalmente sobre los valores y principios que incorpora.

58 BULYGIN, E., "Sobre la regla de reconocimiento", en AA.VV *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Giona*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 32.

planteamiento va en contra de la forma en que Hart y la mayor parte de sus discípulos⁵⁹ entienden y caracterizan a la regla de reconocimiento. Sin embargo, el propio Bulygin aclara que no es su intención hacer una exégesis del pensamiento de Hart⁶⁰ sino proponer una alternativa a la misma. Además, señala que, en su opinión, si Hart sostuvo que la regla de reconocimiento es una norma de conducta se debe a que dentro del instrumental teórico manejado en *El Concepto de Derecho* está ausente la categoría de regla conceptual⁶¹.

Bulygin distingue entre dos tipos de reglas: las reglas de conducta y las reglas conceptuales. Lo que las reglas de conducta tienen en común «es lo que vamos a llamar carácter prescriptivo o normativo», esto es, que todas ellas ordenan, prohíben o permiten. Lo que tienen en común las reglas conceptuales «es su carácter definicional, es decir, se las puede considerar como definiciones de ciertos tipos de conceptos»⁶². Considerando a la regla de reconocimiento como el conjunto de los criterios de identificación del Derecho válido, afirma Bulygin que la regla de reconocimiento ha de interpretarse como una regla conceptual y no como una norma de conducta, porque tiene carácter definicional y carece de todo contenido normativo. En el caso de las reglas de conducta tiene sentido hablar de obediencia o desobediencia, mientras que las reglas conceptuales se limitan a definir un concepto por lo que carece de sentido hablar de obediencia o desobediencia. El no uso (o mal uso) de las reglas conceptuales puede dar lugar a reacciones críticas, pero éstas son de una naturaleza muy distinta que las que provoca el incumplimiento de una norma de conducta. Lo que reprocha al que no sigue o no usa reglas conceptuales es ignorancia y no desobediencia. «Sería equivoco decir que una persona que cometiera un error gramatical desobedecería las reglas de la gramática. Diríamos simplemente que tal persona es ignorante (no conoce las reglas de la gramática) o habla otro idioma»⁶³. A juicio de Bulygin, en el caso de la regla de reconocimiento la situación es muy similar: «no se plantea la cuestión de la obediencia o desobediencia a la regla de reconocimiento; esta regla sólo puede ser usada correctamente o no. Eso es todo»⁶⁴. Ciertamente, los jueces tienen normalmente el deber de resolver los casos conforme a las normas válidas y «para poder cumplir esta obligación los jueces tienen que usar la regla de reconocimiento, pero esta obligación no surge de la regla de reconocimiento misma, sino de una determinada norma del sistema, identificada conforme a la regla de reconocimiento»⁶⁵.

Frente al razonamiento de Bulygin, Ruiz Manero esgrime que, primero, «en la caracterización de la regla de reconocimiento y en su consideración de la misma como regla conceptual hay una confusión entre la propia regla de reconocimiento (como una norma o regla de conducta aceptada por los jueces) y el criterio de identificación de las reglas del sistema basado en la regla de reconocimiento (como criterio usado por un observador externo, como pueda ser, por ejemplo, un teórico del Derecho o un consejero jurídico privado) y, segundo, que la consideración, propuesta por Bulygin, de la regla de reconocimiento como regla conceptual nos deja impotentes para entender la naturaleza y la fuente del deber judicial de decidir conforme a las normas válidas»⁶⁶.

59 Entre los que se encuentran J. Raz, N. MacCormick o P.M.S. Hacker (véase en RUIZ MANERO, J., op. cit., pp. 135-136).

60 BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, cit., p. 269.

61 BULYGIN, E., “Sobre la regla de reconocimiento”, cit., p. 37.

62 Ibid, pp. 31-32.

63 Ibid, p. 37.

64 Ibid, p. 38.

65 Ibid, p. 39.

66 RUIZ MANERO, J., op. cit., pp. 137-138.

Por lo que se refiere a lo primero, Ruiz Manero considera que la regla de reconocimiento es una regla social, que existe en cuanto es aceptada por los jueces, que prescribe a cada uno de éstos el usar, como fundamento de sus decisiones los estándares que satisfagan determinados criterios y que, por tanto, cabe predicar de ella su obediencia o desobediencia⁶⁷. En cuanto a la segunda línea argumentativa, Ruiz Manero estima que la plausibilidad de la presentación de Bulygin se desvanece cuando analizamos el enunciado “conforme al Derecho, debo castigar a este hombre, pero por razones morales no lo voy a hacer”. Afirma el profesor Ruiz Manero que como el deber de aplicar la norma que condena al acusado no puede surgir de que lo ordenado por tal norma es moralmente correcto o de que sea moralmente correcto obedecer a la autoridad que dictó la norma, es necesario para fundamentar ese deber apelar a una norma. «Y esa norma es precisamente la regla de reconocimiento: una norma jurídica que establece cuáles son los criterios últimos de validez jurídica, esto es, una norma que establece con carácter último cuáles son las normas que los jueces tienen el deber de aplicar»⁶⁸.

Todavía se defenderá Bulygin, respondiendo a la argumentación de Ruiz Manero que la principal diferencia entre sus dos posturas reside en que Ruiz Manero -y junto con él Hart- «creen que primero tenemos una norma que obliga a los jueces a aplicar las normas que reúnen ciertas características y luego, de esta norma se extrae el criterio conceptual que define qué normas pertenecen al sistema; yo, en cambio, sostengo que para poder determinar qué deberes establecen las normas jurídicas, hay que tener primero un criterio conceptual que nos permita identificar tales normas»⁶⁹. Según su opinión, «la serie infinita de preguntas por el fundamento de las normas lleva a una parálisis total y la única forma de salir de esta parálisis es dejar de preguntar por el fundamento y usar una norma como pauta de conducta, para lo cual es necesario identificar las normas que interesan en este contexto. Si se trata de un juez, debe usar las normas jurídicas y para identificarlas tiene que recurrir a un criterio conceptual, es decir, a una definición»⁷⁰.

Para finalizar este apartado, simplemente señalar que, en nuestra opinión, la línea argumentativa de Bulygin es sumamente interesante, debido a que es un modo de remarcar el problema de la circularidad que existe en la teoría hartiana. Aunque no compartimos que la regla de reconocimiento -o `norma fundante básica`- tenga que ser meramente una regla conceptual, sino que estimamos que realmente cumple a la vez ambas funciones. En todo caso, consideramos que es preferible la descripción del ordenamiento mediante la dicotomía `hecho fundante básico`-`norma fundante básica` que expusimos en el apartado anterior.

E. Regla de reconocimiento y la penetración de la moral en el Derecho

Una de las funciones fundamentales de la regla de reconocimiento es separar el Derecho de la moral, y nuestro autor cree que cumple satisfactoriamente ese cometido, si bien ello no obsta para que admita que pueden darse y de hecho se dan importantes «conexiones entre el Derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente hay

67 RUIZ MANERO, J., op. cit., pp. 138-139.

68 Vid. RUIZ MANERO, J., op. cit., pp. 141-142.

69 BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, cit., pp. 269-270.

70 Ibid, p. 274. Véase la continuación de la discusión sobre este asunto en RUIZ MANERO, J., “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales”, *DOXA*, 9, 1991, pp. 257-281; CARACCILO, R., “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, *DOXA*, 9, 1991, pp. 295-311; BULYGIN, E., “Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Replica a Juan Ruiz Manero”, *DOXA*, 9, 1991, pp. 311-319.

coincidencia o solapamiento *de facto* entre el Derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad»⁷¹, pero en todo caso tales conexiones son contingentes y no necesarias ni lógicas ni conceptualmente. En este apartado vamos a examinar esas posibles conexiones, para tratar de averiguar si es cierto existen y, en su caso, analizar el carácter que presentan.

a. Contenido mínimo del Derecho Natural y 'moral interna del Derecho'

De la constatación empírica de la influencia social de la moral sobre el Derecho no se sigue, en opinión de Hart, la conexión conceptual o necesaria entre ambos conceptos. Las conexiones que pueden existir entre el Derecho y la Moral son contingentes. Ahora bien, Hart admite que hay un campo de conexión entre estos dos órdenes normativos, deducido de ciertas características empíricas de la naturaleza humana y que son presupuestos inevitables que toda organización social tiene que contener para ser *viabile*. Estos principios de conducta son denominados por Hart el 'contenido mínimo del Derecho Natural'. El profesor de Oxford, siguiendo la tradición iniciada por Hobbes y Hume, identifica una serie de «verdades obvias» que determinarían el contenido mínimo del Derecho y la moral, y que son, brevemente, estas⁷²:

1. Los seres humanos son *vulnerables*: en consecuencia, es necesaria la prohibición de la violencia.
2. Aunque los seres humanos son distintos, existe una *igualdad aproximada* que hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas que estén en la base de la obligación jurídica y moral.
3. Los hombres no son ángeles ni demonios: poseen un *altruismo limitado* que hace necesario un sistema que prescriba abstenciones para evitar las tendencias a la agresión.
4. Al ser los *recursos limitados*, es indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no sea necesariamente la propiedad individual) y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete.
5. La *comprensión*, la *inteligencia* y la *fuerza de voluntad* son *limitadas*: la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez sino hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Por tanto, hacen falta sanciones, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen.

La tesis de Hart debe ser interpretada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, es decir, es presupuesto mínimo para la existencia y eficacia de un ordenamiento jurídico. Para nuestro autor un ordenamiento jurídico privado de estos requisitos mínimos de contenido moral difícilmente podría subsistir, mientras que la existencia de una norma se determina por criterio formal de validez que nada tiene que ver con su propio contenido⁷³.

Por otra parte, tenemos la crítica de L. Fuller, y que Hart parece admitir, según la cual el Derecho lleva implícito en su propio concepto la existencia de una moralidad

71 HART, H., citado en RAMOS PASCUA, J.A., op. cit., p. 178.

72 HART, H., op. cit., p. 240 y ss.

73 PARAMO ARGÜELLES, J. R., H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho, cit., p. 377.

interna, una especie de Derecho Natural procesal cuya inexistencia implicaría, por definición, la no existencia del Derecho. Es lo que L. Fuller denomina 'moral interna del Derecho', y sería connatural a todo sistema jurídico. Para Fuller este tipo de moral interna del Derecho implica ocho exigencias: por un lado que las normas jurídicas deben ser generales, promulgadas, no retroactivas, claras y comprensibles, y libres de contradicciones, y por otro lado que las normas jurídicas no deberían exigir lo imposible, ser frecuentemente modificadas, y ser incongruentes entre el Derecho y la acción oficial de administración y aplicación⁷⁴.

Para Hart, lo que Fuller llama 'moral interna del Derecho' son características esenciales del instrumento social que denominamos Derecho y, por tanto, admite que el Derecho estaría conectado en este sentido con la moral, pero añade a continuación que «infortunadamente es compatible con una enorme iniquidad»⁷⁵. En definitiva, nuestro autor considera que, aunque aceptar la 'moral interna del Derecho' supone aceptar un campo de conexión necesaria entre Derecho y moral, esto es compatible con la distinción entre el Derecho que *es* y el que *debería ser*⁷⁶ por lo que, en consecuencia, no supone un elemento que refute su teoría positivista.

b. Idea de 'aceptación' de la Regla de reconocimiento y conexión con la moral

Todo sistema jurídico existente requiere, según Hart, como condición necesaria, aunque no suficiente, la adhesión a sus principios y normas por parte de las autoridades y funcionarios del sistema. Esto es lo que en la terminología de nuestro autor es llamado 'punto de vista interno', para distinguirlo del 'punto de vista externo'. «En todo momento de la vida de toda sociedad que vive bajo reglas, jurídicas o no, es probable que exista una tensión entre quienes, por una parte, aceptan y cooperan voluntariamente en el mantenimiento de las reglas y, por ello, juzgan su propio comportamiento y el de las otras personas en términos de las reglas, y, por otra, quienes rechazan las reglas y la siguen sólo desde el punto de vista externo, como señal de posible castigo»⁷⁷.

«Quienes se adhieren al sistema, esto es, quienes adoptan el punto de vista interno, lo hacen porque aceptan sus normas en tanto pautas de comportamiento. Como esta aceptación no puede, por definición, deberse a razones prudenciales (el temor a un posible castigo o la esperanza de obtener algún premio, por ejemplo) no parece aventurado afirmar que su fundamento ha de buscarse en la creencia de que las normas coinciden con principios y reglas supremas de justificación y orientación del comportamiento que ellos sustentan. Por ello, la reacción frente a quienes no aceptan las reglas básicas del sistema ha de ser más fuerte que la de un mero juicio condenatorio por desobediencia»⁷⁸.

En este sentido, en España podemos casi diariamente leer en los periódicos o ver declaraciones en los telediarios donde se apela a la Constitución como criterio de lo que es correcto, donde una transgresión sustancial de la misma no se ve simplemente como una infracción del ordenamiento sino como una transgresión de un pacto, consenso, acuerdo de convivencia, valores comunes, moral pública, moral social convencional o como se prefiera llamarlo. En este tipo de argumentos, que suelen ser aceptados

74 Ibid., p. 349.

75 HART, H., op. cit., p. 256.

76 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 163.

77 HART, H., op. cit., p. 113.

78 GARZÓN VALDÉS, E., «Algo más sobre la relación entre derecho y moral» [1990], en Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, 1998, p. 141.

públicamente, se trata la justicia o injusticia -o dicho de otro modo, la corrección o incorrección- de un determinado planteamiento en términos de su concordancia o no con la Constitución, porque parece aceptarse que lo que establece la Constitución es correcto. Siguiendo las palabras de Garzón Valdés, ello se debe a que la Constitución coincide con los principios y reglas supremas de justificación y orientación del comportamiento que rigen en la sociedad española o, al menos, con los del grupo dominante en ella. El criterio de esa corrección tendrá que ser extrajurídico, esto es, deberá ser una justificación moral.

Continuando con el razonamiento, quienes adoptan el punto de vista interno (en opinión de Hart, como mínimo la parte oficial) sostendrá que su sistema jurídico coincide con la moral, es decir, creerán en la corrección ética del sistema o, dicho de otro modo, en su legitimidad. Quienes adoptan el punto de vista interno, sólo pueden explicar la validez de las normas del sistema recurriendo a argumentos morales, que para ellos coinciden con argumentos éticos. Dicho en términos de la teoría política: para ellos, legitimación coincide con legitimidad, entendida esta última como coincidencia de las norma del sistema con los principios de la ética. Por ello, el punto de vista interno puede ser llamado también *pretensión de legitimidad*⁷⁹.

«Por supuesto que sostener esto no tiene nada que ver con la afirmación de criterios seguros para determinar la validez “objetiva” de los juicios morales o para juzgar la corrección moral de estas pretensiones. Pero el observador externo que analiza el sistema jurídico en cuestión, sólo podrá explicar totalmente la validez de las normas si recurre a las convicciones extrajurídicas (morales) de quienes las dictan y aplican. Y, desde luego, puede suceder aquí que el observador no acepte la concepción moral de las autoridades y funcionarios por considerar que ella viola principios éticos. Desde el punto de vista del observador externo, siempre es posible establecer una distinción entre legitimación y legitimidad [...] Es obvio que sus “proposiciones morales internas” pueden no coincidir con las de quienes aceptan e imponen el sistema objeto de su consideración. Pero de aquí no se sigue sin más que necesariamente deba negar el carácter de jurídico al sistema que considera»⁸⁰.

Ahora bien, Hart podría responder a nuestras afirmaciones que la aceptación de las normas, equivalente a la adopción de una actitud interna respecto a ellas, no implicaría adhesión valorativa sino sólo uso de las mismas como criterios de conducta. Se trataría de una aceptación puramente formal, como la que adopta un jugador respecto a las reglas de ajedrez. Las sigue como criterios o pautas que debe seguir cualquiera que practique el juego, pero no las considera valiosas desde el punto de vista moral o político. Sin embargo, podríamos replicarle que las dos situaciones son incomparables porque mientras que el ajedrez es un simple juego, el Derecho se ocupa de relaciones en que están en juego bienes humanos básicos como la libertad, la vida, el honor, el patrimonio, etc⁸¹.

Este último consideramos que es un argumento de peso, sin embargo aún Hart podría contestarnos que los jueces cuando aplican el Derecho no tienen por qué suponer la legitimidad moral de la legislatura, que habrá jueces individuales que expliquen o justifiquen su aceptación de las disposiciones del legislador diciendo que ellos desean continuar una práctica establecida o que, al asumir el cargo, asumieron el compromiso de continuarla. Habrá quien acepte «por miedo, inercia, amor a la tradición o cálculo egoísta de intereses a largo plazo, como también por el reconocimiento de una

79 Ibid., p. 149.

80 Ibid., p. 151.

81 RAMOS PASCUA, J. A., op. cit., p. 195.

obligación moral»⁸². Y en este punto consideramos que Hart tiene razón⁸³. Todos podemos conocer a funcionarios, jueces u opositores a juez que no se plantean una valoración ético-política del sistema -o, incluso, que tienen una visión negativa de él, aunque sea incongruente-, sino que ven y valoran su cargo simplemente como un buen empleo, fijo, estable, generalmente remunerado por encima de la media del país, etc. Razones nada desdeñables en los tiempos que corren.

Por ello, volvemos a afirmar que, a nuestro juicio, no es correcto basar la existencia de la regla de reconocimiento en la aceptación llevada a cabo por los jueces y funcionarios. Los miembros del aparato del Estado son productos del sistema jurídico, no su fundamento. Es cierto que el grado de adhesión al sistema jurídico entre los funcionarios y jueces es necesariamente mayor que el que se requiere de la población en general, en tanto en cuanto colaboran directamente en éste, y que los miembros de las altas esferas del aparato Estatal forman parte de ese Poder -`hecho fundante básico`- que funda el Derecho y lo sostiene. Pero es en ese Poder, complejo y variante según la sociedad, donde debemos buscar el fundamento de un sistema jurídico.

Por consiguiente, entre Derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento, no sería viable debido a que el Derecho no sería capaz de cumplir sus funciones típicas de estabilidad de expectativas y organizar la seguridad física y económica, a no ser que el Poder -o, de otro modo, podría denominarse grupo dominante- comparta los principios y valores comunes aprobados en la regla de reconocimiento (norma fundante básica) del sistema. Ninguna sociedad puede ser viablemente guiada a través del Derecho si ese Derecho no expresa qué es lo que en ella se considera justo.

En definitiva, parece inevitable concluir que, en cuanto la aceptación de la regla de reconocimiento implica que, al menos, los elementos que conforman el grupo dominante la valoren positivamente desde el punto de vista ético-político, dicha regla constituye otra vía no contingente sino necesaria de penetración de la moral en el Derecho. Si bien, se trata de una conexión entre el Derecho y la moral social dominante, o la moral del grupo dominante, que puede ser incluso inicua, pero no necesariamente entre Derecho y Moral con mayúsculas, entendido como verdadera moral. Por lo que sería preferible llamar a esta conexión entre Derecho y moral, más que *necesaria*, *aleatoria*, debido a que la conexión puede ser con cualquier moral.

c. Las críticas de Dworkin a la teoría de Hart

Como es bien sabido, la principal crítica de Dworkin contra la teoría jurídica hartiana gira entorno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en los casos difíciles, echan mano de principios u otros tipos de pautas y estándares que no funcionan como reglas⁸⁴. Dworkin llama principio a una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de otra dimensión de la moralidad⁸⁵. «Lo que Dworkin sostiene, en términos simples, es que en algunas comunidades los principios morales tienen

82 HART, H., citado en RAMOS PASCUA, J.A., op. cit., p. 198.

83 Exceptuando el motivo relativo a la aceptación por miedo, dado que ya lo habíamos rechazado.

84 DWORKIN, R., "El modelo de las normas (I)", en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 (imp., 1989), pp. 72-80.

85 Para ver la diferenciación que hace Dworkin entre los principios y las reglas, basándose tanto en su carácter como en su forma de operar, vid. DWORKIN, R., op. cit., pp. 74-78.

fuerza jurídica y lo que les hace Derecho es su verdad (moral) para la resolución de conflictos, en lugar de su promulgación por las autoridades pertinentes»⁸⁶.

La crítica reside en la supuesta incapacidad de la regla de reconocimiento para identificar y dar cuenta de la presencia en el Derecho de estándares distintos de las reglas, como es el caso de los principios. La regla de reconocimiento suministra criterios formales de validez, esto es, criterios relativos al origen o pedigrí de las normas. Por el contrario, los principios -que son normas que obligan jurídicamente y parte esencial del 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, y no por criterios formales, relativos a su pedigrí u origen⁸⁷. «El origen de los mismos como principios jurídicos no se encuentra en una decisión particular de la legislatura o tribunal, sino en un sentido de conveniencia desarrollado por la profesión jurídica y en el público a lo largo del tiempo. La continuidad de su poder depende de que ese sentido de la conveniencia se mantenga»⁸⁸. Las proposiciones que afirman que un determinado principio es un principio jurídico han de fundamentarse apelando al 'apoyo institucional' que dicho principio haya recibido, pero a pesar de ello los principios, en opinión de Dworkin, no tienen con los actos de las instituciones jurídicas «una conexión lo bastante simple o directa como para enmarcar esa conexión en términos de criterios específicos por alguna regla magistral de reconocimiento»⁸⁹.

Consecuencia de lo anterior es que los jueces no deben actuar de modo discrecional cuando no hay norma aplicable al caso, entendiendo discreción en el sentido fuerte -esto es, no estando vinculado por ningún criterio de juicio preexistente, arbitrariamente-, sino que debe resolver apoyándose en los principios, que sirven al juez para colmar las lagunas. Si no fuera así, el juez estaría creando Derecho *ex post facto* para solucionar el caso, lo que contraviene, por un lado, el principio de irretroactividad de las normas desfavorables y, por otro lado, usurpa la función del poder legislativo, único poder competente para crear normas en un Estado de Derecho. Dworkin afirma que toda controversia puede ser resuelta sobre la base del derecho existente. En este punto debemos señalar que, por el contrario, para Dworkin el Derecho siempre es "discrecional" en uno de sus sentidos débiles, es decir, que siempre debe ser interpretado.

Obviamente, de ser las afirmaciones de Dworkin correctas, quedarían refutadas dos de las tesis fundamentales del positivismo jurídico, y para las que la regla de reconocimiento es un elemento esencial, la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la separación entre Derecho y moral. En primer lugar, si la regla de reconocimiento no puede identificar los principios porque su validez proviene de su contenido moral, la tesis de las fuentes sociales del Derecho no sería correcta. En segundo lugar, si es erróneo suponer que en todo sistema jurídico una regla de reconocimiento permita determinar qué normas cuentan como Derecho y cuáles no, entonces no es posible establecer una distinción final entre las normas jurídicas y las normas morales y, en consecuencia, no existe separación entre Derecho y moral⁹⁰.

86 JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2007, p. 227.

87 *Ibid.*, p. 227.

88 DWORKIN, R., *op. cit.*, pp. 94-95.

89 DWORKIN, R., *op. cit.*, p. 96.

90 No entraremos en lo referente a la tesis de la discrecionalidad, por no ser el objeto directo de este trabajo.

La respuesta de Hart no se hizo esperar, éste señaló que «en algunos sistemas jurídicos la conformidad con ciertos principios morales -por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales- es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los legisladores pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios. Por el contrario, en aquellos sistemas jurídicos que no los incorporasen, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante. Tal incorporación puede ser realizada por ley o por un documento o enmienda constitucional escritos. También puede ser realizada en países donde no hay constitución escrita, a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como una prueba de validez jurídica. La conclusión sería, entonces, que no hay razón alguna por la que una regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que sean tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica»⁹¹.

Esta defensa de la regla de reconocimiento que lleva a cabo Hart supone admitir que la regla de reconocimiento *puede* incorporar criterios materiales de validez, lo que le sitúa en el espectro teórico de lo que se ha venido a denominar `positivismo suave´ o `positivismo incluyente´⁹². En todo caso, poder contenerlos no significa que tenga que ser necesariamente así. Es este último dato el que permite seguir sosteniendo a Hart que no es necesario, sino meramente contingente, que la moral sea un criterio de validez jurídica⁹³.

La doctrina de Dworkin⁹⁴ ha sido objeto, además, de múltiples críticas por parte de los seguidores de Hart, se ha dicho que distorsiona en su beneficio los planteamientos de Hart; que no tiene en cuenta la `textura abierta´ o vaguedad potencial en su significado que tiene todo el material jurídico -incluida la regla de reconocimiento-⁹⁵; que caricaturiza la teoría de la discrecionalidad; que de cada línea de su texto parece inferirse que se está refiriendo a los sistemas jurídicos de raíz anglosajona⁹⁶; que su teoría del Derecho parece reducirse a una teoría de la argumentación judicial, ya que únicamente se preocupa de ello, sin prestar atención a, por ejemplo, las formas de producción normativa y las clases de normas⁹⁷; etc.

En nuestra opinión, la tesis de Dworkin supone un cambio de punto de vista a la hora de tratar de describir qué es el Derecho. Dworkin centra su razonamiento en la argumentación que hacen los jueces, con el fin de intentar hacernos ver que hay conexión entre el Derecho y la moral (él cree que existe una moral correcta), es decir,

91 JIMENEZ CANO, R.M., "Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento", cit., p. 94. No obstante, Hart ya contemplaba esta posibilidad antes las críticas de Dworkin, en este sentido parece manifestarse cuando dice: «en algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos» (HART, H., op. cit., p. 252).

92 Los diferentes argumentos en favor y en contra permitir la incorporación de criterios morales sustantivos de validez jurídica, esto es, la disputa entre positivismo incluyente y positivismo excluyente, no va a ser tratada en este trabajo. Véase un estudio de los diferentes argumentos de estas doctrinas en JIMENEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 235-254.

93 JIMENEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 229-230.

94 En este apartado dedicado a las críticas que hace Dworkin a la regla de reconocimiento de Hart estamos centrándonos en los argumentos que más directamente se dirigen contra ésta, sin embargo, para comprender adecuadamente las objeciones de Dworkin debemos ponerlas en relación con su crítica a la teoría de la discrecionalidad de Hart, y su tesis del razonamiento judicial (´juez hércules´ - right thesis).

95 Vid. RUIZ MANERO, J., op. cit., pp.165-166.

96 Cfr. PARAMO ARGÜELLES, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., pp. 404-405.

97 *Ibid.*, p. 401.

que el Derecho tiende a la Justicia. El autor norteamericano niega la tesis fundamental del Positivismo jurídico: para él, los principios morales tienen relevancia jurídica por sí mismos, no debiendo su status de Derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa, ni práctica judicial, o a ningún consenso. Sin embargo, nosotros consideramos que Dworkin confunde un `fin´ con un `medio´, esto es, la Justicia con el Derecho. El Derecho es un instrumento social, que cumple una función determinada y que está influido por el Poder que lo apoya, de modo que los valores y principios que tiene de este Poder suelen ser incorporados al Derecho. Por tanto, cuanto más democrática sea la sociedad existe mayor probabilidad de que el Derecho se corresponda con la moral social de la mayoría de la sociedad, y también hay mayor probabilidad de que los jueces cuando carezcan de estándares jurídicos aplicables, asunto cada vez más difícil en los sistemas jurídicos desarrollados, se adecuen a la moral social para resolver los casos y así dotar a sus decisiones de mayor legitimación.

A pesar de ello, no debemos confundir el Derecho con la moral, ya que la función que ambos órdenes normativos cumplen en la sociedad es diferente. Tanto el Derecho como la moral pueden ser sistemas normativos adecuados para lograr el control social o para resolver conflictos⁹⁸. Sin embargo, el Derecho cuenta con dos características propias de las que carecen los sistemas morales: su carácter dinámico y la seguridad de expectativas que proporciona. Generalidad, publicidad, irretroactividad, claridad, no contradicción son algunas de las características que hemos identificado como propias del Derecho. El propio Dworkin alude a alguna de ellas a la hora de criticar la teoría de Hart. Todas ellas tienen en común que producen *seguridad*, que permiten a los individuos prever las consecuencias de sus comportamientos y no ver arbitrariamente truncadas sus expectativas.

En nuestras sociedades de hoy, la gran mayoría de las relaciones sociales son a la vez relaciones jurídicas. Dos personas pactan la compraventa de una casa, ¿qué es lo primero que realizan? Formalizar un contrato. ¿Para qué? ¿Por qué no se conforman con la simple promesa de que van a cumplir cada una su parte del pacto? Porque quieren tener la seguridad de que en caso de incumplimiento de una de las partes, podrán lograr que se cumplan las expectativas que habían adquirido. En este contexto se ha desarrollado el Derecho que hoy conocemos y, junto con el Estado, cumple una función de aseguramiento de las relaciones sociales, esencial para nuestro modo de organización social. Este mundo, formado por individuos formalmente iguales, individualista, donde cada uno únicamente se preocupa de su propio interés, y donde se pretende fomentar el libre intercambio de mercancías y servicios por medio del mercado, necesita un instrumento otorgue la *seguridad*, frente al Estado y frente a los otros, de que las expectativas del individuo-comerciante están salvaguardadas⁹⁹. Esta concepción nace en el periodo de la Ilustración y llega hasta nuestros días. De ahí el increíble desarrollo que ha sufrido el Derecho desde entonces, ya que cumple las dos características requeridas: otorga seguridad y puede adaptarse a las circunstancias cambiantes. No obstante, el Derecho es un producto humano y que, por tanto, contiene errores, se puede

98 La moral es adecuada como medio de control social y como instrumento para resolver conflictos, sobre todo, en los casos en que existe una única y verdadera Moral en una determinada sociedad, de ahí que la cada vez mayor pluralidad haya venido acompañada de un papel predominante del Derecho frente a la moral.

99 El ejemplo de lo que acabamos de señalar podemos verlo diariamente, y es que cuando se pretende “desarrollar” algún país del tercer mundo donde todavía no han llegado estos planteamientos, lo primero que se trata de lograr es precisamente la seguridad (entendida como seguridad jurídica) frente a la arbitrariedad del Estado y la anarquía, como requisito esencial para que pueda florecer nuestro sistema de organización social.

perfeccionar, se podría adaptar para diferentes fines, tiene las limitaciones intrínsecas a los elementos con que opera – v.gr. textura abierta del lenguaje-, etc.

En todo caso, nosotros consideramos que una descripción del Derecho debe tener en cuenta la principal misión que cumple en la sociedad de nuestros días, y la postura de Dworkin no lo hace. Si como afirma Dworkin no existiera diferencia entre Derecho y moral, ¿no desvirtuaría éso la función que cumple el Derecho? Ramos Pascua acusa al positivismo de preferir «la seguridad al desorden»¹⁰⁰, y ello es cierto, precisamente porque éso es el Derecho, al menos en nuestra época. No queremos decir que el Derecho no sirve, que a través de él no se puede lograr la justicia, lo que tratamos de señalar es que para tratar de conocer lo que el Derecho es, hay que conocer su finalidad, rasgos básicos y limitaciones. En este sentido, el Derecho es, entre otras cosas, *seguridad*, adaptabilidad a las circunstancias, imposibilidad de prever todos los casos, igualdad -aunque sea entre desiguales-, etc.

Además, y para acabar este trabajo, conviene apuntar que es una constante durante todo el texto la preocupación de Dworkin porque la discrecionalidad que otorga el positivismo a los jueces cuando no hay norma aplicable, provoca un quebrantamiento del principio democrático, debido a que los jueces al no ser órganos representativos no deben crear normas, y del principio de irretroactividad de las normas desfavorables. Si bien, en lo referente al principio democrático, ¿respetaría más este postulado la tesis que propugna que unos principios que no han sido promulgados ni fiscalizados por ningún órgano representante del interés colectivo deben interferir en las decisiones judiciales? Y, ¿no menoscabaría también la seguridad jurídica resolver un problema en base a unos principios que no se encuentran positivizados, unos principios que no gozan de ninguna publicidad y que los ciudadanos no tienen la certeza de cuáles son y de si serán aplicables al caso concreto?, ¿Cómo puede un ciudadano prever cuando es aplicable un determinado principio?, ¿No puede servir esta alusión a los principios no positivizados como parte del Derecho como medio de dotar de legitimidad un tipo de actuación político-judicial que, apartándose de las normas, ofrezca la solución conveniente políticamente en casos “espinosos”?¹⁰¹, ¿no podría ser ésto un arma de doble filo? Son problemas que quedan abiertos, pero que en nuestra opinión desvían la pregunta inicial - ¿qué es el Derecho?- hacia un terreno donde, no preocupándonos demasiado por describir que es el Derecho, nos interrogamos acerca de cuál es la mejor manera de aplicarlo.

100 RAMOS PASCUA, J.A., op. cit. p. 229.

101 Cfr. GUASTINI, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 284.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N., “Normas primarias y normas secundarias”, en *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres-Editor, Valencia, 1980 (o en Debate, Madrid).
- Bulygin, E., “Sobre la regla de reconocimiento”, en AA. VV., *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 383-392.
 - “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *DOXA*, 9, 1991.
- Calsamiglia, A., “Postpositivismo”, *DOXA*, nº 21-I, 1998.
- Caracciolo, R.A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Dworkin, R., “El modelo de las normas (I)”, en *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984 (imp., 1989), pp. 61-101.
- Fernández García, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos* [1984], 2ª re., Debate, Madrid, 1991.
- Garzón Valdés, E., “Algo más sobre la relación entre derecho y moral” [1990], en Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, 1998 [3ª reimpr., 2003].
 - “Validez, eficacia y existencia en H.L.A. Hart”, en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Guastini, R., *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 137.
- Jiménez Cano, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, colección "Filosofía y Derecho" (con prólogo de Gregorio Peces-Barba), 2008.
 - “Problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 10, 2009, pp. 79-128.
- Páramo Argüelles, J. R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984 (y el prólogo de G. Peces-Barba).
 - “Entrevista a H. L. A. Hart”, *DOXA*, nº 5, 1988.
- Peces-Barba Martínez, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín oficial del Estado, Madrid, 1999.
- Ramos Pascua, J. A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart : un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Raz, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1ª ed.), trad. de R. Tamayo y Salmerón, UNAM, México, 1986.
- Robles Morchón, G., “Hart: algunos puntos críticos”, en *DOXA*, nº 21, vol. II, 1998.
- Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.