



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El Derecho como Sistema Normativo Institucional

Presentado por:

Natalia Martín Martín

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Valladolid, 4 de junio de 2018

RESUMEN

El Derecho como sistema normativo se define como un conjunto de enunciados normativos que comprende consecuencias lógicas. Hay al menos una norma que se correlaciona a un caso determinado con una solución normativa. Por ello, se considera como características la coactividad y la institucionalización. En este trabajo, nos centramos en esta característica. Decir que el Derecho como sistema normativo es institucional supone la existencia de órganos centralizados para aplicar medidas coactivas; el sistema jurídico no sólo regula el empleo de la fuerza, sino que regula como un monopolio ciertos órganos. A estos órganos se les llama órganos primarios del sistema jurídico. Estos órganos primarios son tres principalmente: los encargados de crear y derogar normas generales del sistema (legisladores); los encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer la ejecución de las medidas coactivas que en tales normas prescriben (jueces y tribunales); y los órganos que ejecutan físicamente las medidas coactivas (policía y otros órganos de seguridad).

Palabras clave: sistema, normativo, institucional, sistema jurídico, legislador, tribunales, medidas coactivas.

ABSTRACT

Law as a normative system is defined as a set of normative statements that includes logical consequences. There is at least one standard that correlates to a case with a normative solution. For this reason, the coercive and institutionalization are considered as characteristics of Law as a normative system. In this work, we go into this last feature. Law as a normative system is institutional assumes the existence of centralized institutions to apply coercive measures; the legal system not only regulates the use of force, but rather regulates certain organs as a monopoly. These organs are called primary organs of the legal system. These primary organs are three mainly: organs which order the creation and abolishing general rules of the system; organs that determine which rules are applicable to particular situations and provide the implementation of the coercive measures that such rules prescribe; and organs that performer physically coercive measures.

Key words: normative system; institutionalization; legal system; primary organs; measures; norms.

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL DERECHO COMO SISTEMA	5
2.1. La idea de sistema normativo.....	5
2.2. Rasgos distintivos del derecho como sistema normativo.....	7
2.2.1. <i>Dinamismo</i>	8
2.2.2. <i>Coactividad</i>	11
2.3. Conclusiones sobre el concepto kelseniano del derecho como sistema normativo.....	15
3. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO EN H. HART	17
3.1. La distinción de Hart entre normas primarias y normas secundarias.....	18
3.2. El derecho como unión de normas primarias y normas secundarias	24
4. EN PARTICULAR, EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO INSTITUCIONALIZADO.....	30
4.1. Sujetos de Derecho y su relación con el concepto de <i>aceptación</i>	32
4.2. El Derecho como institución.....	33
4.2.1. <i>Concepto de institución y características</i>	34
4.2.2. <i>Distinción entre instituciones aplicadoras de Derecho e instituciones creadoras de Derecho</i>	35
4.3. Los órganos primarios de los sistemas jurídicos.....	37
4.3.1. <i>Características de los órganos primarios</i>	38
4.3.2. <i>Discrecionalidad judicial</i>	41
4.3.3. <i>Juicios normativos</i>	46
4.3.4. <i>Definitividad e infalibilidad de la decisión judicial</i>	49
4.4. La obligación los órganos primarios de aplicar normas y la norma de reconocimiento de Hart	52
4.4.1. <i>Identidad y membresía en los sistemas jurídicos</i>	55
4.4.2. <i>La norma de reconocimiento y validez jurídica</i>	57
4.4.3. <i>Los límites de la ley</i>	64
4.4.4. <i>Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa</i>	65
4.5. Diferenciación del Derecho frente a otros sistemas normativos institucionalizados	66
5. CONCLUSIONES.....	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este tema consiste en averiguar las exigencias que se derivan al considerar el Derecho como *sistema normativo institucionalizado*. Al hacer referencia al carácter *institucional* del Derecho, aludimos a una serie de características que se considera que ostenta el sistema jurídico, éstas las mencionaré brevemente y de forma independiente, aunque en la realidad se presentan como un todo. Además, antes de analizar en profundidad el propio tema de mi trabajo de fin de grado, haré una breve explicación de la concepción de sistema que sostiene Kelsen y Hart para facilitar la explicación del carácter *institucionalizado* del Derecho.

Al hablar del carácter *institucional* del Derecho, hacemos referencia a varios sentidos¹ que puede adquirir el Derecho. Estos son:

En primer lugar, se hace referencia al Derecho como realidad institucional. Con esto queremos decir que el Derecho gira en torno a los hechos sociales cuya persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas normas constitutivas. Sería el sentido más básico del carácter *institucional* del Derecho.

También podemos aludir al carácter *institucional* del Derecho entendiéndolo como un conjunto de normas socialmente existentes. Estas normas se practicarán teniendo en cuenta dos aspectos: nos encontramos con órganos dotados de autoridad para resolver los conflictos planteados entorno a las normas de esa sociedad y la resolución de estos conflictos se realiza de forma públicamente vinculante; y, del mismo modo, encontramos a los individuos que conforma la sociedad actuando conforme a estas normas.

Otro sentido que podemos dar a la expresión *institucional* aplicada al Derecho tiene relación con los procedimientos jurídicos llevados a cabo para la resolución de disputas. Debemos señalar que la posibilidad de plantear una disputa está sujeto a límites temporales y que dicha disputa finaliza con una resolución pública y vinculante y, además, dicha decisión está fundamentada en la autoridad que ostentan los órganos encargados de resolver la misma.

En cuarto lugar, es necesario hacer referencia a los procesos de creación y aplicación que componen el sistema jurídico. En otras palabras, el sistema jurídico está compuesto por normas que confieren poderes de cambio y de adjudicación y normas que regulan el ejercicio de estos poderes.

¹ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO: *La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica*, “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho” (2001), núm. 24, pp. 115-130.

En quinto lugar, se hace referencia a que la nota de *institucional* alude al reconocimiento de las normas jurídicas y su aceptación como pautas de comportamiento para los individuos de la sociedad. Dicha aceptación se realiza a través de un sistema de fuentes dotado de autoridad. Es decir, que las normas que provienen de una fuente se reconocen y aceptan en virtud del reconocimiento de la autoridad de su fuente.

Y, por último, con el carácter *institucional* se añade al Derecho el hecho de que el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global. Se trata del sentido sociológico y se considera que deben destacarse dos rasgos, fundamentalmente: el enorme aparato de medios humanos, materiales, organizativos, etc. Para poner en funcionamiento la maquinaria del Derecho; y que las instituciones sociales funcionan en el marco del Derecho.

Hablaremos de todos estos sentidos en profundidad al tratar conceptos como, por ejemplo, el de *norma de reconocimiento, validez jurídica* o *discrecionalidad judicial*. No solo trataremos en profundidad los sentidos que puede adquirir el carácter *institucional* del Derecho, sino también trataremos el concepto de *institución*, sus características y su relación tanto con el ordenamiento interno como con el ordenamiento internacional. Para finalizar, haremos una breve distinción entre el Derecho frente a otros sistemas normativos *institucionalizados* que existen en nuestra sociedad.

2. LA CONCEPCIÓN KELSENIANA DEL DERECHO COMO SISTEMA

2.1. La idea de sistema normativo

Lo primero que debemos señalar es que Kelsen considera al Derecho como un conjunto normativo y su estudio como tal correspondía a la Ciencia jurídica. Esta concepción del Derecho como sistema normativo podemos desglosarlo en dos ideas: por un lado, la idea de pluralidad de normas y, por otro, la reducción de esta pluralidad a unidad. Sin embargo, no todas las normas se incorporan en el sistema y además las que forman parte de él no lo realizan de cualquier forma. La única manera de que estas normas se incorporen es a través de la relación de validación de unas normas por otras. Con esto queremos decir que el fundamento de la unidad del sistema es la validez del conjunto de normas. Pero ¿qué concepto sostiene Kelsen y qué implica?

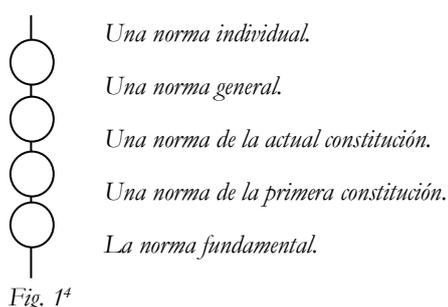
Kelsen en su *Teoría pura del Derecho* nos habla de la validez y la eficacia y nos dice que, si la validez es una cualidad intrínseca de las normas, la eficacia las relaciona con los

comportamientos reales de los seres humanos². Sostiene el principio de *inderivabilidad* del “deber ser” a partir del “ser”. ¿Qué quiere decir con ello? Los hechos no son condición necesaria para la existencia de normas, aunque es cierto que a veces hay hechos que pueden dar lugar a la creación de determinados cuerpos legislativos. Por lo tanto, volvemos a la idea de que la validez de una norma se fundamenta en otra norma y así sucesivamente hasta llegar a la *norma fundamental* y última que denominamos “constitución”.

Llegados a este punto se hace necesario saber qué concepto sostiene Kelsen de “constitución” y qué papel juega dicho concepto. El rasgo más significativo que destaca este autor es que la *norma fundamental* es una norma presupuesta y ello supone que su validez no descansa en ninguna otra norma del sistema. Aunque es una norma presupuesta, constituye el fundamento de unidad del sistema y la pertenencia de cada norma al sistema dependerá de que pueda ser relacionada con la *norma fundamental*.

Esto hace necesario que expliquemos brevemente qué tipo de relación hay entre una norma y la *norma fundamental*. Pues bien, se trata de una relación de fundamentación, de derivación, es decir, que la norma que quiera incorporarse al sistema será válida si tiene como fundamento último la *norma fundamental*. Ello nos lleva a hablar de las llamadas cadenas de validez³. J. Raz nos define las cadenas de validez de la siguiente forma: una cadena de validez es un conjunto de todas las normas, de modo que cada una de ellas autoriza la creación sólo de una de las otras del sistema, excepto a lo sumo una que no autoriza la creación de ninguna norma; y la creación de cada una de ellas está autorizada por una sola norma en el conjunto, a excepción de una norma, cuya creación no está autorizada por ninguna norma de la cadena.

Raz representa las cadenas de validez a través de las siguientes figuras:



Esta figura muestra que los círculos serían los poderes legislativos y una persona puede tener poder legislativo, el cual procede de varias normas.

² Hans Kelsen: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez; Prólogo H. Kelsen), Madrid, Trotta, 2001, p.23.

³ Joseph RAZ: *The Concept of a Legal System* (2ª ed.), Oxford, Clarendon Press, 1970, pp. 97ss.

⁴ *Ibid.*, p. 98.

En cambio, dos cadenas de validez tendrían todas sus normas, pero una de ellas en común y podrían representarse con el siguiente diagrama:

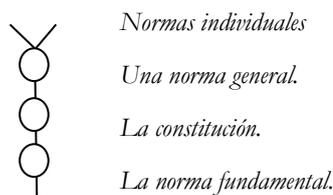


Fig. 2⁵

Otras cadenas de validez pueden ramificarse en más de una norma. Kelsen insiste, sin embargo, en que hay al menos una norma en común en cualquiera de las cadenas de validez que pertenece al mismo sistema legal; además, hay una norma que forma parte de todas las cadenas de validez de un sistema y que, en todo sistema legal, la norma que pertenece a todas las cadenas de validez es la *norma fundamental*, que es la última norma de la cadena en toda cadena de validez, así se muestra en los diagramas.

Con toda esta explicación ofrecida por Raz en *The Concept of a Legal System*, podemos extraer las siguientes ideas:

1. La existencia de varias cadenas de validez dará lugar a la creación de los llamados sistemas complejos y dichas cadenas de validez puede que tengan eslabones comunes.
2. Que haya eslabones comunes supone que una misma norma puede servir de soporte para fundamentar la validez de varias normas.

Esto implica que el desarrollo del sistema normativo a partir de la *norma fundamental* sigue un orden ramificado [*v.gr.* un testamento, el acto de emancipación del menor y la ejecución de una pena de prisión pueden ser jurídicos y pertenecer al mismo sistema al derivar de la misma *norma fundamental*⁶].

2.2. Rasgos distintivos del derecho como sistema normativo

Kelsen señala dos rasgos distintivos del sistema jurídico: el Derecho es un sistema normativo dinámico y coactivo. Las normas morales formarían sistemas normativos estáticos y no coactivos.

⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁶ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Iuris, 2013, p.207.

2.2.1. Dinamismo

En primer lugar, debemos distinguir entre *sistemas normativos estáticos* y *sistemas normativos dinámicos*, basándonos en la naturaleza de la *norma fundamental* y en el modo de validación de las normas.

En cuanto al *sistema normativo estático*, sus características principales son que la *norma fundamental* tiene contenido material y que el proceso de derivación es un proceso deductivo de lo particular a lo general. Aquí la *norma fundamental* es obligatoria y su validez se presume y, por tanto, el proceso de integración del sistema es una explicitación de contenidos normativos implícitos en la *norma fundamental*. Por ello Kelsen considera que este sistema está cristalizado.

En cambio, si hablamos de un *sistema normativo dinámico* podemos observar cómo la *norma fundamental* es de carácter formal. Con esto queremos decir que la *norma fundamental* crea un poder normativo para crear normas y, en ocasiones, puede que dicha norma establezca el procedimiento para crear otras normas. En otras palabras, el fin último de la *norma fundamental* en este tipo de sistemas es servir como fundamento de validez de las demás normas que conforman el sistema. En cuanto al proceso de derivación, está mediado por actos de voluntad, es decir, que las normas valen y pertenecen al sistema por haber sido creadas por el órgano autorizado por una norma anterior. El acto de voluntad es por un lado, “*un acto de aplicación de una norma anterior y por otro, un acto de creación de una nueva norma*”.⁷ Que haya mediado un acto de creación normativo va a ser condición necesaria para la existencia de todas y cada una de las normas de un sistema normativo.

Una característica esencial en los *sistemas normativos dinámicos* es la positividad. El Derecho vale sólo como derecho positivo, es decir, como derecho impuesto. “*La creación de normas jurídicas acontece en múltiples formas: por la costumbre o mediante un procedimiento legislativo, en el caso de las normas generales; por actos jurisdiccionales o a través de negocios jurídicos, si se trata de normas individuales*”.⁸

Kelsen describe el Derecho como sistema normativo en los siguientes términos “*Las normas jurídicas pueden tener cualquier clase de contenido. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. La norma*

⁷ *Ibid.*, p. 212.

⁸ H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, *op. cit.*, p. 84.

*fundamental de un orden jurídico es la regla suprema postulada. El derecho es siempre derecho positivo, y su positividad reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos*⁹.

Hemos intentado explicar el concepto de *norma fundamental*, ahora bien, ¿cuál es la *norma fundamental* tanto en un *sistema estático* como en un *sistema dinámico*? Pues bien, en los sistemas estáticos el contenido de la *norma fundamental* varía de unos sistemas a otros, al igual que en los sistemas dinámicos. Kelsen nos dice que “*la norma fundamental de un orden jurídico prescribe que uno debe comportarse tal como mandan los “padres” de la constitución y los individuos directa o indirectamente autorizados por la constitución*”¹⁰.

Esta definición que nos da Kelsen nos sirve para añadir una característica más a los sistemas jurídicos que es la coactividad. Entender el sistema jurídico como un sistema coactivo implica que el poder normativo básico, cuyo fundamento de validez se encuentra en la *norma fundamental*, impone actos de coacción. En otras palabras, debe obedecerse lo que autorice dicha autoridad, ya que su validez se encuentra en la *norma fundamental* y todo ello da lugar a la creación de normas coactivas o a la aprobación de procesos para su creación.

Sin embargo, y a pesar de que el sistema jurídico está formado por normas positivas, no debemos olvidar que la *norma fundamental* es una norma presupuesta, ya que no está creada con arreglo a otra norma. Por consiguiente, uno de los rasgos definitorios de la *norma fundamental* es que es una norma presupuesta.

El siguiente rasgo distintivo de la *norma fundamental*, siguiendo la Teoría Pura del Derecho, es el manejo de ésta como fundamento hipotético¹¹. Si dicha norma es válida, el ordenamiento jurídico basado en ella será válido. El significado normativo de todos los hechos constitutivos del ordenamiento jurídico en último término tiene su raíz en la *norma fundamental*. La *norma fundamental* es el presupuesto necesario de la concepción positivista del material jurídico. Aunque es cierto que sus últimos años Kelsen consideró de forma errónea a la *norma fundamental* como una norma hipotética, finalmente se decide a caracterizarla como una ficción. El que sea una ficción supone que la *norma fundamental* es una norma meramente pensada.

En resumen, la *norma fundamental* se caracteriza por no ser positiva; ser presupuesta y porque no se crea mediante un acto de voluntad, ya que éste sólo puede ser un acto de creación de normas si está autorizado por otra anterior.

⁹ M.A. RODILLA: *Teoría del derecho... op. cit.*, p. 215.

¹⁰ M.A. RODILLA: *Teoría del derecho... op. cit.*, p. 216.

¹¹ H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed.; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, *op.cit.*, p. 85.

Pese a las explicaciones sobre la noción de *norma fundamental* proporcionadas por Kelsen, su descripción del Derecho como sistema normativo dinámico no recurre a ella. Es por ello por lo que podemos decir que para Kelsen la *norma fundamental* cumple dos funciones a saber: fundamentar la unidad de sistema y proporciona el criterio de la pertenencia de una norma al sistema.

Ya sabemos que en un sistema dinámico las normas están conectadas entre sí porque la producción de una norma está autorizada por otra. Es posible suprimir la *norma fundamental* sin que se destruya la unidad del sistema. Esto implica que no podemos determinar el contenido de la *norma fundamental* si previamente no hemos identificado un sistema jurídico.

En el sistema jurídico español, la norma va a incorporarse por el hecho de haber sido creada por algún órgano dotado de poder normativo por la Constitución española. Por lo tanto, es la Constitución la que presta unidad sistemática a una pluralidad de normas y es el origen a partir de la Constitución el criterio decisivo para establecer la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Pero se nos plantea el problema del fundamento de la validez de la Constitución. Para ello Kelsen considera que el problema de la validez del Derecho debe discutirse independientemente de su concepción del Derecho como sistema dinámico.

Y ¿qué supone la concepción de Derecho como *sistema normativo dinámico*?¹² Lo primero que la *norma fundamental* es un límite al carácter dinámico y su validez no descansa en el principio dinámico. Por ende, las normas sólo pueden fundamentarse en otras normas. La aceptación de la teoría de la validez de Kelsen implica que la *norma fundamental* no ha de ser positiva, ya que en un sistema de normas positivo necesariamente tiene que tener como fundamento una norma no positiva.

Por último, hemos de realizar otra consideración más en torno a este rasgo del dinamismo y es que las normas en el sistema valen por el hecho de estar creadas por un órgano, el cual se encuentra autorizado por alguna norma. Esta idea presume que las normas superiores además de crear otras normas, también pueden determinar el contenido de las mismas. Dicho de otro modo, será el fundamento de validez de la norma inferior¹³.

Esto nos lleva a señalar la importancia de la idea de jerarquía. La importancia de la jerarquía normativa encuentra su razón de ser en que la norma inferior no deberá entrar en contradicción con la superior, por lo que la idea de jerarquía normativa nos conducirá a la exigencia de una cierta coherencia en el contenido de dichas normas. El que se exija una cierta coherencia supondrá que el principio estático es relevante en el sistema jurídico.

¹² M. A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* op.cit., p. 222

¹³ *Ibid.*, p.223.

Entonces, si decimos que el sistema normativo tiene un carácter dinámico ¿por qué ahora señalamos que hay un cierto carácter estático?, ¿en qué afecta el principio estático al sistema jurídico? Pues bien, aunque es cierto que el sistema jurídico es sustancialmente dinámico, “*de ninguna norma legal general se sigue sin más ninguna norma individual -como norma jurídica positiva- como lo particular sigue de lo general; sino sólo en la medida en que esa norma individual es puesta por el órgano llamado a aplicar la ley*”¹⁴.

2.2.2. Coactividad

Antes de entrar a analizar qué significa y qué entiende Kelsen por un sistema normativo coactivo, considera necesario dar una definición de este término. Según el diccionario de la Real Academia Española, coactividad es «*la cualidad de coactivo*» y si buscamos el término coacción nos lo define como «*el poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción*».

Una vez conocido el significado de dichos términos, podemos comprender de forma más sencilla la idea de sistema normativo coactivo formulado por Kelsen. Para él, considera el Derecho como una forma de control social que consiste en prescribir una conducta castigando la contraria. Por consiguiente, la coacción deberá imponerse en las condiciones y en la forma que determine el primer constituyente histórico o establezcan las instancias en las que dicho constituyente delegue¹⁵.

Por ello, deducimos que este rasgo de coactividad no es sólo propio del sistema jurídico, sino que también es característico de las normas jurídicas. El porqué tiene su fundamento en que las normas jurídicas van acompañadas de sanciones coactivas porque si no, las normas no serían normas jurídicas propiamente dichas.

Aun así, para profundizar más en la noción de coactividad realizaremos una comparativa entre la tesis sostenida por Kelsen y la sostenida por Ihering, tal y como hace Rodilla es *Teoría del Derecho*¹⁶.

Kelsen considera que la coactividad del Derecho está integrada por normas que estipulan sanciones, mientras que Ihering ve la coactividad como el criterio absoluto del Derecho. Considerar la coactividad como criterio absoluto del Derecho implica utilizar este rasgo como elemento diferenciador entre normas jurídicas frente a la moral y las

¹⁴ M. A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* op.cit., p. 225.

¹⁵ H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed.; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, op.cit., p.84.

¹⁶ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* op.cit., p. 226.

costumbres¹⁷. Sin embargo, debemos realizar la siguiente puntualización, y es que aceptar la tesis de Ihering supone admitir que una norma sólo es jurídica si tras ella existe una norma que establece una sanción por incumplimiento la primera y así sucesivamente hasta llegar a un sistema jurídico formado por infinitas normas jurídicas. Por lo tanto, tal como expone Rodilla, suscribir la concepción de Ihering nos posicionaría ante la siguiente alternativa, la cual es poco viable: o el sistema jurídico contiene un número infinito de normas o contiene normas que no sean jurídicas¹⁸.

En contraposición a la tesis de Ihering sobre la coactividad del Derecho, nos encontramos con la tesis sostenida por Kelsen. Para Kelsen la coactividad no sólo va a depender del sistema jurídico, sino también de las normas jurídicas; lo que le conduce a pensar que las normas estipulan el uso de la fuerza y sólo tendrá la connotación de jurídica aquellas que contienen una sanción. Por consiguiente, el planteamiento kelseniano a que la coactividad funciona como un criterio de individuación y no como un criterio absoluto, como sugiere Ihering.

Considerar la coactividad como criterio de individuación de las normas jurídicas implica que todas las normas jurídicas sean coactivas, pero entre ellas hay algunas cuya eficacia no se asegura mediante otras normas coactivas. El despliegue de esta tesis supuso para Kelsen la reformulación de la distinción corriente entre *normas primarias* y *normas secundarias* y así considerar que toda norma jurídica obedece a un mismo patrón.

Para profundizar más en esta última idea, debemos explicar las diversas manifestaciones de la coactividad del Derecho. Antes de analizarlas, debemos saber que el acto estatal coactivo es la consecuencia que la proposición jurídica aparece siempre vinculada a una determinada condición. La norma jurídica sigue el esquema “si es x, debe ser y”; donde la “x” es el acto ilícito e “y” va a ser la sanción que impone la norma¹⁹. Lo que hace que un determinado comportamiento valga como antijurídico es única y exclusivamente que la proposición jurídica aparezca como condición de una consecuencia específica.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto y siguiendo el esquema “si es x, debe ser y”, es cierto que el legislador puede establecer que “x” no sea un hecho ilícito sino más bien una condición necesaria para la realización de actos coactivos. Kelsen considera que el acto ilícito es el comportamiento de una persona precisado en la proposición jurídica como condición, y contra el cual va dirigido el acto coactivo previsto como consecuencia de dicha proposición

¹⁷ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, pp.226 y ss.

¹⁸ *Ibid.*, p. 227.

¹⁹ H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed.; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez; *Prólogo* H. Kelsen), Madrid, Trotta, 2001, *op. cit.*, p.57.

jurídica²⁰. Ello nos induce a pensar que lo decisivo no es la motivación que mueve al legislador o que éste no lo considere socialmente perjudicial, sino la posición que ocupa el supuesto fáctico en la proposición jurídica y que da lugar a un acto coactivo constitutivo de acción para el Estado.

Llegados a este punto, podemos ver cómo el Derecho no utiliza una sola forma de coacción; sino que son tres, a saber: sanciones por incumplimiento de normas; cumplimiento forzoso de los deberes y obligaciones, y por último, como servicio a ciertos objetivos que persigue o puede perseguir el Estado²¹.

En cuanto a la primera manifestación, que sería la sanción, por lo general consideramos que es un mal asociado a la infracción de una norma para así fomentar el cumplimiento de un deber y desincentivar el incumplimiento. De aquí deducimos lo siguiente:

1. La existencia de sanciones presupone la existencia de deberes. La sanción es un mal y también un castigo por incumplimiento de un deber.
2. Se puede explicar a través de dos aspectos: uno estrictamente punitivo y otro de amenazas. Se dice que la sanción es un castigo amenazado, ya que el legislador pretender proporcionar un estímulo para el cumplimiento de la norma.
3. No debemos olvidar que las acciones humanas son las causantes del mal previsto; pero el mal que surge a causa de estas acciones surge de forma natural. A esto Hobbes hace una breve referencia en el *Leviathan* llamándolos “*castigos naturales*”²².

Dicho esto, podemos ver con claridad que la sanción es una consecuencia jurídica y que por el hecho de ser tal estarán incorporadas al sistema jurídico al regularse a través de normas que componen dicho sistema.

En un sistema jurídico están tipificadas las acciones que constituyen delitos o faltas y las acciones susceptibles de sanción. Además de encontrarnos con normas que estipulan sanciones, también forman parte de un sistema jurídico aquellas que confieren potestades a ciertos órganos para imponer las sanciones previstas. Ello nos lleva a una aplicación organizada e institucionalizada, ya que por regla general los sistemas jurídicos cuentan con

²⁰ *Ibíd.*, p. 58.

²¹ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, p. 229.

²² Tomas HOBBS: *Leviathan*, Cap. 31, pár. penúltimo. Citado por Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del derecho...* *op.cit.*, p. 229.

un aparato institucional para ejecutar la pena. Por último, decir que la aplicación de las sanciones a veces implica el uso de la fuerza, aunque no es lo decisivo. La clave se encuentra en que el castigo impuesto sea contra la voluntad del sujeto²³.

Como ya hemos mencionado, otro tipo de coacción radica en el llamado cumplimiento forzoso. Por cumplimiento forzoso entenderemos el ejercicio de la fuerza para obligar a las personas a que hagan aquello a lo que están forzados y así evitar la realización de aquello que está prohibido. La diferencia con la sanción radica en que, mientras ésta emplea el uso de la fuerza para castigar, el cumplimiento forzoso lo emplea para ejecutar y cumplir con las obligaciones legales. Esto no implica que la aplicación de una sea excluyente de la otra, sino que puede existir conexión entre ambas. De hecho, muchos han entendido el cumplimiento forzoso como una forma de sanción y, entre ellos, destaca Kelsen, cuya forma de interpretación radica en entenderlo como un mal impuesto a una persona al no cumplir voluntariamente un deber. Pero, no debemos olvidar que tanto la sanción como el cumplimiento forzoso son dos formas diferentes de emplear la fuerza para reforzar las normas y, por tanto, también es característica del Derecho.

A este respecto, al igual que hace Rodilla, debemos destacar la posición mantenida por Recaséns que afirma *“la impositividad inexorable es algo que se desprende esencialmente del sentido mismo de lo jurídico. El sentido esencial del Derecho consiste en establecer los límites recíprocos y los enlaces necesarios entre la conducta de varios sujetos, para conseguir la ordenación de un modo objetivo y externo de la vida social [...] El Derecho es una organización de las relaciones externas entre los miembros de la sociedad, en aquellos puntos en que la conducta de unos es condición indispensable e imprescindible para los demás, esta organización no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplir el Derecho [...] Por ello, el sentido pleno y primario de la impositividad se manifiesta en la imposición a todo trance la realización de la conducta prohibida, cuando lo uno o lo otro resulte posible en la práctica. Ejemplo de la imposición de una conducta debida es el procedimiento de un fallo administrativo, para el pago de una deuda. Ejemplo de evitación de una conducta prohibida es el empleo de la violencia necesaria por un policía en la calle para impedir la comisión de un delito, verbigracia, cuando, al ver que un sujeto escala una casa para entrar por la ventana, le da la voz de alto, y, si ésta no es atendida dispara un tiro contra el que iba a perpetrar el daño. El disparar el arma contra ese sujeto no constituye una sanción penal, a la que en ningún caso estaría autorizado un policía; es tan solo un hecho de fuerza al servicio de la impositividad jurídica para impedir la comisión del acto delictivo. La pena es una manifestación segunda de la impositividad razonable del Derecho: la pena supone el hecho de que fracasó la forma normal y primaria de la coercitividad jurídica,*

²³ *Ibíd.*, p. 231.

y entonces se produce una manifestación subsidiaria de ésta. El supuesto fáctico del Derecho penal es el margen de ineficiencia de la policía, es decir, el inevitable fracaso en alguna medida de la acción preventiva”²⁴.

Y ya para finalizar el estudio de la coactividad, debemos hacer referencia a la última forma de manifestación de la coactividad que sería aquella empleada para lograr los diversos objetivos que se proponga el Estado. Esta es la única manifestación en el que el uso de la fuerza no se emplea para reforzar la eficacia de las normas que imponen deberes jurídicos, sino para aquellos logros que el Estado quiera obtener. El Estado utiliza la fuerza para asegurar el cumplimiento de los fines que se proponen no para que la gente cumpla sus deberes; sino en el sentido de que se trata de identificar el deber jurídico como una manifestación del poder y su fuerza coactiva [*v.gr.* el internamiento forzoso de locos peligrosos: se coarta la libertad de movimiento de unas personas para proteger a otras].

2.3. Conclusiones sobre el concepto kelseniano del derecho como sistema normativo

Como ya sabemos, Kelsen conceptúa el Derecho como sistema normativo cuyos rasgos definitorios son el dinamismo y la coactividad. El considerar el sistema normativo como dinámico implica que los actos de creación de normas son hechos institucionales y se fundamenta en que las normas jurídicas siguen el siguiente esquema: “si se da X, debe ser Y”. Por lo tanto, el incumplimiento de este deber impuesto en la norma conlleva la imposición de la correspondiente sanción y no sólo eso, sino que también van a conferir potestades que permiten la creación y aplicación de las normas.

Esto nos lleva a hablar de la complejidad que envuelve la comprensión de la tesis de dinamismo de Kelsen. Ciertamente es que dicha complejidad la podemos ver desde un ámbito cuantitativo, pero es más bien la perspectiva cualitativa la que nos conduce a sostener que las condiciones de producción de una norma llevan implícitamente los requisitos de validez de las mismas. Todo ello tiene como destino, como razón de ser última, que el sistema kelseniano se va como un conjunto de cadenas de validez donde -y siguiendo las explicaciones de J. Raz en *The Concept of a Legal System*- el último eslabón va a ser la *norma fundamental* y, al contrario que las demás normas que componen el sistema jurídico, dicha *norma fundamental* no va a ser positiva.

Una vez aclarada la definición de dinamismo y sus implicaciones, haremos una breve referencia a la tesis de la coactividad sostenida por Kelsen. Para Kelsen toda norma que no estipule un acto coactivo es sólo un fragmento del antecedente de una norma que

²⁴ Luis RECASÉNS SICHES: *Introducción al estudio del Derecho* (1ª ed.), Porrúa, 1974, pp. 91 ss.

estipula una sanción. Sin embargo, Kelsen rectificó la tesis de la coactividad llegando a considerar dicha característica como rasgo definitorio del sistema jurídico y no de la norma jurídica, que es lo que venía haciendo. Esta rectificación nos conduce a un concepto confuso y poco preciso de norma.

Centrándonos en la tesis de la coactividad, nos referiremos en primer lugar en la forma de integración de las normas en el sistema. Dicha integración está basada en las llamadas relaciones de validez -ya explicadas anteriormente-, lo cual nos lleva a pensar que Kelsen sostiene la existencia de normas independientes. El llegar a esta suposición proviene de la opinión que mantiene dicho autor acerca de que las normas independientes no están conectadas con ninguna otra norma. No obstante, esta afirmación es prácticamente imposible de mantener, ya que entra en colisión con la idea de que el sistema jurídico está compuesto por normas y, por consiguiente, la única norma que puede ser independiente estrictamente es la *norma fundamental*. No olvidemos que el significado normativo de todos los hechos constitutivos del ordenamiento jurídico, en último término, tienen su raíz en la *norma fundamental*²⁵.

Llegados a este punto, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿las definiciones de dinamismo y coactividad son incompatibles?²⁶ Lo primero es señalar que son definiciones diferentes de Derecho, porque, para la primera, supone ver el Derecho como sistema, mientras que, para la segunda, supone verlo como un conjunto de normas de un tipo particular. Que Kelsen emplee el carácter de dinámico para definir el Derecho como sistema tiene su razón de ser en querer explicar por qué, a pesar de existir órganos legitimados para la creación y producción de normas, muchas de estas normas no son válidas. Recordemos que en la *Teoría Pura del Derecho* Kelsen nos dice que “una norma es válida como norma jurídica únicamente porque se ha originado de determinada manera, porque ha sido creada en conformidad con cierta regla, porque ha sido establecida siguiendo un método específico”²⁷.

Partiendo de esta premisa, sabemos que, como bien explica Rodilla en su obra *Teoría del Derecho*, la ley “es un documento que contiene palabras, frases, pero no necesariamente todo lo expresado por esas frases es una norma”²⁸. Esto nos lleva a pensar que puede que desde el punto de vista dinámico podría valorarse como jurídico, pero desde el ámbito estático podría quedar

²⁵ H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed.; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, *op.cit.*, p. 85.

²⁶ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.* pp. 239ss.

²⁷ H. KELSEN: *Teoría Pura del Derecho* (1ª ed.; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, *op.cit.*, p. 83.

²⁸ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op. cita*, p. 241.

descartado, lo que conlleva que el concepto estático y el concepto dinámico sean excluyentes entre sí.

No obstante, y a pesar de lo expuesto en la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen considera que el concepto dinámico no explica la esencia del Derecho y, por tanto, dicho rasgo definitorio no puede ser empleado para distinguir entre el Derecho y otras normas sociales.

Dicho esto, ¿cuál es la razón de ser de la incompatibilidad entre la tesis del dinamismo y la tesis de la coactividad? En realidad, no es que sean incompatibles dichas tesis entre sí, sino que esta incompatibilidad surge a raíz de querer conferir la característica de coactividad del sistema jurídico a las normas. El argumento en el que se basa Kelsen para explicarlo es a través de un razonamiento inductivo, es decir, de lo general a lo particular. En otras palabras, el considerar que el sistema jurídico es coactivo implica que todas las normas que componen el sistema ostenten dicha propiedad, la coactividad.

Aunque es cierto que el Derecho como sistema coactivo prevé el uso regular de sanciones, también es verdad que no todas las normas que forman parte del sistema estipulan sanciones coactivas. Por consiguiente, es una falacia lo que sostiene Kelsen al atribuir las propiedades del sistema a todas y cada una de las normas que lo componen.

Por todo ello podemos concluir que los problemas de la tesis de Kelsen comienzan cuando emplea la coactividad como criterio de individuación, ya que el considerar esto como cierto implica que el sistema kelseniano no puede construirse con normas jurídicas kelsenianas al no poder darse las relaciones de validación -que es lo característico en un sistema dinámico. Este sería el argumento principal por el que sostenemos que existe una incompatibilidad entre las definiciones de *sistema dinámico* y *sistema coactivo*.

3. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO EN H. HART

Hart considera que existe una variedad de normas y el nexo de estas normas que componen el sistema es a través de la unión de *normas primarias* y *normas secundarias*. Dicha unión es el rasgo característico del Derecho. Al decir esto, Hart no se está refiriendo al contenido del Derecho, sino más bien a tratar de explicar en qué consiste estructuralmente, y estructuralmente para él consiste en la unión de esos dos tipos de normas²⁹.

²⁹ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p.242.

Por ello, al igual que Rodilla en su obra *Teoría del Derecho*³⁰, haremos una distinción entre *normas primarias* y *normas secundarias*, y después nos centraremos en lo que implica la unión de ambas, para así comprender mejor que supone el Derecho como sistema normativo institucionalizado.

3.1. La distinción de Hart entre normas primarias y normas secundarias

Antes de entrar a estudiar la tesis sostenida por Hart, vamos a ver brevemente cómo se concebía dicha distinción con anterioridad; ya que Hart realiza una serie de modificaciones que cambian la percepción del problema.

Bentham considera que las *normas primarias* son aquellas que imponen deberes y *normas secundarias* aquellas que regulan la aplicación de sanciones. Ello se fundamenta en que las *normas primarias* son anteriores a las otras y más importantes. Por ende, se trata de un criterio temporal³¹, es decir, existen normas precedentes y normas sucesivas. Habla de *normas in principem* y de *normas in populum*. Las primeras regulan la actividad del soberano, en tanto las segundas regulan la actividad de la sociedad política. La noción de *norma* aludida por Bentham, se caracteriza por hacer referencia a un poder conferido por ella misma y que puede limitar en su caso al soberano. Como elementos de la *norma jurídica*, Bentham expone dos expresiones elementales: *acto* como conducta, y *aspecto* como el deseo de que se realice dicho comportamiento. Concibe a la norma jurídica en un escenario donde su obediencia se vincula al placer o felicidad de los receptores; de tal forma que su cumplimiento sea creído como un aspecto positivo, ofreciendo para ello una recompensa subjetiva del individuo quien obedece la voluntad del soberano. Su desobediencia incita a la creencia del daño, mal o perjuicio como un castigo. Esta sería la llamada teoría tradicional según Bobbio, cuya distinción entre *normas primarias* y *normas secundarias* radica únicamente en la diferencia entre lo que va antes y lo que va después y, por tanto, no implica ninguna valoración.

En contraposición a esta teoría, nos encontramos a autores como Kelsen que consideran que la *norma primaria* es la que estipula sanciones, ya que se caracterizan por el uso regular de la coacción; mientras que las *normas secundarias* son aquellas que imponen deberes y su existencia está implícita en las *normas primarias*³². Por lo tanto, según la teoría kelseniana³³, esta distinción se considera únicamente desde un aspecto funcional; esto supone seguir un criterio axiológico donde, en comparación con el criterio temporal seguido por la teoría

³⁰ *Ibid.*, p.243.

³¹ Norberto BOBBIO: *Contribución a la Teoría del Derecho* (2ªed.; trad. Fernando Torres), Madrid, Debate, 1990, pp. 310 ss.

³² M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.* p. 243.

³³ N. BOBBIO: *Contribución a la Teoría del Derecho... op.cit.* p. 310.

tradicional, las normas temporalmente sucesivas serán más importantes y por consiguiente, las *normas primarias* serán aquellas que en la teoría tradicional se llamaban *normas secundarias* y viceversa.

Y así llegamos hasta Hart³⁴ que, aunque adopte esta distinción entre *normas primarias* y *normas secundarias*, lo hace desde una perspectiva novedosa y diferente, si bien es cierto que su distinción no es original, ya que autores como Ihering, Kelsen y Ross habían empleado esta distinción. Ihering entendía que las *normas primarias* son normas de conducta dirigidas a los ciudadanos y las *normas secundarias* son normas sobre la sanción, es una idea similar a la que sostienen tanto Kelsen como Ross. En otras palabras³⁵, Hart se vale tanto del punto cronológico como del punto de vista axiológico para justificar dicha distinción y llega a la conclusión de que lo que es primario en el tiempo también es primario en importancia.

Para Hart las *normas secundarias* se encuentran a un nivel distinto y tratan acerca de las *normas primarias*, mientras que las *normas primarias* son acerca de las acciones que los individuos deben o no hacer. Las *normas primarias* imponen a sus destinatarios acciones u omisiones obligatorias y las *normas secundarias* se refieren a las *normas primarias* y establecen la manera en que éstas pueden ser identificadas como pertenecientes al sistema.

Las *normas primarias*³⁶ imponen deberes y obligaciones, pero ello no supone que la existencia de este tipo de normas sea algo característico del derecho. Tanto la moral como los usos sociales consisten también en este tipo de normas. Por consiguiente, lo característico del Derecho es que junto a estas *normas primarias* hay *normas secundarias*; lo que hacen las *normas secundarias* es regular la creación, aplicación e identificación de las *normas primarias*.

La noción hartiana de *normas primarias* es que todas ellas contienen mandatos o prohibiciones, imponen deberes; podríamos decir que son normas prescriptivas, pero no olvidemos que esto no significa que todas las normas prescriptivas sean *normas primarias*.

Antes de explicar los tres tipos de *normas secundarias* que debe contener, al menos, el sistema jurídico debemos hacer mención a las órdenes coercitivas ya que hay autores como Austin que conceptúa la unión de las *normas primarias* y las *normas secundarias* a través de las *órdenes coercitivas* y Hart nos las explica en su obra *The Concept of Law*³⁷. Empieza diciendo que, en ocasiones, en un Estado moderno un puede ordenar algo a un individuo, pero estas

³⁴ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 122.

³⁵ N. BOBBIO: *Contribución a la Teoría del Derecho...* *op.cit.*, p.310.

³⁶ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.* p. 244

³⁷ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho* (2ª ed., 2ª reimpr; trad. Genaro R. Carrio), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp.26 ss.

formas particularizada de control son excepcionales ya que ninguna sociedad podría mantenerla, y en la mayoría de ocasiones se emplean de forma auxiliar a las formas generales de directivas. Por ello la forma típica de las órdenes coercitivas es aquella que indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se esperan que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescrito. En cambio, las directivas oficiales individualizadas son secundarias, ya que los funcionarios recordarán las directivas primarias cuando éstas no sean acatadas por un individuo.

En la forma primaria el control jurídico es un control mediante directivas que son generales. El ámbito de aplicación son las personas afectadas y la forma de delimitar dicho ámbito de aplicación varía según el sistema jurídico en el que nos encontremos. En un Estado moderno se aplicarán a todas las personas dentro de sus límites territoriales, al no ser que se especifica a quienes van dirigidas. También nos dice que las normas jurídicas se caracterizan por su permanencia o persistencia porque tienden a ser seguidas de tiempo en tiempo por clases de personas. Esto implica que aquellos a quienes se les aplican las órdenes generales, tengan la creencia de que su desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza. Sin embargo, Hart dice que ante esta creencia general de obediencia se plantea el problema de cuánta gente tiene que obedecer, cuántas de estas órdenes tienen que ser obedecidas y durante cuánto tiempo. Por eso Hart utiliza la misma expresión que Austin para referirse a esta creencia general, “hábito de obediencia”, y este *hábito de obediencia* no implica necesariamente que las órdenes respaldadas por amenazas se caractericen por su estabilidad en los sistemas jurídicos. Hart asimismo sostiene que el sistema jurídico de un Estado moderno se caracteriza por una cierta supremacía dentro de su territorio y de independencia respecto de otros sistemas. Bien es cierto que dentro de cada territorio puede haber diferentes conjuntos de personas que dan órdenes generales respaldadas por amenazas y reciben obediencia habitual. No obstante, Hart hace una diferencia entre los cuerpos encargados de estas órdenes, ya que considera que existen *órganos subordinados* que ejercer el poder de legislar por delegación en contraposición a la *Reina en Parlamento*, que es suprema. La razón de ser de esta distinción radica en que mientras la *Reina en Parlamento* no obedece a nadie habitualmente, los *órganos subordinados* actúan conforme a unos límites previamente establecidos y al crear normas nos dice Hart que se pueden considerar como *agentes* de la *Reina en Parlamento*.

Por último, cabe señalar que es necesario que exista una persona o un cuerpo cuya función sea emitir estas órdenes y que su premisa para funcionar sea que las amenazas son efectivas sí se produce un supuesto de desobediencia. Dicha persona o cuerpo deberá ser

internamente supremo y externamente independiente, y es a esta persona a la que Austin se refería al hablar de la figura del *soberano*.

Una vez explicadas las órdenes coercitivas, podemos analizar los tres tipos de *normas secundarias* que considera Hart que debe contener, al menos, los sistemas jurídicos y son³⁸:

1. Las *normas de cambio*. Establecen y regulan procedimientos para producir nuevas normas o eliminar normas ya existentes.

Con ello, se consigue alterar derechos y obligaciones ya existentes o conferir a ciertos órganos y particulares potestades. Dentro de esta clase de normas incluiremos aquellas que regulan los procedimientos legislativos y la capacidad normativa de la Administración.

2. Las *normas de jurisdicción*³⁹. Otorgarán a ciertas personas la facultad de decidir cuándo ha sido violada una *norma primaria* y articularán el procedimiento para la resolución de conflictos conforme derecho. También les conferirá poder para disponer la ejecución de sanciones por los órganos competentes. Estas normas permiten definir conceptos jurídicos como *juez o tribunal, jurisdicción y sentencia*.

Bien es cierto que, aunque en su mayor parte tiene como destinatarios órganos públicos, no olvidemos que el sistema jurídico puede contener otras formas privadas para la resolución de conflictos como puede ser el arbitraje.

3. La *norma de reconocimiento*. Contiene los criterios que ayudarán a la identificación de las normas que pertenecen a un sistema jurídico, es decir, que se trata del *sistema de fuentes* del ordenamiento jurídico. Dada la importancia de este tipo de normas, nos adentraremos más en su estudio.

Hart parte de la hipótesis de una sociedad primitiva donde únicamente existen *normas primarias de obligación*. Nos describe un orden embrionario caracterizado por la existencia de un reconocimiento estable de los mandatos del soberano como razones de cierto tipo de actuar.

¿Cómo surgen las *normas de reconocimiento*? Antes de la aparición de los *tribunales* como órganos de aplicación del Derecho, existe una práctica de reconocimiento de normas, y al surgir estos órganos de aplicación del Derecho y asumir la función de identificación correcta de *normas jurídicas*

³⁸ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p.244.

³⁹ Según las traducciones de la obra de Hart de *The Concept of Law* se puede traducir como *normas de adjudicación* o como *normas de jurisdicción*.

válidas, lo que antes era sólo una práctica general se convierte en la *norma de reconocimiento*. La *norma de reconocimiento*⁴⁰ va a ser aceptada por los *jueces* al estar reconocida por la autoridad, será operante independientemente de su contenido y su función será identificar las *normas jurídicas* de acuerdo a ciertos criterios.

Hart califica la NR⁴¹ como una de las normas sociales que consiste no sólo en una determinada conducta regulada, sino también en la actitud interna de considerar la conducta regulada como guía general de comportamiento. Pero, a pesar de ser verdadera norma, es norma consuetudinaria. El porqué radica en el hecho de que, al igual que las demás *normas sociales*, su existencia sólo es verificable a través de la práctica efectiva de la misma. No obstante, aunque Hart la califica como verdadera norma, hay quienes defienden que la NR ni confiere poderes ni imponen deberes y, por consiguiente, implica el definir el Derecho válido sin imponer a los *tribunales* la obligación de aplicarlo.

Tras esta nota definitoria, se plantea si se trata de *norma jurídica* o de otra clase de norma. Hart considera que es una característica definitoria de todo orden jurídico, ya que la NR proporciona los criterios para la identificación de otras normas del sistema. Por ende, será *jurídica* por esas *normas jurídicas* a las que identifica. Asimismo, hay que ver si la NR es *norma positiva* o no.

La NR es más bien una *norma consuetudinaria* y es positiva en el sentido de que esta norma puede verificarse en la práctica del orden jurídico que de que se trate, a diferencia de la *norma fundamental* kelseniana que es una norma presupuesta existente sólo en la conciencia jurídica. Por ello, Hart considera la NR contiene las llamadas *fuentes del Derecho*.

En cuanto al contenido de la NR, partimos de la diferencia del contenido que sostiene Kelsen que debe tener la *norma fundamental*. La *norma fundamental*⁴² es una *norma positiva* que regula la producción de las *normas jurídico generales* y también puede determinar el contenido de las futuras leyes al excluir ciertos contenidos. Según Kelsen⁴³ la *norma fundamental* es el presupuesto necesario de la concepción positivista del material jurídico y se plantea como condición

⁴⁰ A partir de ahora cuando aparezca NR se hace referencia a *norma de reconocimiento*.

⁴¹ J.A. RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, pp. 165 ss.

⁴² Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (2ªed.; trad. Roberto J. Vernego), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 235 ss.

⁴³ Hans KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (1ªed; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, *op.cit.*, pp. 85 ss.

de todo el conjunto de la creación positiva. En contraposición a esta teoría sostenida por Kelsen, Hart considera que la NR⁴⁴ tiene un contenido específico para cada orden jurídico, además de identificar las *fuentes del Derecho*. Sin embargo, a pesar de ser considerada como *norma secundaria*, considera que es una norma sobre norma al contener los criterios de validez jurídica que los órganos especializados deben emplear para identificar las *normas jurídicas válidas*. Es cierto que hay autores como Bulygin que consideran que la NR se limita a establecer el Derecho válido y no impone el deber a los *tribunales* de tener que aplicarla. Esta premisa entra en conflicto con el concepto sostenido por Hart de NR, ya que la concibe como una norma dotada de *autoridad*.

Asimismo, debemos señalar que la NR puede adolecer de incertidumbre, debido a que los *tribunales* pueden plantearse si la legislatura goza o no de potestad para legislar de una determinada manera. Hart apunta que serán los operadores jurídicos del sistema quienes, en sus prácticas y usos del lenguaje, determinen cuáles son las normas válidas a partir de la NR que se reconoce como criterio supremo del sistema.

Dicho esto, podemos concluir lo siguiente: la NR es una norma jurídico-positiva y tiene contenido específico en cada ordenamiento, debe determinarse si impone deberes, confiere poderes, hace ambas cosas o ninguna.

Todo lo explicado hasta ahora de la NR constituiría el llamado aspecto interno, ahora nos centraremos en el aspecto externo de la misma. Dentro del aspecto externo, hay que tratar la validez o invalidez de la misma, la aceptación y si es única o hay muchas.

En cuanto a la validez o no de la NR, Hart explica que, a diferencia de la *norma fundamental* kelseniana cuya validez se presupone, la NR existe como un enunciado externo. ¿Qué quiere decir con esto? Sólo basta con observar la práctica de los *tribunales* y demás funcionarios cuando identifican las *normas jurídicas válidas* para saber cuál sería la NR de un determinado sistema jurídico. Esto nos lleva al siguiente rasgo que es el de la aceptación, ya que se supone que aplicar la NR como pauta implica una aceptación de la conducta que ésta regula para realizar dicha función.

⁴⁴ J.A. RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart... op.cit.*, pp. 167

Aquí surgen varias cuestiones: qué significa la aceptación, cómo se motiva y quién la lleva a cabo. Para Hart la aceptación significa reconocer dicha norma como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas; la motivación de la *NR* puede ser por múltiples motivos como el miedo a la sanción, por intereses particulares de los miembros de la sociedad... Y, por último, sobre quién hace efectiva la aceptación, Hart dice que los ciudadanos ordinarios no necesitan aceptar la *NR* porque basta con que obedezca aquellas *normas jurídicas* identificadas a partir de esta norma. Por lo tanto, la aceptación efectiva se da cuando los funcionarios de los órganos que la emplean la adoptan como pauta de conducta oficial.

Para finalizar, debemos abordar la cuestión de si hablamos de una única *NR* o de varias. En opinión de Hart, es una única norma que contiene varios criterios de validez y sólo es una porque rige el principio de unidad a través de la ordenación jerárquica.

3.2. El derecho como unión de normas primarias y normas secundarias

Antes de explicar la teoría de Hart, hemos de señalar que Kelsen llega a la siguiente conclusión: la *norma primaria* establece una sanción. Sin embargo, no tienen por objeto regular la conducta; sino que se dirigen a los funcionarios encargados de aplicar sanciones.

Ya hemos dicho que la importancia de la distinción entre *normas primarias* y *normas secundarias* radica en su conexión con el rasgo de la institucionalización y para entender el concepto de Derecho de Hart debemos partir de la crítica que realiza en su obra sobre el modelo simple del Derecho como *órdenes coercitivos del soberano* y que se considera el nuevo punto de partida⁴⁵.

El modelo del que parte Hart es el del Derecho como *órdenes coercitivos del soberano* – explicadas anteriormente al hablar de la distinción entre *normas primarias* y *normas secundarias*– y ya aquí dice que no reproduce algunas características de un sistema jurídico. Además, señala el porqué del fracaso de este modelo.

En primer lugar, nos habla de las *leyes penales* en comparación con las *órdenes* respaldadas por amenazas y dice que la diferencia radica en que las leyes también se aplican a quienes las establecen, lo que no ocurre con las *órdenes*. Después, nos comprara las *órdenes* respaldadas por amenazas con las *leyes que confieren potestades jurídicas*. Estas leyes permiten decidir litigios o modificar relaciones jurídicas y es por esta función por la que tampoco es

⁴⁵ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho...*; *op.cit.*, p. 99.

posible realizar dicha equiparación. También se intenta equiparar a las *normas jurídicas* con las órdenes por su origen, lo cual dice Hart que tampoco se puede llevar a cabo. Hart concluye diciendo que la principal diferencia del modelo de órdenes coercitivas del soberano y el moderno sistema jurídico es que el soberano al ser obedecido habitualmente no da razón a la comunidad del porqué establece esas órdenes, mientras que en un moderno sistema jurídico esto es impensable.

Es necesario recordar, como bien hace Hart al realizar la crítica de la concepción del Derecho como *órdenes coercitivas del soberano*, que se introdujeron artificios auxiliares⁴⁶ para intentar superar las deficiencias que presentaba este modelo, lo cual fracasó. El origen de este fracaso se debe a que tanto las órdenes y la idea de obediencia como los hábitos y las amenazas no conllevan a la idea de *norma*, ni siquiera a través de la combinación de ellos.

Por ello, Hart dice que para explicar la complejidad del sistema jurídico es necesario distinguir entre dos tipos de *normas*. Recordemos que la *norma primaria* es la que prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones y las *normas secundarias* son secundarias al depender de la relación con las *normas primarias*. Mientras que las *normas primarias* imponen deberes; las *secundarias* confieren potestades, ya sean públicas o privadas. Además, Hart sostiene que con las *normas primarias* se establecen acciones que implican un cambio físico, las *normas secundarias* nos conducen a la modificación o creación de deberes y también establece procedimientos enfocados a producir, eliminar o controlar la aplicación de las *normas primarias*. Por consiguiente, las *normas secundarias* según Hart cumplen tres funciones, las cuales explicaremos más adelante, y son: (i) reconocimiento o identificación de las normas que componen el sistema; (ii) cambio o transformación de la norma; y (iii) jurisdicción o adjudicación a los casos concretos.

Por ello, la estructura resultante de la combinación de *normas primarias* y *normas secundarias* permite analizar conceptos jurídicos tan importantes como *validez*, *fuentes del Derecho*, *obligación jurídica*, *legislación* y *jurisdicción*. Además, esta estructura permite el estudio del aspecto interno de las *normas secundarias*, señalando que dicho aspecto no ha sido analizado ni estudiado por la doctrina anterior a Hart⁴⁷.

Hart llega a esta teoría partiendo del planteamiento hipotético de una sociedad primaria, embrionaria en la que sólo existen *normas primarias* y ve que para resolver los conflictos de los individuos que la componen se hace necesaria la creación de *normas*

⁴⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁴⁷ J.A. RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart... op.cit.*, p,124.

secundarias. Así es como aparecerán las *normas de reconocimiento*, las *normas de cambio* y las *normas de jurisdicción*.

Para entender los elementos del Derecho Hart, partiendo del supuesto de la existencia de una comunidad primitiva en la que no existe ni legislatura, ni tribunales ni funcionarios, dice que el único medio del control será la actitud del grupo respecto a los criterios de comportamiento y a estos criterios de comportamiento o pautas les llama *normas de obligación*. Por ende, una estructura social que cumpla estas características será una *estructura de normas primarias de obligación*⁴⁸.

¿Qué condiciones deben darse para que dicha comunidad pueda existir sólo con *normas primarias de obligación*?

1. Las normas tienen que restringir el libre uso de la violencia, el robo y el engaño.
2. Aunque en esta sociedad puede haber un grupo que rechace las normas serán minoría, ya que la presión social los induce a conformarse con ellas. De no tener dicha presión social, aquellos que las rechazan no tendrían nada que temer. Por eso, la mayoría vive de acuerdo con dichas normas que son vistas *desde el punto de vista interno*. ¿Qué significa ver las normas *desde el punto de vista interno*⁴⁹? Hart dice que se trata de un miembro del grupo social que acepte las normas de conducta y además las usa como guía para relacionarse con los demás miembros de su grupo.

Tras esta explicación, Harta concluye que la comunidad primaria basada sólo en *normas primarias de obligación* podrá existir con buen resultado si la misma es una sociedad pequeña cuyos pilares sean la unión por el parentesco, sentimiento común y creencias, y un ambiente estable. De no ser así, el control social será defectuoso y, por tanto, surgirá la necesidad de complementar las *normas primarias*.

¿Qué principales defectos⁵⁰ adolecerá esta sociedad hipotética sino se dan las condiciones que sostiene Hart?

1. *Falta de certeza*. Las normas del grupo no forman un sistema, más bien son pautas o guías de conducta y, si surgen dudas sobre ellas, no hay ningún procedimiento para solucionarlo. Hart dice que la existencia del tal

⁴⁸ H.L.A. HART: *El concepto de derecho... op.cit.*, p. 113.

⁴⁹ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 111.

⁵⁰ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp.114 ss.

procedimiento o el reconocimiento de personas con autoridad implicarían la existencia de normas diferentes a las *de obligación*.

2. *Carácter estático de las normas*. El *estatismo* implica que el único modo de cambio de estas normas se dará a través de un lento proceso de crecimiento. Este proceso funcionará del siguiente modo: una conducta que en principio se considera como optativa; y, finalmente, termina siendo obligatoria. También sucederá a la inversa, es decir, aquellas conductas que se rechazaban pasan a ser toleradas y finalmente pasarán a ser inadvertidas. Sin embargo, este defecto también conlleva a que la sociedad no podrá cambiar deliberadamente sus *normas* a las circunstancias cambiantes que se planteen, ya que la posibilidad de haberlo implicaría la existencia de normas complementarias a las *normas primarias de obligación*. Hart propone llevar al extremo este defecto en la comunidad primaria. Llega a la conclusión de que no sólo no se podrían cambiar las normas de forma deliberada, sino que además las obligaciones que imponen en los casos particulares no podrán sufrir variaciones. Ello se debe a que los cambios en estas obligaciones, ya sea para transferirlas, modificarlas o simplemente que los individuos se liberarán de ellas deben ser recogidos en otro tipo de normas que no son las *normas primarias de obligación*. El cambio de estas obligaciones supone que los individuos puedan alterar su estatus.
3. *Ineficiencia de la difusa presión social* ejercida para hacer cumplir las normas. En esta sociedad habrá discusiones sobre si una norma admitida ha sido violada o no, y éstas continuarán hasta que no exista un órgano especial con autoridad para determinar si se ha producido dicha violación. El hecho de que los castigos por la violación de las normas y otras formas de presión social que implican el uso de la fuerza no son administrados por un órgano especial, supone que se encomienda a los individuos. Por consiguiente, serán el individuo ofendido o perjudicado por dicha actuación quien ejerza la justicia por su propia mano. Es por este último aspecto, por el que considera Hart que es el defecto más serio, ya que la historia del Derecho nos dice que muchas sociedades procuran subsanar este defecto mucho antes que otros.

Una vez vistos los principales defectos de esta comunidad primitiva, Hart explica las soluciones⁵¹ a los mismos. La idea básica de la que partimos es que el remedio para subsanar

⁵¹ *Ibid.*, p. 116.

dichos defectos consiste en complementar las *normas primarias de obligación* con *normas secundarias*. Los tres remedios en su conjunto darán lugar a un *sistema jurídico*. Bien es cierto que las *normas secundarias* son distintas entre sí, sin embargo, tienen características en común y se relacionan entre ellas. Hart asimismo dice se encuentran a un nivel distinto que las *normas primarias* y esto se debe a que las *normas secundarias* son acerca de las *normas primarias*. ¿Qué quiere decir con esto? Que las *normas secundarias* nos especifican la forma en la que puede ser verificada las *normas primarias*. Dicho esto, trataremos en particular los tres remedios⁵² que da Hart a los defectos mencionados.

El remedio para la *falta de certeza* es la introducción de una *norma de reconocimiento*. Dicha norma está sustentada por la presión social que ejerce el grupo y puede ser de diferentes formas, desde un documento público donde hay una lista de reglas hasta algún monumento público, eso sí debe estar dotado de *autoridad*. El hecho de estar dotado de *autoridad* implica el reconocimiento de dicha norma. Al aceptar la *norma de reconocimiento*, nos ayudará a la identificación de las *normas primarias de obligación*. Ahora bien, ¿cómo funcionan las *normas de reconocimiento* en un sistema jurídico desarrollado?⁵³ Desde luego, estas normas serán más complejas y su identificación se hará a través de alguna característica común que tengan las *normas primarias* – *v.gr.* el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o en relación con las decisiones judiciales. Hart añade que algunas de estas características funcionan, incluso, como criterios de identificación y, por consiguiente, se establecerán normas en caso de posible conflicto entre las mismas estructurándolas en un orden de superioridad.

Si bien es cierto que a simple vista la NR no funciona igual en su forma compleja comparada con la forma más simple, profundizando más vemos como hasta en su forma más sencilla el reconocimiento de *autoridad* del que se le dota ya trae consigo la idea de un *sistema jurídico*. Al hablar ya de sistema, podemos decir que estas normas se regirán por el *principio de unidad* y, al decir que su función es identificar las normas válidas, ya introducimos la idea de la *validez jurídica*.

La solución para el *estatismo* de las *normas primarias* consiste en la introducción de *normas de cambio*⁵⁴. En su forma más sencilla la *norma de cambio* permite a un individuo o grupo crear nuevas *normas primarias de obligación* para guiar la conducta del grupo y asimismo dejar sin efecto normas que estaban en vigor. Con estas normas se establecen los procesos de

⁵² *Ibíd.*, p. 117.

⁵³ *Ibíd.*, p. 118.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 119.

creación y derogación de normas jurídicas. Por consiguiente, las *normas de cambio* en su forma más sencilla o más compleja confieren potestades, ilimitadas o no de diversas maneras, a las personas especificadas para legislar y definen el procedimiento para poder hacerlo. Esto conlleva a la existencia de una estrecha conexión entre la NR y las *normas de cambio* debido a que la NR utiliza como uno de los criterios identificativos la legislación y para que estas *normas de cambio* sean válidas bastará con acreditar que para su creación se haya cumplido con el procedimiento establecido. De este modo surge además la figura del *legislador* y que el sistema normativo se caracterice por ser un sistema *dinámico*.

Por último, para subsanar la *insuficiencia de la presión social* que ejerce el grupo se hará a través de las *normas de jurisdicción*. Estas *normas secundarias* revestidas de autoridad ayudan a determinar cuándo un individuo ha violado una *norma primaria* e identifican los individuos que pueden juzgar junto con el procedimiento a seguir. Así es como surge la figura del juez, quien tendrá la potestad para decidir casos controvertidos conforme al derecho vigente. Además, estas normas se reforzarán a través de la imposición del deber de juzgar que ostentarán los jueces y confieren potestades jurisdiccionales junto con un estatus especial a las declaraciones judiciales relativas al incumplimiento de las obligaciones⁵⁵. Con las *normas de jurisdicción* se introducen no sólo el concepto de juez, sino también el de tribunal, jurisdicción y sentencia; y al igual que ocurría con las *normas de cambio*, éstas están conectadas con la NR. El porqué de esta conexión se debe a que la norma que confiere jurisdicción es una *norma de reconocimiento*, ya que a través de las decisiones judiciales distinguirá las *normas primarias* y asimismo se considerará como *fuerza del Derecho*. Ciertamente es que las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales porque están hechas a partir de decisiones particulares y su certeza variará según el intérprete y la contestación de los jueces. Naturalmente, la existencia de jueces y el ejercicio de la potestad jurisdiccional no garantiza el cumplimiento de las normas. Añadiendo las *normas de jurisdicción* pasamos hacia un sistema normativo plenamente institucionalizado, donde no sólo organiza el proceso de creación de sus propias normas, sino también el proceso de aplicación y dispone de órganos que dictaminan de forma pública y vinculante qué requiere en cada caso el derecho.

Hart termina diciendo que *“la mayor parte de los sistemas han advertido las ventajas de la centralización adicional de la presión social; y han prohibido parcialmente el uso de castigos físicos o de autoayuda violenta por los particulares. En lugar de ello, han complementado las normas primarias de obligación mediante normas secundarias adicionales que especifican, o por lo menos limitan, los castigos por la*

⁵⁵ *Ibid.*, p. 120.

*transgresión de aquéllas, y han conferido a los jueces que verifican el hecho de la violación el poder exclusivo de disponer la aplicación de penas por otros funcionarios”*⁵⁶.

Por lo tanto, podemos decir que, desde la producción de una ley al otorgamiento de un testamento, pasando por la emisión de una sentencia judicial, lo que encontramos son comportamientos jurídicamente cualificados⁵⁷. Ello se debe a la estructura que surge de la combinación de *normas primarias de obligación* con las *normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación* es la médula de un sistema jurídico y una herramienta que funciona de análisis para aquello que desconcierta tanto al jurista como al teórico de la política⁵⁸.

4. EN PARTICULAR, EL DERECHO COMO SISTEMA NORMATIVO INSTITUCIONALIZADO

La existencia de *normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación* permite a la sociedad afrontar ciertos tipos de problemas que sin ellas no sería posible. Esto es viable a través del establecimiento de *órganos especializados* en la creación y aplicación de normas, es decir, mediante la *institucionalización*. Lo que supone un aumento de la complejidad que contribuye a resolver determinados problemas inherentes a los sistemas sociales. La existencia de un sistema jurídico diferenciado de la moral social y otros usos sociales es el resultado de un proceso de racionalización. Al introducirse las *normas secundarias* aparecen órganos e instituciones especializadas, en particular, con las *normas de cambio* aparece la institución del *legislador* y con la introducción de las *normas de jurisdicción* aparece la *institución judicial* cuya función es decidir en caso de conflicto y dictaminar de forma pública y vinculante que exige el Derecho vigente⁵⁹. Ya sabemos que el Derecho se caracteriza por la forma en el que la multitud de normas se relacionan dando lugar a un sistema. Por lo tanto, una norma será jurídica por su pertenencia al sistema.

Antes de estudiar la concepción de Hart de *sistema jurídico*, haremos una breve referencia a la visión que mantiene Kelsen⁶⁰. Kelsen sostiene una visión más simplista que Hart, ya para él las *normas jurídicas* forman un sistema en la medida en que están conectadas unas con otras a consecuencia de los *actos de creación normativa* que están autorizados por alguna otra norma perteneciente al sistema con anterioridad. Es por esta connotación por lo que

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 121.

⁵⁷ Luis PRIETO SANCHÍS: *Apuntes de Teoría del Derecho* (9ª ed.), Madrid, Trotta, 2014, p.68.

⁵⁸ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 121.

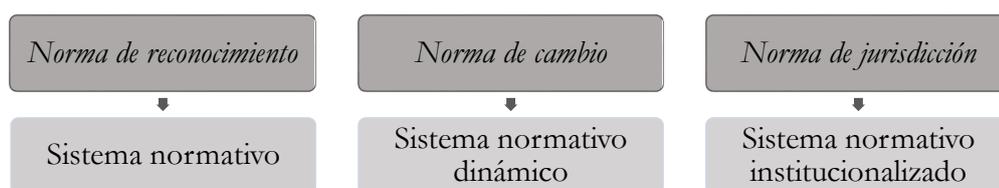
⁵⁹ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, pp. 255 ss.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 264.

dice que el *sistema normativo* es *dinámico*. En otras palabras, la norma ha sido creada por un *acto jurídico*, el cual a su vez adquiere su significado propio a merced de otra norma⁶¹.

Como bien ya sabemos, Hart sostiene que las *normas de cambio* establecen órganos creadores de normas y las *normas de jurisdicción* establecen órganos de aplicación de normas y esta aplicación se verá limitada a través de la *norma de reconocimiento*. Esto da lugar a que Hart, y otros autores como Alf Ross, consideren que el concepto de sistema jurídico ostenta la característica de su *institucionalización*. Por lo tanto, la concepción de Hart analiza de forma más exhaustiva cómo el Derecho regula el proceso de su creación y aplicación, y ello se ve claramente cuando realiza la distinción de *normas primarias* y *normas secundarias* llegando a la conclusión de que el sistema normativo es un *sistema institucionalizado*⁶². Diciendo que tiene un carácter *institucionalizado* implica que las normas que forman dicho sistema establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema.

Si el sistema no establece órganos centralizados que son los únicos para aplicar medidas coactivas, no hay monopolio de fuerza estatal porque el sistema jurídico regula el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal. Es esta característica lo que permite distinguirlo de otros sistemas normativos. Esta característica implica excluir dos sistemas: el “derecho” primitivo y el “derecho” internacional, ya que ambos se caracterizan por no contar con normas que otorguen competencias a determinados individuos para así crear normas y aplicarlas⁶³. En otras palabras, las instituciones que establecen forman una *unidad* con permanencia en el sistema –característica de la que hablaremos más adelante al explicar el concepto de *institución*. Debemos tener presente el siguiente esquema de las *normas secundarias*:



Sin embargo, decir que el Derecho es un sistema *institucionalizado* no implica únicamente la creación y regulación de instituciones, asimismo sus propias normas son creadas y aplicadas siguiendo unos procedimientos que son competencia de órganos especializados. Es por ello que Hart considera que un *sistema jurídico* no es sólo la unión compleja de *normas primarias* y *normas secundarias*, sino que también lo componen las relaciones de los *funcionarios* con las

⁶¹ H. Kelsen: *Teoría pura del Derecho* (1ªed; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001, *op.cit.*, p. 44.

⁶² M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, p. 264.

⁶³ Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 105 ss.

normas secundarias por el hecho de serlo⁶⁴. Considero necesario explicar los sujetos del Derecho y la noción de aceptación en relación con los *funcionarios*.

4.1. Sujetos de Derecho y su relación con el concepto de *aceptación*

Hart explica en *The Concept of Law* que hay dos condiciones mínimas y necesarias para la existencia de un sistema jurídico: por un lado, las normas de conducta que son válidas según el criterio de validez último del sistema y tienen que ser generalmente obedecidas, y por otro lado, la NR que establece los criterios de validez, y las *normas de cambio* y *normas de jurisdicción* que tienen que ser aceptadas efectivamente por los *funcionarios* como pautas de conducta oficial. De estas dos condiciones, la primera es la que debe ser satisfecha por los ciudadanos y la segunda por los *funcionarios* del sistema, ya que serán los encargados de apreciar críticamente como fallas las desviaciones de las normas de conducta oficiales tanto propias como ajenas. Asimismo, señalar que habrá *normas primarias* cuyo ámbito de aplicación sea exclusivo de los *funcionarios* y serán éstos quienes deban obedecerlas.

Dentro del sistema jurídico hallamos una diferencia entre dos grupos de normas dirigidas a dos grupos de destinatarios: normas dirigidas a particulares en general y normas dirigidas a los órganos encargados de los procesos de creación y aplicación de las normas. Por lo tanto, a través de las *normas secundarias* se crea un entramado de *instituciones* encargadas del funcionamiento del sistema, las cuales están a su vez formadas por *funcionarios*⁶⁵. Es por ello que antes de conocer qué órganos integran el sistema jurídico, debemos saber que Hart realiza una distinción entre funcionarios y otros sujetos del Derecho⁶⁶, ya que las *normas de cambio*, *adjudicación* y *reconocimiento* de un sistema jurídico están determinadas por la práctica argumentativa y decisoria de las autoridades. Se trata de la práctica oficial articulada de la NR la que determina la validez jurídica, tema del que se tratará al hablar de la relación entre los *órganos primarios* y la NR.

Para comprender la noción de *funcionario*, hay que hacer una breve referencia al concepto de *validez jurídica*, ya que Hart hace referencia a la actitud que tienen los *funcionarios* respecto de las normas de su sistema, es decir, que esta actitud es a lo que llama Hart *aceptación*. Sin embargo, la *aceptación* no implica que las normas jurídicas desplacen a todas las consideraciones aplicables a circunstancias particulares; ello se debe a que Hart considera que la *aceptación* es compatible con la idea semejante a una presunción moral que incita a la

⁶⁴ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 142.

⁶⁵ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p. 265.

⁶⁶ Matthew H. KRAMER (comp.): *El legado de H.L.A. Hart: filosofía jurídica, política y moral* (1ª ed.; trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 70 ss.

obediencia de las leyes que se aceptan y son jurídicamente válidas. Que la *aceptación* sea compatible con una presunción moral no significa que las actitudes de los *funcionarios* hacia el Derecho deben estar cargadas moralmente, ya que los individuos que se convierten en *funcionarios* han sido adoctrinados dentro de un sistema jurídico existente. Por consiguiente, la aprobación moral de las normas no es necesaria, e incluso, en ocasiones, sería inapropiada. Por ello, Hart sostiene que la autoridad del derecho es meramente jurídica y los *funcionarios* deben considerar que las pautas de conducta que regulan las normas son convencionalmente aceptadas en el sistema.

Una vez explicada la noción de *funcionario* y su implicación, nos adentraremos en el estudio de que significa que el Derecho tenga el carácter de *institucionalizado* y las instituciones que integran el sistema jurídico.

4.2. El Derecho como institución.

Para explicar este epígrafe seguiremos al institucionalista Santi Romano y su obra *El Ordenamiento Jurídico*⁶⁷. Santi Romano considera que el concepto de Derecho debe contener las siguientes notas esenciales:

- a) El concepto de Derecho debe ponerse en relación con el concepto de sociedad y esto se ve en dos sentidos: por un lado, considera que aquello que no traspasa la esfera estrictamente individual no puede ser considerado como Derecho, y a su vez, pero inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término, sin que se manifieste el fenómeno jurídico. Por lo tanto, se presupone un concepto de sociedad como entidad que constituye una unidad entre los distintos individuos que la forman.
- b) En segundo lugar, debe contener la idea de *orden social*. Esto supone excluir cualquier elemento que esté relacionado con conceptos como la *arbitrariedad* o la *fuerza no ordenada*. Debe considerarse que “*toda manifestación social, por el solo hecho de ser social, aparece ya ordenada, al menos en relación con quienes integran tal grupo social*”⁶⁸.
- c) El Derecho antes que ser norma, es una organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y es por ello que se considera como característica del Derecho la *unidad*.

⁶⁷ Santi ROMANO: *El Ordenamiento Jurídico* (pt. Benigno Pendás; trad. ucido por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo; estudio preliminar por Sebastián Martín-Retortillo; nota bibliográfica por Alberto Romano; proemio y epílogo por Lorenzo Martín-Retortillo), Madrid, CEPC, 2013, pp. 22 ss.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 23.

Al tener en cuenta estas notas esenciales, el concepto que engloba el Derecho como ordenamiento jurídico es el concepto de *institución*. Se ve a cada ordenamiento jurídico como institución y por ello, inversamente, también se dice que toda institución es un ordenamiento jurídico. Al considerar al Derecho como *institución* se hace necesario hablar del concepto de *institución* y sus características.

4.2.1. Concepto de institución y características

Romano entiende por *institución* “todo ente o cuerpo social”⁶⁹. De esta simple y breve definición podemos extraer las siguientes características:

1. La acepción que seguimos de *institución* implica que tiene que dotarse de una existencia objetiva y concreta y en cuanto inmaterial, su individualidad debe ser exterior y visible.
2. Al decir que es un ente o cuerpo social, consideramos que es una manifestación de la naturaleza social y no del hombre indivisamente hablando. Hay algunas instituciones que resultan, además de otros elementos, de varios individuos que pueden coexistir o sucederse unos a otros, unidos por intereses comunes; pero hay otros que constan de medios destinados a servir permanente a un fin determinado en beneficio de personas que son ajenas a ella y se consideran sólo sus destinatarios.
3. En cuanto a la tercera característica, se trata de la *autonomía*⁷⁰. La institución se ve como un ente cerrado al tener individualidad propia. Al dotarse de individualidad no implica la no existencia de correlación con otras instituciones, sino que, junto con las instituciones simples, se dan instituciones complejas. ¿Qué se quiere decir con instituciones complejas? Se trata de instituciones de instituciones y la autonomía de este tipo de instituciones depende de si son plenamente autosuficientes o necesitan de medios que ostentan otras instituciones para conseguir sus fines.
4. Por último, decir que la institución es una *unidad*⁷¹ delimitada y permanente. No pierde su identidad, al menos que cambien sus elementos concretos, personas que la integran, el patrimonio, sus medios, intereses, destinatarios, normas, etc. Puede renovarse y seguir manteniendo su identidad y por ello se puede considerar como ente independiente.

⁶⁹ S. ROMANO: *El Ordenamiento Jurídico... op.cit.*, pp. 29 ss.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 32.

⁷¹ *Ibid.*, p. 33.

Explicado el concepto de *institución* y sus características, explicaré la distinción que se hace entre *instituciones aplicadoras de Derecho* e *instituciones creadoras de Derecho*.

4.2.2. *Distinción entre instituciones aplicadoras de Derecho e instituciones creadoras de Derecho*

Empezaremos explicando los órganos que integran un sistema institucionalizado, y lo vamos a abordar de forma general y abstracta porque hacer un catálogo de instituciones es algo inútil ya que cada sistema jurídico tiene unas instituciones que varían. Como ya sabemos, el Derecho es un sistema normativo que regula y organiza el proceso de creación y aplicación de las normas y para llevar a cabo estos procesos necesitamos unas *instituciones*⁷² que sean capaces de llevarlo a cabo. Siguiendo a Raz, se realiza una distinción a grandes rasgos de las *instituciones* diferenciando entre las *instituciones creadoras de Derecho* e *instituciones aplicadoras de Derecho*. Las *instituciones creadoras de Derecho* son las encargadas de crear normas, es decir, tomando como ejemplo el caso español serían las Cortes Generales; y las *instituciones aplicadoras de Derecho* son aquellas que aplican normas que previamente existe, por ejemplo, tenemos a los tribunales.

Aparentemente, esta distinción nos conduce a la doctrina kelseniana, ya que Kelsen sostiene que, en un ordenamiento jurídico, caracterizado por ser *normativo dinámico*, los actos de creación de normas son al mismo tiempo actos de aplicación. Con esto quiere decir que, las *instituciones creadoras de Derecho* tienen también una función aplicadora. Siguiendo con nuestro ejemplo sería: el Parlamento dicta una ley, al dictar esta ley lo que hace a su vez es aplicar la Constitución; al igual que un juez cuando dicta sentencia que lo hace aplicando una norma. Finalmente, lo que hace la teoría kelseniana es cuestionar la distinción entre *instituciones creadoras* e *instituciones aplicadoras* que realiza Raz. A pesar de lo expuesto por Kelsen, se puede mantener dicha distinción siempre y cuando se tengan en cuenta las siguientes precisiones⁷³:

1. Aunque se considere que los *órganos creadores de normas* son asimismo *órganos aplicadores de normas*, podemos diferenciar entre aquellos que crean normas generales y los que crean normas meramente particulares en aplicación de normas generales. Retomando el ejemplo establecido con anterioridad: el parlamento sería el órgano de creación de normas generales; mientras que el juez sería creador de normas particulares al estar aplicando normas generales.

⁷² M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.* pp. 264 ss.

⁷³ *Ibid.*, p. 265.

2. Si nos centramos en la función del parlamento y de los tribunales, el parlamento tiene un amplio margen de creación ya que las mayorías parlamentarias sobre una misma materia pueden crear leyes diferentes y todas ellas amparadas bajo la aplicación de la Constitución; mientras que los tribunales crean normas particulares y solo esa norma particular a saber, la sentencia, será la única válida y es determinada en aplicación de una norma general. Es por ello que, en muchas ocasiones, nos escandalice el hecho de que tribunales diferentes lleguen a resoluciones diferentes en casos que son idénticos en todos sus aspectos relevantes, todo ello basado en la presuposición que rige en la institución de que existe solo una decisión correcta.

Por consiguiente, podemos decir que el parlamento es un órgano de toma de decisiones colectivas, mientras que el tribunal sólo aplicará decisiones colectivas ya tomadas.

Realizadas estas consideraciones, podemos decir que, sin ignorar el limitado aspecto creativo de la aplicación del derecho de los órganos aplicadores del Derecho, es legítimo hablar de *instituciones creadoras de derecho* cuando se trata de órganos que crean normas generales; sin embargo, esta función aplicadora tendrá un uso restrictivo para aquellos órganos que se encargan de aplicar normas sin crear normas generales. Es por ello que surge la distinción mencionada al principio, a saber: *instituciones creadoras* (normas generales) e *instituciones aplicadoras* (de normas generales a casos concretos).

Aun teniendo esta distinción; todavía podemos precisar más ya que las instituciones aplicadoras engloban dos fenómenos. De un lado, nos encontramos con los *tribunales*, que al aplicar normas generales dan lugar a *sentencias* -normas particulares-, y de otro lado, las instituciones que únicamente se encargan de aplicar de forma ejecutiva ciertas sentencias. Raz distingue entre ciertos órganos como la policía o instituciones penitenciarias cuya función es ejecutar normas y que denomina *instituciones ejecutivas* y, por otra parte, tenemos órganos como los *tribunales*, que al aplicar normas generales crean otras normas particulares. Estos órganos son los encargados de zanjar las disputas que haya sobre cuestiones judiciales dictando de forma pública y vinculante cuál es la situación jurídica de los individuos con arreglo a normas jurídicas previas, declarando qué normas son aplicables. A estos órganos les denomina *instituciones jurisdiccionales*. Por todo ello, Raz considera que el rasgo distintivo del Derecho como sistema normativo institucionalizado es la existencia de órganos

jurisdiccionales y les denomina *órganos primarios del sistema jurídico*⁷⁴ como sistema institucionalizado.

4.3. Los órganos primarios de los sistemas jurídicos

Carlos Nino en su libro *Introducción al análisis del Derecho*⁷⁵ nos dice que en base a los derechos desarrollados que conocemos, se presentan tres tipos principales de órganos: los órganos encargados de crear y derogar normas generales del sistema que son los *legisladores*; los órganos encargados de determinar qué normas son aplicables a situaciones particulares y de disponer, si es el caso, la ejecución de medidas coactivas que dichas normas prescriben que son los *jueces*; y los órganos encargados de ejecutar físicamente las medidas coactivas que son los *órganos policiales*. Por consiguiente, observamos que esta división no coincide con la división tripartita de los poderes del Estado.

Es por ello que la importancia de los *órganos primarios* radica en las peculiaridades en las que dichos órganos aplican el Derecho, dando lugar a la cualidad más destacada del Derecho como sistema que es su *institucionalización*. Bien es cierto que los tres tipos de órganos mencionados son distintivos de todo sistema jurídico desarrollado, destacan por su papel central para el esclarecimiento de la naturaleza del Derecho el segundo tipo de órganos, es decir, los *jueces y tribunales*. El porqué de su importancia radica en que las preguntas sobre la pertenencia de una norma a un sistema jurídico y la existencia de un tal sistema no pueden ser respondidas correctamente si nos centramos, o bien en los órganos creadores de normas, o bien en los que se encargan de ejecutar físicamente las medidas coactivas. Más bien, deben ser contestadas dichas preguntas a través de la coordinación entre los órganos que aplican normas generales a casos particulares y aquellos que están en condiciones de disponer la ejecución de las medidas coactivas que esas normas prescriben. Es por ello que Raz, considera que estos órganos tienen un lugar muy importante y de ahí su denominación de *órganos primarios*. Sobre este aspecto de *identificación y membresía* de los sistemas jurídicos que trata Raz en su obra *The Concept of a Legal System* hablaré detalladamente más adelante.

Asimismo, Nino⁷⁶ destaca la precisión que realiza Raz a la hora de identificar un sistema jurídico. Raz parte de una situación hipotética en la que los *jueces* no están obligados a aplicar ciertas normas, sino que pueden resolver discrecionalmente conforme a los principios o méritos que consideren más justos o convenientes y se pregunta si un sistema

⁷⁴ J. RAZ: *The authority of Law*, *op. cit.*; pp. 108 ss. Citado por Miguel Ángel, RODILLA: *Teoría del derecho...* *op.cit.*, p. 268.

⁷⁵ Carlos Santiago, NINO: *Introducción al análisis del Derecho* (1ªed en esta presentación), Barcelona, Ariel, 2013, pp. 108 ss.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 109.

así puede considerarse como sistema jurídico. Ante esta duda, Raz considera que lo que él denomina *sistema de absoluta discreción* no puede considerarse como un *sistema jurídico* porque los *tribunales* están obligados a aplicar las normas. Es por ello que los *tribunales* tienen encomendada la función *jurisdiccional*. El decir que tienen esta función implica ya una forma peculiar de aplicar el Derecho, consistente en determinar qué exige el Derecho en casos de conflicto. Es necesario saber cuál es la norma vigente aplicable a su caso y cuál es la situación normativa de los individuos⁷⁷. Por ello, explicaré también la llamada *discrecionalidad judicial*.

4.3.1. Características de los órganos primarios

Antes de entrar a analizar como tal los *órganos primarios*, debemos señalar que la importancia de éstos radica en que los sistemas normativos son sistemas legales cuya existencia se debe al impacto que tienen en la vida de los individuos que conforman una sociedad⁷⁸. Dicho esto, Raz sostiene que junto a él muchos otros filósofos consideran que una de las características definitorias de la ley es que se trata de un *sistema normativo institucionalizado*. Consideran que fundamentalmente se distingue entre instituciones que aplican normas e instituciones creadoras de normas –distinción explicada anteriormente. Por último, antes de centrarnos en el estudio de los *órganos primarios*, recordar que la existencia de *instituciones creadoras de Derecho*, aunque es una característica de los sistemas jurídicos modernos, no es condición necesaria para que éstos existan; sin embargo, sí que se ve como condición necesaria para su existencia el que haya *instituciones aplicadoras de Derecho*. Por consiguiente, se considera que los *órganos primarios* son las llamadas *instituciones aplicadoras de normas*⁷⁹.

Si seguimos la obra de Raz, vemos como considera que la naturaleza de estas *instituciones aplicadoras de normas* es un tema controvertido y notoriamente difícil. Por un lado, nos dice que los abogados que estudian las notas definitorias de un *tribunal* se centran más en resolver cualquiera de una variedad de problemas legales que surgen bajo un sistema legal específico: un tribunal determinado en ese sistema puede tener poderes de supervisión sobre todas las determinaciones judiciales y cuerpos judiciales... Cuando un abogado tiene que definir qué considera por *tribunal*, por lo general, se preocupa por los muchos problemas que generan tales leyes. Es decir, ¿es el cuerpo A un órgano judicial sujeto a la jurisdicción de supervisión del tribunal pertinente? ¿Los principios generales de la ley de la evidencia se aplican a los procedimientos ante A?, etc. Los sociólogos tienen sus propios problemas, que

⁷⁷ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op. cit.*; p. 269.

⁷⁸ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, p. 103.

⁷⁹ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, pp. 106 ss.

son bastante diferentes, aunque por lo general indirectamente relacionados con los del abogado. Pueden estar interesados en la clasificación de diferentes métodos sociales para resolver disputas, o en los diferentes canales para la articulación de demandas, etc. Por ello, Raz lo que hace es buscar las características identificativas de las *instituciones aplicadoras de normas* para poder establecer la naturaleza de las mismas⁸⁰.

Los *órganos primarios* son instituciones normativas establecidas por normas y, por tanto, debemos acudir a dichas normas para conocer su identidad y también debemos ayudarnos de la forma en la que cumplen sus funciones como aplicadoras de normas⁸¹. Esto es así porque no es tan importante saber las funciones para las que sirven como la forma en que cumplen las funciones que tienen encomendadas. Por ejemplo, si nos centramos en el ejercicio de un funcionario público vemos como cada acto que realiza al hacerlo en base al cumplimiento de un deber se considera un acto de aplicación de la ley.

Dicho esto, también hemos de decir que dentro de las *instituciones aplicadoras de Derecho* encontramos una clase de instituciones que aplican normas no mediante el establecimiento de normas particulares, sino mediante la implementación física de las mismas; y otra clase que son aquellas que en la aplicación de las normas dan lugar a normas particulares –*decisiones judiciales*. En otras palabras, nos encontramos con que los *tribunales* aplican la ley emitiendo juicios que en sí mismos se consideran normas y funcionarios públicos o instituciones penitenciarias que se encargan de cumplir físicamente la ley. En cuanto a las instituciones que *hacen cumplir las normas*, tal y como las llama Raz, considera que, aunque jueguen un papel importante en los sistemas legales modernos, no pueden considerarse como claves para la identificación de sistemas legales⁸². En definitiva, serán las instituciones normativas que combinan la elaboración de normas y la aplicación de normas las que sean fundamentales para poder identificar los sistemas legales.

Las *instituciones primarias* son un tipo de instituciones que aplican normas y se ocupan de la determinación autoritativa de las situaciones normativas de acuerdo con las normas preexistentes. Dentro de este tipo de instituciones entran los *tribunales* y los diferentes *cuerpos judiciales* que ostentan el poder para determinar los derechos y deberes de las personas que conforman una sociedad. Lo que hace que se considere distinto es el juicio normativo que realiza este tipo de instituciones frente a los que realizan los individuos que tienen un conflicto, ya que estos últimos no tienen autoridad para determinar la situación legal en la

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 106.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 106.

⁸² *Ibíd.*, p. 107.

que se encuentren. En cambio, los *tribunales* cuando determinar la situación normativa de los particulares dan lugar a decisiones *públicamente vinculantes*⁸³. Obviamente, aunque la decisión de este tipo de órganos sea *públicamente vinculante*, no significa que no puedan equivocarse, pero su decisión será *vinculante* incluso estando equivocada. Pero no vamos entrar tampoco en explicar mucho la *definitividad e infabilidad de las decisiones judiciales*, ya que hay un epígrafe específico en el cual trataré este tema.

En conclusión, Raz define las instituciones primarias como “*instituciones con poder para determinar la situación normativa de individuos especificados, que están obligados a ejercer estos poderes mediante la aplicación de normas existentes, pero cuyas decisiones son vinculantes incluso cuando está mal*”⁸⁴. Las características de las mismas son⁸⁵:

1. Los sistemas legales no se identifican simplemente por el hecho de que contienen normas que otorgan poderes para hacer determinaciones aplicativas vinculantes. Deben contener normas que otorguen tales poderes a las instituciones, es decir, a los órganos centralizados que tengan en sus manos la autoridad para realizar determinaciones aplicativas vinculantes.
2. Tribunales, jueces y otros cuerpos judiciales son el ejemplo más importante de los *órganos primarios*. Pero otros funcionarios, como los oficiales de policía, también pueden ser *órganos primarios*. Hay razones obvias para imponer a los órganos primarios el deber de seguir los procedimientos judiciales, pero esto no siempre se debe hacer. Parece razonable suponer, sin embargo, que la noción de una institución primaria proporciona un paso necesario en cualquier intento de analizar la naturaleza de las instituciones judiciales.
3. La definición de un *órgano primario* puede tener que ser matizada ya que según aplicando de forma estricta su definición, únicamente, se aplica solo a decisiones finales y absolutamente *vinculantes*. Tiene que ser modificado para permitir la posibilidad de apelación, nuevo juicio, etc., y también para la posibilidad de que la determinación sea vinculante para un propósito pero no para otros. En muchos sistemas jurídicos hay determinaciones aplicativas que son vinculantes solo con respecto a la causa de la acción cuyo litigio resultó en las determinaciones.

⁸³ *Ibíd.*, p. 107.

⁸⁴ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, pp. 109 ss.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 110.

4. La definición identifica los órganos primarios por su poder para dictar decisiones aplicativas vinculantes. Esto es compatible con el hecho de que las mismas instituciones tienen otros poderes y funciones. En particular, los *tribunales* a menudo tienen el poder de crear un precedente y establecer normas generales, emitir órdenes a los individuos para realizar ciertas acciones y autoritativamente para determinar los hechos del caso (la doctrina *resjudicata*). Todos estos son completamente diferentes o, en el mejor de los casos, se superponen con el poder de hacer determinaciones aplicativas vinculantes. Las determinaciones aplicables son determinaciones de los derechos o deberes de los individuos en situaciones concretas y son completamente diferentes de la facultad de crear precedentes o emitir órdenes que instruyen a las personas a pagar daños y perjuicios o multas, etc., porque ignoraron sus deberes o los derechos de otros. La definición sugiere que un juicio declaratorio es un ingrediente en las decisiones de muchas cortes. Esto es parte del efecto de la doctrina de *res judicata*. Pero su doctrina es más amplia y se aplica también a los hallazgos puramente fácticos, y no solo a las determinaciones de derechos y deberes en situaciones particulares.

4.3.2. Discrecionalidad judicial

Si leemos la obra de *The Concept of Law* de Hart, vemos como este autor llama a la *discrecionalidad judicial* como la *textura abierta del Derecho*. Antes de hablar de la noción que da Hart, haremos una breve referencia a autores como Raz o MacCormick.

Como ya hemos mencionado anteriormente, Raz para explicar la noción de discrecionalidad parte del supuesto hipotético en el cual los jueces de un sistema no están obligados a aplicar ciertas normas en sus decisiones, sino que aplica *discrecionalmente* las normas en función de sus méritos y ello da a un sistema de *absoluta discreción* que como he dicho anteriormente, Raz considera que no es un *sistema jurídico*. Si los *tribunales*⁸⁶ decidieran sobre los conflictos según lo que creyeran oportuno o conveniente, los súbditos sólo podrían guiar su conducta en base a predicciones que podrían ser o no aceptadas por el *juez* que decidiera sobre su caso; y no sólo eso, sino que no tendrían la potestad de demandar la aplicabilidad de cierta norma ante estas *instituciones*. Es por ello que Raz llega a la conclusión, de que independientemente se considere que los *jueces* tienen una obligación de reconocer tales normas y que sea una característica definitoria del concepto de sistema jurídico, los

⁸⁶ C.S. NINO: *Introducción al análisis del Derecho... op. cit.*; pp. 109 ss.

órganos primarios están obligados a aplicar ciertas normas a casos particulares y ello nos llevará a hablar sobre la noción de *validez*. Además, considera que una diferencia entre la ley y un sistema de discreción absoluta⁸⁷ es que los sistemas legales contienen leyes que los tribunales están obligados a aplicar independientemente de su opinión de su mérito. Una formulación más precisa sería que los sistemas legales consisten en leyes que los tribunales están obligados a aplicar y no están en libertad de ignorar cada vez que consideran que su aplicación es indeseable.

Aparte de Raz, nos encontramos con autores como Neil MacCormick y en su obra *Instituciones de Derecho* habla sobre la *discreción* y los valores y principios⁸⁸ de ésta. Dice este autor que la *discreción* es apelar al juicio de una persona de un modo que no lo hace la mera aplicación de una regla dado el acaecimiento de sus hechos operativos. Al igual que Raz, también intenta explicar este concepto a través de un ejemplo, a saber: “*si yo estoy a cargo de la organización y vigilancia de las filas de taxis, y veo mi trabajo como si debiera asegurar, o mis instrucciones son que asegure, que la fila de taxis avance lo más eficientemente posible, me concentraré en todo aquello que permita maximizar la rapidez con la que los taxis identifican los pasajeros, con la que éstos se suben a ellos, con la que los taxis logran salir dejando el sitio disponible para el siguiente. Esto me llevaría a pensar que no debiera quedarme esperando mucho a que el portador del ticket aparezca después de que llamo su número. Más aún, para evitar confusiones e incentivar que las personas que estén esperando un taxi estén atentas, parecería mejor desde este punto de vista tratar un número como cancelado con una no presentación después de que ha sido llamado. Esto puede parecer más justos con quienes aguardan atentos, que si permito a alguien aparecer después de la llamada de su número, cuando estoy ya diez o veinte números más adelante en la serie. De este modo, las consideraciones de equidad quedan en un segundo plano respecto a las consideraciones de eficiencia en este caso*”.

Por consiguiente, MacCormick considera que los valores de la discrecionalidad son: la equidad, la sabiduría, la eficiencia y la razonabilidad. Es por ello que a la hora de juzgar si prima uno de los valores sobre los demás, no implica que esté bien o mal, sino que se dan situaciones mejores o peores al satisfacerse los valores dados en mayor o menor grado. Esto quiere decir que las normas están formadas por hechos operativos que identifican circunstancias de aplicación específica, mientras que los valores son de relevancia ubicua. Hay quienes consideran que los valores pueden ser agrupados bajo unas cuantas categorías generales como por ejemplo Finnis, que sugiere que hay siete bienes básicos: la vida, el

⁸⁷ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, p. 111.

⁸⁸ Neil MACCORMICK: *Instituciones del derecho* (trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne), Madrid. Marcial Pons, 2011, pp. 48 ss.

conocimiento, la experiencia estética, la amistad, el juego, la religión y la razonabilidad práctica. Estos valores seguirán siendo de relevancia ubicua, lo que implica que no sigue la fórmula: “A debe hacer X” y no tiene sentido tratar de singularizar circunstancias particulares de aplicación y da lugar a lo que llama *principios* o *principios generales*. Los *principios* pueden ser excluidos de toda consideración por quien tiene que decidir aplicando normas de aplicación absoluta, o pueden restringirse sus efectos en el caso de las reglas de aplicación estricta.

Centrándonos en Hart, éste comienza diciendo en *The Concept of Law*⁸⁹ que el principal instrumento de control social son las normas, pautas o criterios de conducta y principios generales y si fuera inviable la comunicación de pautas generales de conducta exigiendo ciertas conductas a los individuos, existiría nada de lo que se considera actualmente como Derecho. Dicho esto, Hart realiza una distinción entre clases de personas y clases de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento depende de una capacidad para ver los actos, cosas y circunstancias particulares que abarque las vastas áreas de la vida social y así convertirse en ejemplos de las clasificaciones generales que el Derecho efectúa. La conversión de estos actos en guías de conducta se realiza a través de dos recursos que serán empleados para comunicar las pautas a los hechos operativos en las que deben aplicarse, a saber: la *legislación* y el *precedente*.

Adentrándonos en la comunicación de pautas de conducta, primeramente, advertimos que se pueden asumir diversas formas y todas ellas muy diferentes entre sí. Hart parte del siguiente ejemplo para explicarnos dichas formas: “*Antes de ir a la Iglesia un padre dice a su hijo: todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la Iglesia. Otro padre, descubriéndose al entrar a la iglesia, dice a su hijo: mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones*”. ¿Qué nos intenta explicar Hart con este supuesto? Está hablando ya del uso jurídico del *precedente* basándose en que el niño del supuesto hipotético ve al padre adhiriéndose a una pauta tradicional de comportamiento, al igual que el otro padre y su hijo ven al primer padre siguiendo esta pauta y, por lo tanto, no está introduciendo una nueva pauta. Si bien es cierto que la comunicación de pautas puede ir acompañada de instrucciones verbales con alcance general, éstas pueden generar dudas. Retomando el ejemplo que dado por Hart podrían surgir preguntas del siguiente tipo: ¿En qué tiene que parecerse mi conducta a la suya para ser correcta? ¿Qué parte de su conducta ha de ser precisamente mi guía? Por eso, al comprender el ejemplo el niño se fija más en unos aspectos que en otros y se orientará por el sentido común y por el conocimiento de las cosas que los adultos creen que son importantes.

⁸⁹ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp. 155 ss.

Esto plantea que hay que realizar una distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el *precedente*, ejemplo dotado de autoridad, y la certeza de la comunicación mediante la *legislación*, el lenguaje general dotado de autoridad. Aun cuando se usen normas generales verbalmente formuladas⁹⁰, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la norma general cuya aplicación está en cuestión. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las normas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Pero habrá casos frente a los que no resulte claro si aquéllas se aplican o no. Los cánones de *interpretación* pueden disminuir estas incertidumbres porque son a su vez normas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que requieren interpretación.

La actividad interpretativa y la toma de decisiones judiciales son actividades sometidas a normas que son suficientes para establecer cuál decisión es correcta y cuál no. Ello no impide que, como consecuencia de la *textura abierta del lenguaje*, haya de constatarse de un margen de direccionalidad ineludible en la aplicación del Derecho, que se traducirá en algunos casos en un haz de soluciones interpretativas posibles igualmente válidas desde un punto de vista razonablemente lógico-deductivo⁹¹. Los casos claros⁹², en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos pueden ser “automáticos”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

El ámbito discrecional que el deja el lenguaje puede ser muy amplio. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de normas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la norma. Sin embargo, a pesar de la existencia de un margen de apreciación en la aplicación del Derecho, los tribunales, *de facto*, cuando deciden

⁹⁰ *Ibid.*, p. 157.

⁹¹ Cristina FUERTES-PLANAZ ALEIX: *Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H.L.A. Hart*, Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época. Vol. 8 (2007), pp. 131 – 186.

⁹² H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp. 157 ss.

en un sentido, lo decidido está dotado de tal autoridad que cualquier crítica de carácter intelectual o político es irrelevante para el éxito de esa decisión⁹³.

Por ello, se dice que la autoridad del juez sirve para justificar suficientemente la decisión adoptada ante un caso difícil, en el que dicha decisión lleva incorporada una mayor dosis de discrecionalidad, y hace posible el éxito de la misma basándose en el consenso generalizado que promueve la consideración de la actividad judicial como una actividad sometida a normas. A esa posibilidad de que las pautas resulten indeterminadas, en algún punto en su aplicación, es a lo que se denomina *textura abierta del Derecho*.

En el caso de la *legislación*⁹⁴ es una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales muestran una irreducible *textura abierta*. Es importante considerar el porqué no sería deseable la concepción de una norma tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso concreto estuviera siempre resuelta de antemano. Se fundamenta basándonos en que es una característica del ser humano que en todos los casos que intentamos regular, de forma adelantada y sin posibilidad a la ambigüedad, alguna conducta a través de pautas generales, no haya necesidad de utilizar nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares. Sin embargo, nos encontramos con dos impedimentos conectados entre sí, a saber: la relativa ignorancia de los hechos y la relativa indeterminación de propósitos.

Los legisladores humanos no tienen el conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar, lo que conlleva una relativa indeterminación de propósitos. Por ello se dice que la posibilidad de lagunas del Derecho está en contradicción con el ideal positivista de seguridad jurídica, sin embargo, Hart es considerado en este ámbito como un positivista moderado⁹⁵.

Debemos tener en cuenta que los diferentes sistemas jurídicos o el mismo en distintas épocas pueden ignorar o reconocer la necesidad de realizar un trabajo de elección en la aplicación de normas generales a casos particulares. Por consiguiente, el vicio denominado *formalismo* lo define Hart⁹⁶ como “una actitud hacia las normas verbalmente formuladas que procura

⁹³ Cristina FUERTES-PLANAZ ALEIX: *Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H.L.A. Hart*, Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época. Vol. 8 (2007), pp. 131 – 186.

⁹⁴ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 160.

⁹⁵ Cristina FUERTES-PLANAZ ALEIX: *Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H.L.A. Hart*, Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época. Vol. 8 (2007), pp. 131 – 186.

⁹⁶ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp. 160 ss.

encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la norma general ha sido establecida". ¿Cómo se podría llevar a cabo este vicio? Él dice que una de las formas sería a través de congelar el significado de la norma, es decir, que la norma tendrá el mismo significado en todos los casos en que sea aplicada, al menos, en sus términos generales. Lo que se quiere conseguir a través de esta aplicación de la norma es asegurar un grado de certeza a cosa de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, y no sólo esto, sino que también se incluirán casos que se desearía excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables. En los términos de *textura abierta* de nuestro lenguaje se podrían excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la norma.

Por ende, Hart considera que todos los sistemas concilian dos necesidades sociales: la necesidad de ciertas normas que pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. Las normas son criterios a seguir para la solución del caso y, en particular, que la decisión interpretativa sea válida. Dicho de otro modo, las normas ya no son predicciones de cómo habrá de solucionarse un caso y los tribunales no son libres de dejarlas a un lado al ejercer la autoridad para tomar aquellas decisiones⁹⁷.

4.3.3. Juicios normativos

Ya hemos dicho que el Derecho sea un sistema *institucionalizado*⁹⁸ implica que los procesos de creación y aplicación de las normas están organizados institucionalmente y, asimismo, supone realizar una diferenciación interna dentro del sistema entre dos grupos de normas con dos clases de destinatarios: normas dirigidas a los ciudadanos en general y normas cuyos destinatarios son los órganos de realizar los procesos de creación y aplicación de normas. Dentro de este último grupo, destacan los *tribunales* ya que son los encargados de decidir de forma autoritativa qué es correcto en términos del sistema y son descritos siguiendo a Raz como *órganos primarios del sistema* y sus decisiones son vinculantes al resolver las controversias o conflictos planteados conforme Derecho.

⁹⁷ Cristina FUERTES-PLANAZ ALEIX: *Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H.L.A. Hart*, Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época. Vol. 8 (2007), pp. 131 – 186.

⁹⁸ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p. 403

Al tener los *tribunales* encomendada una *función jurisdiccional*, decidirán con arreglo a derecho cuál es la situación normativa de los individuos⁹⁹ y ello basándonos en que los juicios de un *tribunal* son más que meras opiniones, ya que nuestros propios juicios son simples opiniones que pueden estar mejor o peor fundadas y los de los *jueces* son sentencias que tienen efecto dentro del sistema. Por consiguiente, distinguimos entre los propios juicios de valor realizados por los individuos afectados por dicha situación jurídica y los llamados *juicios normativos* que son aquellos que realizan los tribunales.

El considerar que los juicios realizados por los *tribunales* son resoluciones que surten efecto dentro del sistema nos lleva a la siguiente cuestión: ¿son los *tribunales* órganos dotados de potestad para emitir juicios *públicamente vinculantes*? Y si es así, ¿las *sentencias* son los juicios *públicamente vinculantes*? Para responder a dichas preguntas es necesario partir de la noción de *sentencia*. Si buscamos *sentencia* en el diccionario de la RAE, define este concepto como “*la declaración del juicio y resolución judicial*”, y qué es una *resolución* judicial pues nos dice que es el decreto, providencia, auto o fallo de una autoridad judicial. Sin embargo, leyendo a Hart, éste define *sentencia* como norma particular enfocada hacia un sujeto que debe o no debe o tiene derecho o no tiene derecho a hacer algo. Bien es cierto que no todas las *sentencias* son así, y se hace necesario matizar esta noción simplista de *sentencia* basándonos en: (i) no todas las *sentencias* crean normas y (ii) porque incluso las creadoras de normas constan de un parte no-normativa de especial relevancia, ya que es una parte donde se plasma la *función jurisdiccional* de los *tribunales*¹⁰⁰.

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, distinguimos entre *sentencias declarativas* y *sentencias normativas*. Las *sentencias declarativas*¹⁰¹ establecen que un caso concreto entra dentro del hecho operativo que establece la norma y siguen la siguiente estructura: “el caso X entra en el supuesto S de la norma N”. Se considera que este tipo de *sentencias* únicamente se limitan a emitir un dictamen sobre una cuestión jurídica disputada afirmando que una determinada norma se aplica a un determinado caso. En definitiva, son juicios asertivos en base al Derecho vigente. La *sentencia* será correcta cuando sea verídica la existencia de la norma invocada en ella y, asimismo, el caso en discusión debe entrar en el supuesto de hecho de esa norma. En contraposición, las *sentencias normativas* contienen normas particulares y se puede decir que siguen la estructura: “A (no) debe hacer X”. Al considerar la *sentencia* como norma particular que surge tras la aplicación de una norma general, ésta requiere fundamentación. Por lo tanto,

⁹⁹ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op. cit.*, pp. 269 ss.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 269.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 270.

una *sentencia normativa* es una decisión fundamentada en alguna norma del sistema. ¿Qué supone esta consideración? Pues que la estructura de este tipo de *sentencias* sea: “a la vista de los hechos a, b y c, y con fundamento en la norma N del sistema jurídico S, resuelvo que A tiene el deber de X”, con ello se afirman determinados hechos y resuelve que “A tiene el deber de hacer X” como se expuso anteriormente. Lo curioso o lo llamativo en este tipo de *sentencias* es que nos conducen al llamado “*silogismo judicial*”, y ¿qué es el “*silogismo judicial*”? Consiste en que una norma general proporciona la premisa mayor; los hechos que integran el caso proporcionan la premisa menor; y el fallo constituye la conclusión y por ello se llega a hablar de la *formación lógica de la sentencia*, lo cual implica que la *sentencia* contiene un conjunto de juicios asertivos que fundamentan la decisión, a saber:

1. Afirma que determinada norma forma parte del derecho vigente, que se han dado determinados hechos, que esos hechos caen dentro del supuesto de hecho de la norma y que de esa norma se deriva tal obligación; y
2. Resuelve que “A tiene el deber de hacer X”.

En definitiva, todo ello hace que se llegue a la conclusión de que las *sentencias normativas* tienen una parte asertiva y una parte dispositiva; la parte asertiva sería “existe una norma N que establece... y el caso C entra dentro del supuesto de hecho de N” y la parte dispositiva que es “A debe hacer X”.

Centrándonos en el aspecto estrictamente jurisdiccional¹⁰² de una *sentencia*, lo primero que hay que señalar es que radica en la parte del juicio asertivo y ello es común a ambos tipos de *sentencias*, *normativas* y *declarativas*. Tanto en las *sentencias normativas* como en las *sentencias declarativas* lo que se discute es la parte asertiva desde el punto de vista de la verdad; destacando que lo que se debate no es el fallo, sino los enunciados acerca del contenido de la existencia de la norma y su aplicabilidad al caso. En otras palabras, no se discute si “A tiene la obligación de hacer X”, sino que “con arreglo al sistema jurídico S, A tiene la obligación de hacer X”.

Otra cuestión que se plantea es si tanto las *sentencias declarativas* como las *sentencias normativas* son *correctas*¹⁰³, y forma parte de esta corrección el que sean verdad los juicios que incluyen sobre el derecho vigente estas *sentencias*. La razón de ser de esta cuestión se debe, básicamente, a que con cierta frecuencia se producen *sentencias incorrectas* y esta incorrección se puede dar a través de dos vías: (i) que el *juez* haya apreciado incorrectamente los hechos acaecidos; o (ii) se ha realizado una calificación errónea desde el punto de vista jurídico. En

¹⁰² *Ibid.*, p. 271.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 272.

ambos casos, el juicio asertivo sobre el Derecho vigente es falso. Dicho esto, señalar que desde el punto de vista de la verdad el *juez* no ocupa una posición privilegiada, aunque sí que puede disponer de mayor información a la hora de calificar jurídicamente los hechos. Por ende, el rasgo distintivo de los *órganos primarios* es que los juicios que emiten tienen carácter vinculante y se realizan de forma pública –a diferencia de los realizados por nosotros mismos–, y, asimismo, estos órganos tienen potestad para declarar qué es lo que establece el Derecho vigente. Será el carácter vinculante lo que permita a una *sentencia* errónea surtir efectos en el sistema. Por ello, Raz explica en su obra *The authority of law*¹⁰⁴ que los *órganos primarios* tienen potestad para determinar la situación normativa de individuos concretos y se le exige que ejerzan esas potestades mediante la aplicación de normas existentes, pero cuyas decisiones son vinculantes aun siendo erróneas.

Antes este defecto, los sistemas jurídicos complejos han desarrollado mecanismos para que estos fallos sean tolerables dentro de unos límites, aun así, lo cierto es que cumplidos todos los procedimientos y agotados todos los recursos, la *sentencia firme* adquiere fuerza de *cosa juzgada*¹⁰⁵. ¿Qué significa que una *sentencia* adquiera fuerza de *cosa juzgada*? Implica que aquello que los órganos jurisdiccionales determinan como derecho *es* derecho, aunque se equivoquen y por ello sus decisiones son *definitivas*. Siguiendo la fórmula expresada por Rodilla: “*aunque las resoluciones judiciales contienen declaraciones sobre el derecho vigente y a esas declaraciones les es inherente una pretensión de verdad, los procedimientos jurisdiccionales no son procedimientos diseñados para producir enunciados verdaderos sobre el derecho vigente; más bien son procedimientos para producir pronunciamientos definitivos sobre cuestiones jurídicas disputadas*”. Por ello, hay que destacar que el carácter *definitivo* de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales no va unido a la *infalibilidad* de las mismas. Sobre esta cuestión nos detendremos a continuación, ya que es considerada como una de las grandes contribuciones del Derecho como sistema normativo *institucionalizado*.

4.3.4. *Definitividad e infalibilidad de la decisión judicial*

Ya hemos señalado con anterioridad que un *tribunal* tiene la última palabra al establecer qué es derecho y la afirmación de que el *tribunal* se equivocó carece de consecuencias dentro del sistema. Es verdad que la decisión puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, sin embargo, el hecho de que sea necesario recurrir a una norma supone admitir que el enunciado emitido por el *tribunal* que se equivocó era un enunciado vacío. Y

¹⁰⁴ Joseph RAZ: *The authority of law* (1ªed), Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 110.

¹⁰⁵ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, p. 272.

es por estos hechos que parece pedante distinguir en las decisiones de un *tribunal* entre su *definitividad* y su *infallibilidad*. El caracterizar de “pedante” dicha distinción supondría admitir que la Constitución es lo que los *tribunales* dicen que es¹⁰⁶.

Las características más llamativas radican en su aprovechamiento de la ambigüedad de enunciados como el expuesto en el párrafo anterior: “la Constitución es lo que los *tribunales* dicen que es”, y en la explicación que se da para ser consistente entre los enunciados de Derecho no oficiales y los enunciados oficiales de un *tribunal*. Para explicar la ambigüedad, Hart lo explica a través de los juegos competitivos y empieza diciendo que muchos juegos competitivos se juegan sin un tanteador oficial. Ello supone que, a pesar de sus intereses en conflicto, los jugadores consiguen aplicar bien la regla de tanteo a los casos particulares y sus juicios concuerdan lo que implica que pocas disputas quedan sin solución. Antes de que se instaure un tanteador, el enunciado que sobre el número de tantos convertidos hace un jugador, si es honesto, representa un esfuerzo para apreciar la marcha del juego con referencia a la particular regla de tanteo aceptada por él mismo. Dichos enunciados son enunciados internos y, por consiguiente, no son enunciados ni predicciones sobre la observación de las reglas que realicen los jugadores ni su posible violación.

¿Cuándo se producirán los cambios? Pues igual que sucedía con la sociedad primitiva planteada por Hart, será cuando se pase a un sistema jurídico maduro¹⁰⁷. En el caso del juego, se producirá con la introducción de *reglas secundarias* que instituyen un tanteador cuyas resoluciones son *definitivas*, ya que las determinaciones del tanteador tendrán asignado, basándose en las *reglas secundarias*, un status que las hace indiscutibles. Con todo ello, es importante observar que la regla de tanteo continúa siendo lo que era antes de instaurar la figura del tanteador, y que el deber de éste será aplicarla lo mejor posible. Obviamente, el tanteador trae consigo una serie de ventajas, pero dichas ventajas se adquieren a un cierto precio, ya que entrará en contradicción el deseo de que el juego sea regulado por la regla de tanteo con el deseo de que en la aplicación de dicha regla haya decisiones con autoridad *definitiva*. A pesar de su *definitividad*, puede incurrir en fallos y ante esto es posible adoptar provisiones mediante la apelación a alguna autoridad superior, pero deberá terminar alguna vez con una decisión que sea *definitiva*. Por lo tanto, se vuelve a la posibilidad de incurrir en error y que sea *fallible*¹⁰⁸, quiere decir esto que los riesgos inherentes a la creación de una autoridad que aplique normas con carácter *definitivo*, pueden producirse en cualquier esfera.

¹⁰⁶ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp. 176 ss.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 177.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 178.

Cuando se crea un tanteador oficial y sus decisiones son consideradas *definitivas*, los enunciados sobre el número de tantos convertidos que formulen los jugadores no tendrán cabida dentro del juego; bien es cierto que el jugador seguirá determinando la marcha del juego de la mejor forma posible por referencia a la regla de tanto, después de la introducción de la figura del tanteador. Sin embargo, la diferencia de los enunciados entre los jugadores y el tanteador radicará en que los enunciados de los jugadores son aplicaciones no oficiales de dicha regla, mientras que los del tanteador tienen autoridad y son *definitivos*. Pero ¿qué sucede si el juego fuera “el arbitrio del tanteador”?¹⁰⁹ Observamos como la relación entre los enunciados no oficiales y los enunciados oficiales sería distinta porque los enunciados de los jugadores serían una predicción de las decisiones del tanteador y, además, no podrían ser otra cosa. Esto da lugar a que las decisiones del tanteado sean a la vez *definitivas* e *infalibles*. No obstante, en un juego común la regla de tanteo establece que la aplicación de la misma a los casos particulares hecha por el tanteador tiene *autoridad* y carácter *definitivo*.

De este ejemplo expuesto por Hart, también podemos observar que la distinción entre un juego normal y el juego del “arbitrio del tanteador” radica en que la regla de tanteo del primero posee un núcleo de significado establecido y el tanteador no es libre para apartarse de dicho núcleo y constituye, además, el criterio de tanteo correcto e incorrecto. Y es esto último lo que hace verídico decir que las decisiones del tanteador, aunque sean *definitivas*, no son *infalibles*. Es esto lo que ocurre en el caso del Derecho. El hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe, pero esta tolerancia tiene un límite el cual es análogo en el Derecho¹¹⁰. Los resultados del juego se determinan de la forma establecida por la regla, cualquiera que sea la *textura abierta* que admita el tanteador; aunque, en algunas situaciones hipotéticas se pueda pensar que lo que se jugó fuese “el arbitrio del tanteador”. Pero el hecho de que en todos los juegos las decisiones del tanteador son *definitivas* no significa que todos los juegos sean eso.

La *textura abierta del derecho* faculta a los *tribunales* una potestad de creación de jurídica mucho más amplia y sus decisiones no son usadas como precedentes creadores de Derecho. Cualquier decisión de los *tribunales* subsistirá mientras no sea modificado por la legislación y la interpretación de ésta, estará a cargo de los tribunales por estas dotados de autoridad. Pero esto hace necesario distinguir entre una Constitución que, al establecer un sistema de tribunales, dispone que cualquier cosa que el Tribunal Supremo disponga adecuada es considerada Derecho y la Constitución de cualquier Estado Moderno. El enunciado “la

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 179.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 180.

Constitución es lo que lo jueces dicen que es”, si se la interpreta negando dicha distinción se considera como una proposición falsa. Los *tribunales*¹¹¹ consideran a esas normas como algo que no pueden ignorar a la hora de dictaminar decisiones dotadas de autoridad, las cuales no pueden ser discutidas dentro del sistema, y, además, los criterios de conducta tendrán que ser adheridos por los *jueces* que consistirá en ser simplemente aceptados. El que los *jueces* se adhieran a los mismos no significa que sean ellos quienes los crean. Aunque es cierto que, basándose en las normas que dotan a las decisiones judiciales de autoridad *definitiva*, los *jueces* rechacen las normas existentes y dejen de considerar que las normas del *Parlamento* establecen límites a sus decisiones. Sin embargo, el hecho de que tales transformaciones sean posibles no demuestra que el sistema ya es lo que sería si la transformación tuviera lugar. Por consiguiente, ¿qué implica que los *jueces* se vean obligados a aceptar, en virtud de una norma, como derecho las leyes del *Parlamento*?¹¹² Supone un acatamiento general a esa exigencia y que cuando se aparten de ella de forma individual, la inmensa mayoría lo vería como algo incorrecto, aun cuando la norma que confiere el carácter *definitivo* a sus decisiones facilitara la posibilidad de revisión de la decisión del caso particular, salvo que mediante una ley se admita la validez de esa decisión.

4.4. La obligación los órganos primarios de aplicar normas y la norma de reconocimiento de Hart

Ya hemos mencionado anteriormente que la existencia de órganos primarios como los *tribunales* es un rasgo distintivo de los sistemas normativos institucionalizados¹¹³. La importancia de este rasgo se estudia en profundidad al explicar el carácter aparentemente paradójico de la *función jurisdiccional*. Raz, siguiendo a Hart, ha estudiado esta paradoja de la *función jurisdiccional* al explicar los *órganos primarios*¹¹⁴ y lo primero que dice es que los *órganos primarios* son un tipo de instituciones aplicadoras de normas, las cuales tienen autoridad para determinar situaciones normativas acordes con normas preexistentes, y dentro de estos órganos se incluyen los *órganos jurisdiccionales*. Es por ello que también considera que los *tribunales* y los *jueces* tienen el poder para establecer derecho y deberes a las personas. Al sostener esta premisa, surge la duda de si cualquier persona puede establecer sus derechos y deberes, y ante esta cuestión Raz responde diciendo que la diferente entre un *tribunal* y un individuo no radica únicamente en que el primero tenga mayores facilidades para determinar

¹¹¹ *Ibid.*, p. 181.

¹¹² *Ibid.*, p. 182.

¹¹³ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p. 272.

¹¹⁴ J. RAZ: *The authority of law... op.cit.*, pp. 108 ss.

qué normas se aplican, sino también tiene la autoridad, el poder para determinar la situación legal de cada individuo. Por tanto, la decisión del *tribunal* es *vinculante*, incluso, si es errónea.

Entonces, por qué hablamos del carácter paradójico de la *función jurisdiccional*, cómo se genera esta paradoja¹¹⁵. Se genera al considerar, según Raz, que nosotros percibimos una decisión o una declaración como norma aplicada si simplemente establece derechos y deberes en virtud de una norma preexistente, mientras que se considera únicamente *vinculante* si cambia los derechos y deberes de los individuos. Por ello, sólo cuando una nueva norma imponga deberes nuevos a los individuos o les dote de derechos nuevos y viceversa, se plantea la validez o no de la misma. Es en relación la *validez* donde se plasma la importancia de los *órganos primarios* de aplicar normas y su relación con la *norma de reconocimiento* y donde se ve el carácter paradójico de la *función jurisdiccional*.

Centrándonos en la teoría de Raz, observamos que llega a la conclusión de que los *órganos que aplican la ley*, al aplicarla lo que hacen a su vez es reconocerla por lo tanto se ve como una condición necesaria para la existencia de las leyes¹¹⁶. Por consiguiente, una ley se considera que forma parte del sistema únicamente si es reconocida por las *instituciones legales* y por ello en este epígrafe nos centraremos más en la importancia de la aplicación de las leyes que en el de la creación de las mismas. Asimismo, trataré el tema del reconocimiento a través de la llamada *norma de reconocimiento* en relación con el concepto de *validez jurídica*.

Siguiendo, con la importancia de las *instituciones aplicadoras de leyes* hay que señalar que su importancia radica en varias razones¹¹⁷, a saber:

1. Si comparamos las sociedades modernas frente a las sociedades primitivas, vemos como en las primeras se da mayor importancia a las instituciones *creadoras* de Derecho ya que se considera que las normas creadas son fruto de una decisión deliberada de los miembros de la sociedad. Frente a esta idea, en las sociedades primitivas estas instituciones tenían un papel menor o ni siquiera existían, ya que se regían por las costumbres. Es por ello que, aunque en las sociedades modernas se considere de mayor importancia las instituciones *creadoras* de Derecho, los *órganos aplicadores* de Derecho son una constante de la ley en ambas sociedades y, por consiguiente, se ven como una característica definitoria de la ley.
2. En cuanto a los sistemas jurídicos, su importancia radica al reconocer las llamadas *fuentes del Derecho*. La única forma de saber cuáles son estas *fuentes del Derecho* es a través

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 109.

¹¹⁶ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, p. 87 ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 88.

de las instituciones y los procedimientos normativos de un sistema jurídico. Por ello, se llega a la conclusión de que son los *tribunales* los órganos capacitados para el reconocimiento de las *fuentes del Derecho*.

3. Al decir que los sistemas legales son *sistemas normativos institucionales* se considera que las normas que los conforman son utilizadas como pautas de conducta no sólo para los individuos que conforman una sociedad, también para las instituciones legales en su conjunto. Cuando las acciones de los órganos de creación de leyes y de aplicación de leyes entran en conflicto, las acciones de los órganos que aplican leyes son las que afectan las consideraciones de los sujetos de la ley; ellos tienen la autoridad final para declarar lo que es la ley. Esto nos llevará a hablar sobre la eficacia de la ley.

Dicho esto, debemos matizar que al decir que una ley es parte de un sistema si los órganos de *aplicación* de la ley la aplican, no supone que estos órganos creen la ley. Pueden estar, y en la mayoría de las ocasiones, simplemente reconociendo y haciendo cumplir las leyes previamente creadas por la legislación, los precedentes o las costumbres. Al sostener que una ley es parte de un sistema sólo si está reconocida por los tribunales no conlleva implícitamente la idea de que las leyes sean descripciones de lo que los *tribunales* hacen o harán. Los *tribunales* están compuestos por seres humanos y las causas de sus acciones están abiertas al análisis y la predicción por parte de psicólogos, sociólogos y otros científicos, así como las causas de las acciones de otras personas. Sus juicios son, sin embargo, el fruto de decisiones deliberadas basadas en la evaluación de los motivos de las diversas alternativas. Además, los tribunales escriben las razones que, en su opinión, justifican sus decisiones, y es al examinar las opiniones de los tribunales que uno encuentra las leyes sobre las que actúa. Las leyes mismas son, por lo tanto, normativas. Ellos guían las acciones de los tribunales tanto como las de la gente común. Su existencia se basa en última instancia en prácticas sociales, pero esto es común a todas las normas positivas y no desvirtúa su normatividad¹¹⁸.

Dicho esto, nos lleva a plantearnos las siguientes cuestiones: ¿cuál es la razón de ser la relación entre los *órganos primarios* y la *norma de reconocimiento*? ¿Por qué es tan importante? Se debe, en primer lugar, al hecho de que los *órganos jurisdiccionales* no son órganos de *decisión discrecional*, es decir, deben aplicar sólo normas que puedan considerarse *válidas* siguiendo los criterios de la NR¹¹⁹. Siguiendo a Nino¹²⁰, dice que Hart responde acerca de la obligación que tienen los *órganos jurisdiccionales* de aplicar ciertas normas basándose en que la misma surge de

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 89.

¹¹⁹ M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, p. 273.

¹²⁰ C.S. NINO: *Introducción al análisis del derecho...* *op.cit.*, p. 110.

una práctica social, la cual es establecida por estos mismos órganos cuando dichas normas cumplen una serie de requisitos para considerarlas *válidas*. Es en la aplicación reiterada de las normas donde se pone de manifiesto la NR. Aquí, Nino plantea la posibilidad de por qué los *jueces* están obligados a aplicar ciertas normas si surge de una norma que ellos practican voluntariamente¹²¹; y comienza explicando que hay una distinción entre todo el conjunto de los *jueces* frente a la NR y la situación y cada uno de los *jueces* individualmente respecto a la NR. El porqué de dicha distinción radica en que, en verdad, el conjunto de *jueces* no está obligado por la NR, pero sí lo está cada uno de ellos que integran dicho conjunto. En definitiva, Hart afirma, que independientemente de la forma en los jueces justifiquen sus conclusiones sobre las normas que deben aplicar, la convergencia en esas conclusiones entre distintos *jueces* genera una práctica común de reconocimiento que puede ser tomada en cuenta por un observador externo, interesado en describir el contenido del sistema jurídico, para determinar qué normas los *jueces* de ese sistema consideran *válidas* y *obligatorias*.

Para entender la conexión entre los *tribunales* y la *norma de reconocimiento*, es necesario explicar la noción los criterios de identidad y membresía de los sistemas jurídicos y por último, haremos una breve referencia a la tesis de los *límites de la ley* de Raz en relación con lo que sostiene Hart, a saber, los *límites judiciales* a la potestad legislativa.

4.4.1. *Identidad y membresía en los sistemas jurídicos*

En este epígrafe seguiremos la explicación de Raz en su obra de *The Concept of a Legal System*¹²². Lo primero que dice es que el criterio de identidad de los sistemas jurídicos puede ser formulado de la siguiente forma: un conjunto de enunciados normativos es una descripción de un sistema jurídico sí y solo si cada uno de los enunciados de este conjunto describe el mismo sistema como todos los otros; y todo enunciado normativo que describe el sistema jurídico es implicado por este conjunto. Al formular de este modo el criterio de identidad, se presupone el criterio de membresía. Sin embargo, nos encontramos ante una gran dificultad para hallar un criterio de membresía, ya que la misma radica en descubrir aquella condición necesaria para un enunciado normativo dado que describe parcialmente el mismo sistema como un conjunto dado de enunciados normativos, aunque no sea implicada por él¹²³.

El porqué hablar aquí del criterio de membresía, se debe a que una de las principales funciones de los órganos aplicadores de Derecho, además está conectada estrechamente con

¹²¹ *Ibid.*, p. 111.

¹²² J. RAZ: *The Concept of a Legal System...*; *op.cit.*, pp. 189 ss.

¹²³ *Ibid.*, p. 190.

la definición de Derecho, está estrechamente vinculada al criterio de membresía. Por consiguiente, Raz sigue en parte el criterio formulado por Salmond, pero se desvía, ya que sostiene que “*un enunciado normativo dado describe el mismo sistema que es descrito por un conjunto dado de enunciados normativos, si éste describe un órgano jurídico aplicador primario que reconoce las disposiciones jurídicas descritas por este conjunto de enunciados normativos o si un órgano jurídico primario descrito por el conjunto de enunciados normativos reconoce el derecho que el conjunto dado de enunciados describe. Consecuentemente, puede decirse que un sistema jurídico contiene todas, y únicamente todas, las disposiciones jurídicas reconocidas por un órgano jurídico aplicador que instituye*”¹²⁴. Esto quiere decir que el criterio asume que la identidad y las acciones de los órganos aplicadores de derecho son esenciales para establecer la membresía de un sistema jurídico. El criterio de membresía nos lleva a dos conceptos: los *órganos jurídicos aplicadores de normas* y el reconocimiento de una *disposición judicial*.

Aquí nos centraremos en los *órganos jurídicos aplicadores de normas* y hay que comenzar diciendo que un órgano jurídico aplicador primario, es decir, un órgano primario es una institución que está autorizada para decidir si el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está prohibido o permitido por el Derecho. Sabemos que todo sistema jurídico prohíbe el uso de la fuerza bajo ciertas condiciones, al menos cuando sea empleada para obstruir la ejecución de sanciones, y prescribe el uso de la misma cuando sea necesario para la ejecución de una sanción. Asimismo, todas las disposiciones jurídicas guardan relaciones internas con las disposiciones jurídicas que prohíben el uso de la fuerza o con las disposiciones jurídicas que permite o prescriben el uso de la fuerza en la ejecución de sanciones. Por consiguiente, un órgano primario está facultado para decidir si ciertos actos que hacen uso de la fuerza constituyeron una violación a una cierta disposición jurídica y debe reconocer en el ejercicio de esta autoridad, otras disposiciones judiciales que prescriban el uso de la fuerza en la ejecución de sanciones. No sólo reconocen la violación o no de una disposición judicial, también pueden reconocer la existencia de otras instituciones aplicadoras de derecho, e incluso, órganos creadores de Derecho¹²⁵.

Para entender el criterio de membresía y su relación con los *órganos primeros*, Raz parte de la situación hipotética de una sociedad en la cual las normas que establecen el comportamiento que deben tener los individuos sean respaldadas por sanciones coactivas, pero, no hay ningún órgano primario para llevar a cabo estas funciones. Cuando se verá la importancia de la existencia de estos órganos, cuando se llegue al punto de que la facultad de decidir sobre las aplicaciones de las sanciones se concentre en un grupo reducido de

¹²⁴ *Ibid.*, p. 190.

¹²⁵ J. RAZ: *The Concept of a Legal System... op.cit.*, pp. 193 ss.

individuos y su función sea designada, no en relación con los agraviados, sino por las habilidades que ostentan para tal fin. Con esta hipótesis se llega a la conclusión, de que en el momento en que un órgano primario existe, aún si sólo tiene la potestad de decidir sobre la violación de una sola norma, cabe la posibilidad de distinguir entre normas reconocidas por él y otras que no. Por tanto, al estar basadas sus decisiones en un cierto grupo de normas, hace que se esté conformando un *sistema normativo*¹²⁶.

Dicho esto, en los sistemas jurídicos desarrollados, los órganos primarios llegan a sus decisiones, después de un proceso jurisdiccional regulado por el Derecho, y la decisión frecuentemente es acompañada por aquellas razones que condujeron a ese juicio normativo. Es por ello que es relativamente fácil encontrar cuales son las disposiciones judiciales reconocidas y en las que se basaron los órganos para tomar sus decisiones. Además, las disposiciones jurídicas existen únicamente como parte de sistemas jurídicos que son aceptados por la gran mayoría de los individuos que conforman una sociedad y por lo tanto, es de esperar que si una gran parte de la población las acepta, también sean reconocidas por los órganos primarios. Sin embargo, los órganos primarios también pueden crear nuevas disposiciones jurídicas y aplicarlas y ello basándonos en la idea de que reconocen aquellas disposiciones judiciales que crean¹²⁷. Pero lo verdaderamente importante para el entendimiento del criterio de membresía, no es tanto el saber que los órganos primarios también pueden crear disposiciones judiciales, sino que el conjunto de todas las disposiciones judiciales deben ser reconocidas por los órganos primarios.

En definitiva, al decir que un órgano primario reconoce una disposición jurídica, se está diciendo, que planteada la cuestión ante él, y de acuerdo a sus facultades, actuaría en base a esa disposición jurídica. Por ende, al reconocer una disposición judicial también se está reconociendo todas las disposiciones creadas bajo el ejercicio de esta disposición. No sólo esto, sino que el reconocimiento de parte de un órgano primario de las normas que crea otro órgano primario implica que apoya a la suposición de que el primer órgano primario reconoce todas las disposiciones jurídicas reconocidas por el segundo, aunque sólo sea de forma hipotética¹²⁸.

4.4.2. *La norma de reconocimiento y validez jurídica*

Se parte de la idea de que los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes

¹²⁶ *Ibid.*, p. 194.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 195.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 196.

respaldadas por amenaza de la persona o personas soberanas, quienes a su vez no obedecen a nadie. Es esta situación social la que funciona como condición suficiente y necesaria para la existencia de Derecho. Sin embargo, si nos centramos en los sistemas jurídicos de los Estados modernos, se aprecia que en una situación más compleja se acepta y utiliza una *norma de reconocimiento* para identificar *normas primarias de obligación*. Es en esta situación cuando surge una *norma secundaria de reconocimiento*, cuando se habla propiamente de los fundamentos de un sistema jurídico¹²⁹.

Dicho esto, debemos recordar que la función más inmediata de la NR es la de aportar criterios revestidos de autoridad para que los particulares y los funcionarios sean capaces de establecer qué normas son válidas jurídicamente y cuáles no¹³⁰. Dichos criterios pueden asumir diversas formas, si observamos un sistema jurídico de un Estado moderno, el cual se caracteriza por disponer de una variedad de “*fuentes*” del Derecho¹³¹, la NR es más compleja y los criterios identificativos serán: la *Constitución* escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales. En caso de conflicto entre los diversos criterios, se clasifican los mismos en un orden de *subordinación* y *primacía* relativos.

Por ello, Hart considera necesario diferenciar entre *subordinación* relativa de un criterio a otro y la *derivación*¹³². Para él la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación y el *status* de Derecho de las normas viene dado por la aceptación de la *norma de reconocimiento* que les acuerda ese lugar. Por consiguiente, la existencia de esa NR con los criterios distintivos ordenados jerárquicamente se manifiesta cuando se identifican *normas primarias de obligación* empleando tales criterios. Asimismo, en la mayor parte de los casos, la existencia de la NR se muestra cuando se identifican *normas primarias*, sea por *tribunales* o por *funcionarios*, o por los particulares. Obviamente, hay una diferencia entre el empleo de criterios realizado por los *tribunales* y el uso que hacen de ellos otros particulares, ello se debe a que cuando los *tribunales* aplican la norma general a una situación normativa determinada de un individuo, están identificando la norma como Derecho y le conceden un *status* revestido de autoridad en base a otras normas. Es por ello que Hart dice que el empleo por *jueces* y otros *funcionarios* de NR no expresadas, para identificar normas particulares del sistema, es característico del punto de vista *interno*¹³³. Esta actitud de aceptación se debe contraponer al punto de vista *externo*, para realizar esta contraposición debemos partir de la idea de que la palabra *válido*¹³⁴

¹²⁹ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, pp. 125 ss.

¹³⁰ J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.* p. 144.

¹³¹ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 126.

¹³² *Ibid.*, p. 127.

¹³³ *Ibid.*, p. 128.

¹³⁴ J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 144.

normalmente se usa con *enunciados internos* que aplican a una norma cualquiera de un orden jurídico una *NR* aceptada. ¿Qué supone la aceptación desde el punto de vista *interno*? Quienes usan la *NR* con este carácter, al hacerlo la están aceptando como pauta adecuada para llevarla a cabo. Sin embargo, el hacerlo desde un punto de vista *externo* constata la aceptación del grupo social de la *NR* pero él no la acepta. Por lo tanto, se mantiene la idea de que se emiten los enunciados de validez desde un punto de vista interno¹³⁵, pero Hart no parece excluir del todo la posibilidad de emitir enunciados *externos* y termina considerando a los enunciados *externos* como enunciados *intermedios*. El porqué se debe a que trata de explicar la noción de *validez* a partir del uso que realizan los juristas en su práctica ordinaria.

Por ello, Hart entiende por *validez jurídica*¹³⁶ el reconocimiento que se realiza de una determinada norma cuando ésta satisface todos los requisitos establecidos por la *NR* y por ende, se considera como una norma del sistema. Esto supone decir que la noción de *validez* sólo es aplicable a las normas que deben su condición de ser tal a la *NR* que permite identificarlas como pertenecientes al orden jurídico. Solamente tendrán sentido hablar de *validez* para saber si las normas que no dependen su existencia de la aceptación de los jueces reúnen los requisitos exigidos en una *NR*, y se da la *NR* en los sistemas jurídicos desarrollados.

Hart también dice que la noción de *validez* sólo se empleará en el interior de un sistema de normas, para designar el hecho de que cada una de ellas ha penetrado a través del filtro establecido por la *NR*. Por lo que es obvio que dicho concepto no será aplicable a la *NR*, ya que para fuese aplicable o bien tendría que pasar su propio filtro o sería necesario la existencia de otra norma superior por encima. En cuanto a la primera posibilidad es un absurdo en sí mismo y en lo referido a lo segundo no es posible porque se considera a la *NR* como última. Por consiguiente, no es correcto considerarla válida o inválida, ni tampoco se puede afirmar que la validez se presupone, como hace Kelsen. En definitiva, respecto a la *NR* sólo se puede predicar existencia o inexistencia y es por ello que puede emplearse para emitir enunciados *internos* de *validez* respecto al resto de las normas del ordenamiento, pero así misma sólo podrá emitir enunciados *externos*, lo cual hace reafirmar la idea de que los *tribunales* la usan para identificar lo que ha de tenerse por Derecho y no sólo esto, sino que se constata que en relación a la *NR* existencia y validez no son equivalentes. Por ello en la situación hipotética planteada por Hart para explicar las *normas primarias de obligación*, sólo se

¹³⁵ *Ibid.*, p. 145.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 146.

podrá decir que existe una norma en esa sociedad primitiva a través de un enunciado *externo*¹³⁷.

Antes de seguir explicando la noción de *validez jurídica* en Hart, debemos hacer hincapié en la concepción kelseniana, para así entender mejor dicha noción. Kelsen dice que con el término *validez*¹³⁸ se designa la existencia específica de una norma. Se puede expresar la *validez* de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no. La norma puede *valer* aunque el acto de voluntad que la constituyó ya no exista. Con esto Kelsen quiere decir que “*cuando los hombres actúan como órganos legislativos, deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias, y de esa manera le otorguen validez, orientan luego sus decisiones a la regulación de otros objetos; y las leyes promulgadas por ellos pueden valer aun cuando hayan muerto hace mucho y, por consiguiente, cuando de ninguna manera pueden quererlas*”¹³⁹. Es por ello que considera necesario distinguir entre validez y eficacia, algo que también realiza Hart en su obra *The Concept of Law*. De esta distinción trataré más adelante comparando la misma con la explicación realizada por Hart.

Retomando la noción de *validez jurídica* de Hart, vemos como, en comparación a la sostenida por Kelsen, ésta se asemeja al modo de existencia propio de aquellas normas que pueden expresarse mediante un enunciado *interno* emitido a partir de la *aceptación* de una *norma de reconocimiento*¹⁴⁰. Dicho esto, se plantea la pregunta de que, si al igual que Kelsen, el que sea una norma *válida* conlleva que los individuos deban comportarse de acuerdo a lo que establece dicha norma. En este caso, Hart no es tan explícito, pero llega a la misma conclusión que Kelsen y considera que la existencia de una norma *válida* implica que ciertos tipos de conducta humana sean obligatorios y no optativos¹⁴¹.

Esto último nos conduce a hacer una breve reseña sobre lo que considera Hart que es una *obligación jurídica*. El porqué hay que tratarlo radica en que está estrechamente ligado con el fundamento del sistema jurídico, a saber: la *norma de reconocimiento*. Las *obligaciones normativas* las define como “*pautas aceptadas de comportamiento y valoración de conductas, en relación a las cuales concurrirían ciertos caracteres adicionales: fuerte presión social favorable al cumplimiento, creencia en la importancia social de la norma y oposición a la conducta prescrita a las naturales tendencias, deseos e intereses individuales*”¹⁴². Por lo tanto, cuando existe una NR aceptada como criterio común y

¹³⁷ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 136.

¹³⁸ H. KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (2ªed.; trad. Roberto J. Vernengo), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, *op.cit.*, pp. 23 ss.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁴⁰ J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, pp. 146 ss.

¹⁴¹ *Ibid.*, p.147.

¹⁴² *Ibid.*, p. 147.

público de decisiones judiciales correctas, todas las normas que sean identificadas a través de la misma se considerarán *jurídicamente* obligatorias; es decir, se deduce que los enunciados de *validez jurídica* son siempre enunciados de *obligatoriedad jurídica*.

Una vez explicada la *obligatoriedad jurídica* de una norma, lo siguiente que debemos tratar es la *validez* y la *efectividad*. Partiendo de la noción kelseniana, Kelsen sostiene que una norma jurídica adquiere *validez* antes de ser *eficaz*. Esto implica que la *eficacia* se muestre como condición de la *validez* en la medida en la que debe aparecer en la imposición de dicha norma para que ésta no pierda su *validez*¹⁴³. Sin embargo, Kelsen también dice que el que una norma jurídica sea *eficaz* no implica únicamente que deba ser aplicada por los órganos jurídicos, también los demás sujetos sometidos al orden jurídico deberán cumplirla. En cambio, Hart dice que con *eficacia* se alude al hecho de que una norma que exige cierta conducta es más obedecida que desobedecida, por lo que ve como algo obvio que no hay conexión necesaria entre la *validez* de una norma particular y su *eficacia*¹⁴⁴, pero también dice que puede haber casos en los que la NR del sistema en sus criterios la provisión de que ninguna norma será válida en el sistema si hace tiempo que ha dejado de ser *eficaz*.

Sin embargo, antes esta afirmación, autores como Ramos Pascua plantea el supuesto de una norma inválida que deviene efectiva¹⁴⁵. Lo primero que dice es que los *tribunales* la aplican, por consiguiente, esto hace que se considere como perteneciente al ordenamiento y el porqué radica en que los *tribunales* identifican las normas siguiendo una pauta y esta pauta de identificación no es otra que la *norma de reconocimiento*. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que cuando una norma *inválida* llega a ser *efectiva*, se modifica automáticamente la NR y se incorpora junto con las demás normas del sistema. Esto mismo nos sirve para el supuesto contrario, es decir, una norma *válida* que se convierte en *inefectiva* y que los *tribunales* rechazan aplicarla también supone un cambio en la NR que les guía. En definitiva, cuando Hart explica la relación entre *validez* y *efectividad* de una norma jurídica tiene que aceptar hay un estrecho vínculo.

Además de hablar de la relación de la *validez jurídica* con la *efectividad* de las normas particulares, debemos tratarla también junto con la *efectividad* del orden jurídico. Respecto a esto, Hart dice que se considera un orden jurídico inefectivo a aquel que le falta el contexto normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema y por

¹⁴³ H. KELSEN: *Teoría pura del Derecho* (2ªed.; trad. Roberto J. Vernego), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, *op.cit.*, p. 25 ss.

¹⁴⁴ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*; p. 129.

¹⁴⁵ J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, pp. 148 ss.

tanto carecería de objeto determinar la validez de sus normas por referencia a la NR¹⁴⁶. El comprender la conexión normal entre el enunciado interno de que una determinada norma del sistema es *válida* y el enunciado externo de que el sistema es generalmente *eficaz* nos ayudará a ver en su perspectiva adecuada que afirmar la *validez* de una norma es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial¹⁴⁷. Dicho esto, nos planteamos qué papel juega la relación de la validez jurídica y la efectividad en la doctrina de Hart. Si le comparamos con autores como Kelsen vemos como éste considera que la *efectividad* surge a condición de la *validez*, mientras que otros como Ross consideran que ambos términos son equivalentes. Sin embargo, Hart hace depender la validez de las normas subordinadas del sistema de la derivación de la norma última, a saber: *la norma de reconocimiento*¹⁴⁸. Por ende, considera que la existencia de dicha norma se debe a su *efectividad*.

¿Cuándo se aplica el concepto de *validez* de Hart? Éste sólo es aplicable cuando se trata de aquellas normas cuya existencia puede referirse a otra superior y no a toda norma existente. En otras palabras, no se aplica a las normas que integran la moral vigente en una sociedad, ya que estas no tienen ninguna instancia, ni normativa ni institucional, que establezca criterios para decidir cuáles son las normas morales existentes. En definitiva, a través de esta sociedad imaginaria se llega a las siguientes consideraciones que Hart ve como fundamentales para entender el fundamento del sistema jurídico¹⁴⁹: Para él la noción de *validez* es aplicable única y exclusivamente a aquellas normas que se considera normas por el hecho de ser identificadas a través de los criterios que recoge una NR.

A pesar de toda esta explicación de Hart para definir la *validez jurídica* en relación a la *norma de reconocimiento*, hay autores que critican dicha noción ya que consideran que Hart no cuestiona la *validez* de la NR. No obstante, si se tiene en cuenta el uso realizado por los juristas de dicho concepto, se llega a la conclusión de que la *validez* es relativa a la NR, lo cual hace que su consecuencia sea la inaplicabilidad de dicha noción a la propia NR. Asimismo, la noción de *validez* de Hart plantea problemas como el de considerar si es función específica de la NR que ésta contenga criterios para la identificación de normas jurídicas o se considera una función común a todas las *normas secundarias*.

Debemos recordar que las *normas secundarias de cambio*¹⁵⁰ atribuyen potestad legislativa y regulan el procedimiento de su ejercicio, creando un cauce de producción normativa y

¹⁴⁶ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp.129 ss.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 130.

¹⁴⁸ J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría de H.L.A. Hart... op.cit.*, pp. 149 ss.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 149.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 150.

aportando un criterio indiscutible de *validez jurídica*. Hart reconoce el nexo que existe entre la NR y la *norma de cambio*, ya que la NR incluirá la legislación como característica identificadora de las normas. Admite que ocurre lo mismo con las *normas de enjuiciamiento*¹⁵¹ —recuérdese que éstas normas se caracterizan por dotar a ciertos individuos de la capacidad de juzgar y, además, regula el correspondiente procedimiento para llevarlo a cabo. ¿Por qué considera Hart que también hay un vínculo entre la NR y las *normas de enjuiciamiento*? Se debe al simple hecho de que los tribunales tienen autoridad en el momento en el que un individuo realiza una acción que supone el quebranto de lo establecido en una norma y las determinaciones realizadas al respecto están revestidas de autoridad. Hart llega a la conclusión de que las *normas de enjuiciamiento* también se consideran como NR al identificar a través de las decisiones de los tribunales *normas primarias*. Por consiguiente, se considera que estas decisiones son fuente de Derecho. Las *normas de enjuiciamiento* aportan criterios de validez jurídica. Pero al igual que sucede con las *normas de cambio*, el problema se complica con las *normas de enjuiciamiento* si se admite que la NR confiere *validez* a esas normas que designan los jueces y que la actividad de éstos determina el contenido de la NR¹⁵². En definitiva, la existencia de jueces requiere de una NR que valide las *normas de enjuiciamiento* y la existencia de una NR requiere de una práctica judicial.

Sin embargo, en la práctica las *normas secundarias* aparecen entremezcladas y ello hace casi imposible delimitarlas entre sí. Esta premisa nos lleva a la cuestión de si únicamente en la NR la que ostentan la función de identificar las normas jurídicas válidas o también corresponde a las de *cambio* y *enjuiciamiento*. Al aparecer unidas, esta cuestión en el fondo no tiene sentido, pero sí pensamos en que se pueden distinguir, se llegaría a la conclusión de que las *normas de cambio* y *enjuiciamiento* aportan criterios de validez que se deben considerar como integrados en la NR.

Con todo lo expuesto anteriormente, vemos cuál es el tratamiento realizado por Hart del problema de la *validez jurídica*¹⁵³. Además, hemos señalado cómo a partir del Kelsen se trataba este problema y que a su vez daban solución al problema de las *fuentes del Derecho*, ya que a la vez que establecían criterios jurídicos para identificar las normas *válidas* estaban *juridificando* las *fuentes del Derecho*. ¿Podemos sostener que ocurre lo mismo en la teoría de Hart? Si leemos su obra nos da la sensación de que sí, que parece evidente que ocurre lo mismo. Esto lo podemos sostener cuando afirma que una NR puede contener más de un criterio de

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 150.

¹⁵² *Ibid.*, p. 151.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 151.

identificación del Derecho y que la misma será la encargada de ordenarlos jerárquicamente. Además, afirma que en un sistema jurídico moderno donde hay variedad de *fuentes de Derecho*¹⁵⁴, la NR es más complejo porque los criterios para identificar el Derecho son múltiples y suelen incluir una Constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales. Ciertamente es que si tratamos el tema de las *fuentes de Derecho* de forma estricta, no podemos sostener que los criterios de *validez* que contiene una NR sean *fuentes de derecho*. Esto se debe al simple hecho de que la condición para que sean *fuentes de Derecho* se debe no a su operatividad, sino más bien, al hecho de que haya una norma superior que las identifique como tales. Por consiguiente, desde una visión estricta de la teoría de Hart, la *norma de reconocimiento* es la única *fuerza de Derecho* en sentido estricto.

En definitiva, podemos concluir que la *norma de reconocimiento* funcionaría como la enunciación normativa de las *fuentes del Derecho* y como norma *juridificadora* de esas mismas fuentes. A través de la característica de la *juridificación* “*se hace posible la determinación del perímetro completo del ordenamiento sin necesidad de acudir para ello a elementos ajenos al propio sistema*”¹⁵⁵.

4.4.3. Los límites de la ley

Partimos de la premisa de que un sistema legal es un conjunto de leyes que pueden identificarse mediante una determinada prueba. Si sostenemos esta idea, al igual que Raz¹⁵⁶, hay que preguntarse si las normas y principios son legales o no. Por ello, se dice que la ley tiene límites y ello basado en la idea de que si las leyes que conforman los sistemas basados en *instituciones judiciales* no tuvieran límites, la única alternativa posible sería un sistema de absoluta discreción. Ya que hemos explicado anteriormente la problemática de la *discrecionalidad judicial*, solo falta añadir que los *tribunales* al no ostentar absoluta discreción a la hora de tomar decisiones, éstos solo pueden estar obligados a seguir algunos estándares, aunque no consideren que sean los mejores.

Para explicar esta tesis, Raz parte del supuesto de un sistema normativo¹⁵⁷ que contenga solo normas para instituir *tribunales* y regular su funcionamiento. En tal sistema, los *tribunales* pueden resolver los conflictos de la forma que consideren más adecuada y esto implica que no existan estándares legislados, consuetudinarios o de otro tipo que tenga que aplicar. Añadir también que los *tribunales* tampoco tienen derecho a decidir de manera

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 152.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 153.

¹⁵⁶ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, pp. 113 ss.

¹⁵⁷ J. RAZ: *The Authority of Law... op.cit.*, pp. 111 ss.

arbitraria. Por ello, se llega a la conclusión de que difícilmente alguna vez haya existido algún sistema así.

Si comparamos este sistema hipotético con los sistemas legales, vemos como estos últimos proporcionan orientación a las personas ya que están compuestos por leyes que establecen derechos y deberes para las personas. Y, por consiguiente, los *tribunales* se ven obligados a *aplicar* dichas leyes para resolver los diversos conflictos. Por eso, al establecer a través de las leyes derechos y deberes, se está diciendo que una ley contiene normas para guiar el comportamiento de los individuos y, no sólo de ellos, sino también de las *instituciones* que se encargan de evaluar y juzgar el comportamiento. Podemos evaluar el comportamiento desde el punto de vista legal, este punto de vista legal se basa en las normas por las cuales los tribunales están obligados a evaluar el comportamiento que son las mismas normas que son jurídicamente vinculantes para el individuo cuyo comportamiento se evalúa¹⁵⁸. Esto nos lleva a lo señalado al principio y es que los *tribunales* deben aplicar las leyes independientemente de la opinión que tengan. Si bien es cierto, que existen casos en los que la propia ley establece que los *tribunales* pueden emitir juicios en función del principio que considere más justo o apropiado ya que puede suceder que el sistema requiere, con respecto a algunos de tales casos, como lo hacen todos los sistemas legales, que los tribunales no deben negarse a resolver la disputa, sino que deben emitir un juicio en ella, entonces se les exige determinar el caso de conformidad con su percepción propia de lo que es correcto. Tampoco, entraremos más en esta idea, ya que ha sido explicada más en profundidad cuando se ha explicado la noción de la *discrecionalidad judicial* anteriormente. Una vez visto lo que llama Raz límites de la ley, explicaré las limitaciones jurídicas que ve Hart a la potestad legislativa.

4.4.4. Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa

Hart imagina una sociedad en la que hay una norma generalmente aceptada por los *tribunales*, *funcionarios* y ciudadanos, y el soberano (Rex) al ordenar algo se considera que constituye pautas de conducta para el grupo. Sin embargo, a esta idea se añade la posibilidad de que, para diferenciar los deseos “privados” de Rex, de aquellos que quiere que tengan un carácter oficial, se adopten *normas auxiliares* que regulan una forma especial que Rex debe emplear para cuando legisle en virtud de la posición que ostenta¹⁵⁹. Señala que la concepción de estas *normas auxiliares* no se ve como límite a la potestad legislativa de Rex, siempre y cuando éste siga la forma que se especifica en las mismas.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 112.

¹⁵⁹ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, pp.84 ss.

¿Cuál es la objeción que se plantea a este supuesto imaginario?¹⁶⁰ Dicha objeción consiste en que la existencia de un soberano no sometido a limitaciones jurídicas, como se da en este supuesto hipotético, no es presupuesto necesario para hablar de la existencia de Derecho y ello se debe a que la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter de Derecho en muchos Estados modernos en los que nadie cuestiona si hay Derecho. Esto hace que se llegue a la idea de que la *Constitución* escrita puede restringir la competencia de la legislatura no sólo cuando establece la forma de legislar, sino también al excluir ciertas materias en las cuales no se puede ejercer dicha competencia.

Si volvemos al supuesto hipotético de Hart¹⁶¹, vemos cómo puede ocurrir que en esa sociedad imaginaria se establezca una norma aceptada en la cual ninguna norma jurídica dictada por Rex sea válida si excluye del territorio a los nativos o que se les prive de libertad sin juicio y que las disposiciones de este tipo serán *nulas*. Aquí, ya se puede decir que Rex, a la hora de legislar, está sometido a *limitaciones jurídicas*. Pero, ¿quién se encarga de aplicar dichas restricciones? Son los *tribunales* los encargados de aplicar las restricciones, sin embargo, llevarán a cabo las mismas de forma distinta a como actuarían en virtud de otros límites impuestos al ejercicio de la potestad del legislador. Esto no quiere decir que las disposiciones adoptadas por Rex no sean Derecho, más bien todo lo contrario, y, además, en su sociedad habrá un *sistema jurídico independiente*.

Una vez explicado esto, cabe preguntarnos al igual que Hart, ¿en qué consisten los límites jurídicos que se imponen en ese supuesto imaginario? Se contraponen dos ideas: el “no puede” aprobar ciertas normas frente al sentido de establecer que una persona tiene el deber jurídico de omitir algo. Una *Constitución* que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema lo hace estableciendo que la pretensión de legislar de cierta forma será nula, es decir, que se establecen *incompetencias jurídicas*. Por consiguiente, se considera “límite” a la ausencia de potestad jurídica.

4.5. Diferenciación del Derecho frente a otros sistemas normativos institucionalizados

En este epígrafe nos centraremos en el estudio de otros fenómenos normativos que estructuralmente son próximos al Derecho y que se consideran *fenómenos sociales institucionales*¹⁶² como, por ejemplo, asociaciones y clubes privados. El porqué de la importancia de esta distinción radica en que no es suficiente con decir que el Derecho tiene

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 85.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 86.

¹⁶² M.A. RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p. 278.

carácter *dinámico, coactivo e institucionalizado* para poder diferenciarlo de estos fenómenos normativos, y no sólo eso, sino que esta distinción permite conocer rasgos del Derecho a mayores de los que ya conocemos.

Lo primero que debemos decir es que esta afinidad con este tipo de instituciones sociales se debe a que un sistema jurídico, estructuralmente, es análogo al funcionamiento del reglamento de un juego, ya que frente a la comparación con la moral y los usos sociales no nos permite sacar a la luz algunos rasgos del Derecho no mencionados, todavía.

Si empezamos por los juegos¹⁶³, sabemos que la moral y los usos sociales están integrados por normas que imponen deberes, pero estas normas no están articuladas sistemáticamente. Sin embargo, los juegos, a pesar de su menor trascendencia, son mucho más complejos y articulados. Si analizamos un juego como el fútbol vemos que hay reglas que imponen a los jugadores ciertos deberes como no tocar el balón con la mano; otras reglas estipulan sanciones, por ejemplo, puede ser la sanción que se considera como penalti; pero, además, hay reglas que tienen una enorme similitud con las que Hart llama *reglas que confieren potestades* y son aquellas que reúnen las condiciones necesarias para considerar válido un gol.

Por lo tanto, esto sostiene la idea expuesta al principio, que es que los juegos tienen una variedad de normas mayor que la moral, y es por ello que estructuralmente se asemejan más a la del sistema jurídico. Si continuamos con nuestro ejemplo, el del fútbol, vemos que también ha desarrollado mecanismos como los característicos de los sistemas institucionalizados. En este supuesto en particular, podemos decir que sería la figura del árbitro. La función del árbitro en el juego de campo es similar a la del juez porque aplicando las reglas decide que jugadas son válidas o inválidas y sanciona a los infractores y, además, también declara de forma pública qué es lo que exigen las reglas del juego y asimismo son vinculantes¹⁶⁴. Esto nos conduce a la idea de que este tipo de jugadas no sólo contiene normas primarias, también normas secundarias y ello se debe a que la existencia de normas secundarias se presupone basándose en la existencia de la figura del árbitro. Estas normas secundarias dotarán de autoridad a una persona y regulará sus funciones, es decir, su función es análoga a las llamadas *normas de jurisdicción* de Hart. Debemos puntualizar también que la función del árbitro es decidir sobre la base de las reglas del fútbol, esto significa que existen reglas primarias que no están a disposición del árbitro y, por tanto, hay que usar algún procedimiento para saber cuáles son. En otras palabras, se presupone la existencia de una *regla de reconocimiento* que identifique las reglas del juego. Si vemos el fútbol como un fenómeno

¹⁶³ *Ibid.*, p. 279.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 280.

organizado, sujeto a reglamentación pública, la regla de reconocimiento nos conducirá a las reglas emanadas de determinados órganos de la FIFA, por ejemplo. Asimismo, se puede observar el carácter *dinámico*¹⁶⁵ del reglamento cuando el árbitro se rija por reglas consuetudinarias derivadas de la práctica diaria y si antes de iniciar el juego los jugadores pueden modificar diversos puntos de esa regla.

Centrándonos ahora en las semejanzas entre el derecho y los estatutos de entidades como clubes privados, vemos como éstas son más evidentes ya que se ven como sistemas de actividades altamente formalizados. Sabemos el derecho como sistema se caracteriza porque son sistemas dinámicos porque incluyen normas que regulan el cambio de normas, a través de procedimientos para derogar las normas establecidas y creación de nuevas normas. Son sistemas *institucionalizados* ya que junto a las normas que definen los derechos y deberes de los socios, lo que pueden hacer en la asociación..., se desarrolla una organización que crea normas y las aplica. Al igual que el derecho, dispondrá de órganos ejecutivos, órganos creadores de normas y órganos ejecutivos. Por último, son sistemas coactivos ya que disponen de un catálogo extenso de sanciones que son aplicadas por los órganos creados para dicho fin.

Es por ello por lo que para poder distinguir el derecho de los juegos y otros sistemas jurídico-formes es necesario agregar otros cinco rasgos más a los que ya conocemos que son, según Rodilla, la *comprehensividad en cuanto a la materia; no voluntariedad en cuanto a los destinatarios; persistencia indefinida a lo largo del tiempo; inclusividad en relación de los destinatarios y supremacía respecto de otros sistemas normativos institucionalizados*¹⁶⁶.

En cuanto a la *comprehensividad*, señalar que los juegos y otros sistemas jurídico-formes sólo regulan aspectos limitados de la vida humana, en cambio, los sistemas jurídicos no conocen limitación material alguna ya que ninguna conducta está sustraída al dominio de un sistema jurídico. Esta idea debe ser puntualizada, ya que el sistema jurídico es un sistema autorizado a regular cualquier aspecto de la conducta humana, y los poderes creadores de normas jurídicas reclaman para sí la autoridad de decidir en cada momento qué aspectos de la vida humana son dignos de regulación jurídica. Es por ello que la pretensión de *comprehensividad* del Derecho es compatible con la existencia de límites.

En segundo lugar, debemos decir que en el Derecho la condición de destinatario de las normas del sistema *no es voluntaria*¹⁶⁷. Si comparamos el Derecho frente a los juegos,

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 281.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 282.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 283.

sabemos que una vez que uno decide jugar está vinculado por sus reglas, pero uno es libre de jugar o no. Si nos centramos en el supuesto de las asociaciones, lo primero que debemos señalar es que son entidades voluntarias a diferencia de las sociedades, ya que en estas últimas uno nace y crece en una determinada sociedad y está sometido al sistema jurídico de la misma.

Esto nos conduce a la idea que de la condición de ciudadano no es voluntaria¹⁶⁸, sin embargo, se podría alegar como ejemplo el derecho a la emigración o a renunciar a la nacionalidad y adquirir una nueva. Esto no significa que anule la falta de voluntariedad de la condición de sometido al Derecho, sino que la matiza porque pueden existir sistemas jurídicos que no reconozcan el derecho a emigrar; al igual que no siempre se reconoce la posibilidad de decidir integrarse voluntariamente en un sistema jurídico o sustraerse del dominio del que ya estaba sometido. Por consiguiente, esto nos reconduce a la idea de que los ciudadanos nacen sometidos a un determinado sistema jurídico y no se puede evitar estar sometido a algún sistema jurídico.

Es esta diferencia entre el Derecho y otros sistemas normativos institucionalizados¹⁶⁹ la que explica la forma, según la cual, se pueden alegar excusas para justificar la infracción de las reglas. Esto implica hablar de la objeción de conciencia y la desobediencia civil, las cuales son figuras que encuentran sentido en el marco de un sistema jurídico.

El tercer rasgo del que vamos hablar funciona como complemento de los dos anteriores, ya que la *comprehensividad* se refiere al ámbito material de validez del sistema jurídico y la *no voluntariedad* al aspecto personal de la validez. Por lo tanto, este tercer rasgo tendrá relación con el ámbito temporal. Basándonos en la idea de la *persistencia* podemos ver que los juegos se diferencian de los sistemas jurídicos por el hecho de que tienen una existencia efímera, es decir, que se constituyen para regular una práctica con límites temporales previamente establecidos. Por el contrario, los sistemas jurídicos tienen una *persistencia indefinida*. No obstante, debemos diferenciar entre el propio sistema como tal y las normas que lo componen porque, a menudo, las normas jurídicas tienen un ámbito de validez temporal limitado pero si observamos el sistema en su conjunto éste es indefinido. En definitiva, el Derecho nace con voluntad de perdurar porque es capaz de planificar su propio proceso de producción, pero no planifica su propio fin.

Vistos estas tres características podemos llegar a la siguiente idea: el derecho es el sistema normativo de una sociedad. ¿Qué se entiende por sociedad? Se ve como una agrupación humana cuyas características son:

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 284.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.285.

1. Pretensión de persistencia;
2. Pretensión de autosuficiencia;
3. El hecho de que la pertenencia a ella viene dada por el nacimiento;
4. El hecho de poder incluir dentro de la sociedad agrupaciones más pequeñas, a saber: familias, asociaciones, grupos organizados...

El entender de esta forma el concepto de sociedad implica la presencia de otros rasgos en el sistema normativo, son: *inclusividad* y *supremacía*¹⁷⁰.

En cuanto a la *inclusividad*, ésta hace referencia a los destinatarios de las normas. Mientras que las reglas de juegos y de otros sistemas jurídico-formes alcanzan a un número limitado de individuos, las normas del Derecho se dirigen a todos los ciudadanos que forman la sociedad. Bien es cierto que algunas normas pueden ir destinadas a una cierta clase de personas, pero esta capacidad de diversificación es propia de un sistema normativo que tiene el poder de dirigirse a los individuos que componen la sociedad de forma diferente.

La *supremacía* trata de las relaciones que mantiene el sistema jurídico con otros sistemas normativos que se dan dentro de su ámbito espacial de validez. Por consiguiente, el Derecho es el sistema normativo *supremo* dentro de la sociedad y esta reserva de supremacía al Derecho permite regular todos los demás *sistemas normativos institucionalizados*¹⁷¹ que existan en el ámbito espacial de validez. Esta idea jurídica de *supremacía* tiene relación con la idea política de *soberanía* porque las normas del Derecho como las normas de otros *sistemas normativos institucionalizados* son creadas y mantenidas por los llamados *poderes normativos*. Por ello, se llega a la conclusión que al igual que el ordenamiento jurídico es *supremo* pero puede coexistir con otros *sistemas normativos institucionalizados*, el poder normativo creador del Derecho es soberano frente a los demás poderes ya que no reconoce superior. En otras palabras, tiene el monopolio de las fuentes del Derecho y por ello es soberano.

Por último, señalar que la *supremacía* del sistema jurídico implica la auto-atribución de la capacidad de prohibir otros *sistemas institucionalizados*, además de la de adoptar y respaldar otros *sistemas institucionalizados inferiores*. Es por ello, que podemos decir que el sistema jurídico se conforma como un sistema abierto, capaz de acoger y respaldar, con sus propias normas, normas exógenas, procedentes de otros sistemas normativos.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 286.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 287.

5. CONCLUSIONES

Para finalizar, podemos sostener la idea de que un sistema normativo se da por el simple hecho de que los individuos que le componen son usuarios de normas, y éstos coordinan sus actividades en función de pautas o guías de comportamiento comunes a todos ellos. Estos patrones de conducta reconocibles en términos de considerar un comportamiento lícito o no son presupuesto necesario para entender la posibilidad de creación deliberada de normas, y esto hace que hablemos del carácter formal del uso de las normas, será por este carácter formal por lo que hablamos de la institucionalización del Derecho. Junto a este carácter formal de las normas, la capacidad que ostentan los individuos que conforman una sociedad para coordinar sus actividades nos lleva también a hablar de institucionalización, la cual se realizará a través de instituciones de creación y aplicación de normas. Por ello, y siguiendo a autores como Hart, vemos como lo que diferencia a una sociedad primitiva de una sociedad moderna es la existencia de estas instituciones encargadas de aplicar las normas y la correspondiente sanción en caso de incumplimiento de la conducta que prescriban dichas normas. Así es como se considera que los Estados constitucionales son un claro ejemplo de sistema normativo institucionalizado.

Se considera que el carácter institucional del sistema normativo tiene gran importancia, basándonos en el simple hecho de que un orden normativo institucionalizado facilita la creación explícita de normas legisladas. Asimismo, da lugar a la consideración de que el Derecho como sistema normativo institucionalizado forma un todo complejo y sistemático. No debemos olvidar que Kelsen considera que un límite al carácter dinámico lo establece la norma fundamental y no solo esto, sino que las normas del sistema son válidas por estar creadas por órganos dotados de autoridad, dicha autoridad la confiere otra norma. En definitiva, las normas superiores crean otras normas y el contenido de las mismas lo que da lugar al principio de jerarquía normativa.

Dentro de este marco, podemos decir que las personas que lo integran son definidas y la posición que tienen dentro del mismo es variante; dicha variación es producto de las relaciones jurídicas que mantienen ya que son dinámicas. El tener conocimiento de estos cambios de posición de los integrantes del sistema da lugar a conocer hechos institucionales, los cuales nos conducirán a la interpretación. La interpretación de hechos podrá ser de hechos que ya haya sucedido o que puedan ocurrir en función de las normas institucionales. Bien es cierto que tal interpretación prácticamente nadie la realiza. Esto nos lleva a la idea de que el carácter institucionalizado del Derecho es inteligible sólo si se adopta el presupuesto

de los fines intrínsecos de la actividad de gobierno de acuerdo al derecho son la realización de la justicia y del bien común, según una concepción razonable de éstos.

El sistema jurídico no solo se caracteriza por ser dinámico, sino que también se caracteriza por la coactividad. El rasgo de la coactividad es propio del sistema jurídico y de las normas jurídicas; se trata de entender el derecho como una forma de control social prescribiendo una conducta y castigando la contraria. Al ver la coactividad como criterio de individuación de las normas jurídicas supone una reformulación de la distinción de normas primarias y normas secundarias. Así vemos como el Derecho utiliza varias formas de coacción: sanciones por incumplimiento; el cumplimiento forzoso de los deberes y obligaciones; y como servicio a ciertos objetivos que persigue o puede perseguir el Estado.

El sistema jurídico se conforma de la unión de normas primarias y normas secundarias y ello se debe a que las normas primarias imponen deberes y obligaciones y las normas secundarias regulan la creación, aplicación e identificación de las normas primarias. Es por las existencias de estas normas secundarias por lo que hablamos de la institucionalización del Derecho. Con las normas de cambio se introducen en el sistema procedimientos para producir nuevas normas o eliminar las ya existentes; con las normas de jurisdicción se otorgará la potestad de decidir cuándo ha sido violada una norma primaria; y con la norma de reconocimiento se establecerán criterios de identificación para saber qué normas pertenecen al sistema y aquí surge el sistema de fuentes del Derecho.

Dicho esto, llegamos a una conclusión muy importante y es que los destinatarios de las normas jurídicas no son propiamente los ciudadanos, sino los jueces que conforma las instituciones aplicadoras de normas. Esto implica ver el Derecho como una serie de autorizaciones de este tipo, formando una cadena jerarquizada cuyos eslabones son las diferentes clases de normas jurídicas que van concretando de forma gradual las circunstancias que deben producirse para la aplicación de una sanción.

Asimismo, el carácter institucionalizado del Derecho implica que las normas que forman dicho sistema establecen autoridades u órganos centralizados para operar de cierta manera con las normas del sistema. Si el sistema no establece estos órganos para aplicar medidas coactivas, no hay monopolio de fuerza estatal porque el sistema jurídico regula el ejercicio del monopolio de la fuerza estatal. Esto es lo que permite distinguir el Derecho de otros sistemas normativos. Pero la institucionalización no implica sólo la creación y regulación de instituciones, también hablar de los funcionarios que componen dichas instituciones. Es importante hablar de la actitud que tienen los funcionarios respecto de las

normas del sistema. Los funcionarios deben considerar que las pautas de conducta que regulan las normas son convencionalmente aceptadas en el sistema.

Señalar que los diversos órganos del Estado, en cuanto estén coordinados y subordinados entre sí y reducidos a unidad, pueden ser considerados como una institución. El conjunto de estas instituciones dará lugar a cada uno de los tres poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. Todos ellos integrados constituyen la institución máxima que es el Estado. En definitiva, toda institución es considerada, por definición, un ordenamiento jurídico. La institucionalización de un orden jurídico en un Estado dependerá de la evolución o adopción de una Constitución que atribuya poderes.

Por último, el carácter sistemático del Derecho es mejor percibido cuando se considera la subdivisión del cuerpo completo de los materiales jurídicos en las categorías del derecho público, el derecho penal y el derecho privado, y sus respectivas subdivisiones. Para poder comprenderlas completamente, uno tiene que considerar los valores diferentes pero complementarios que están implícitos en cada una de estas ramas del derecho: el gobierno ordenado y la justicia distributiva; la paz civil y la justicia retributiva; la vida privada y la economía de mercado, respaldadas mediante un mecanismo de tutela de justicia coercitiva.

La institucionalización del Derecho supone que el Derecho estatal tiene un carácter positivo. En consecuencia, el Derecho está en contraste fundamental con la moral autónoma, a pesar de que la capacidad humana para concebir y perseguir los imperativos de un código moral autónomo puede muy bien requerir de un contexto de civilidad como el que puede proporcionar el derecho estatal. No sólo debemos hacer una comparación del Derecho frente a la mora y los usos sociales; sino también frente a otros fenómenos sociales institucionales como los juegos y los clubes privados. En vistas a esta comparativa llegamos a la conclusión de que el sistema jurídico se conforma como un sistema abierto, capaz de acoger y respaldar, con sus propias normas, normas procedentes de otros sistemas normativos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica*, “Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho” (2001), núm. 24, pp. 115-130.
- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho* (2ªed.; trad. Fernando Torres), Madrid, Debate, 1990.
- FUERTES-PLANAZ ALEIX, Cristina: *Validez, obligatoriedad y eficacia del Derecho en H.L.A. Hart*, Anuario de Derecho Humanos. Nueva Época. Vol. 8 (2007).
- HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho* (2ª ed., 2ª reimpr; trad. Genaro R. Carrio), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho* (2ªed.; trad. Roberto J. Vernego), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho* (1ªed; trad. Gregorio Robles y Félix Sánchez), Madrid, Trotta, 2001.
- KRAMER, Matthew H. (comp.): *El legado de H.L.A. Hart: filosofía jurídica, política y moral* (1ª ed; trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez), Madrid, Marcial Pons, 2012.
- MACCORMICK, Neil: *Instituciones del Derecho* (1ª ed.; trad. Fernando Atria y Samuel Tschorne), Madrid, Marcial Pons, 2011.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho* (1ªed en esta presentación), Barcelona, Ariel, 2013.
- RAMOS PASCUA, José Antonio: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989.
- RAZ, Joseph: *The authority of law* (1ªed), Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph: *The Concept of a Legal System* (2ª ed.), Oxford, Clarendon Press, 1970
- RECASÉNS SICHES, Luis: *Introducción al estudio del Derecho* (1ª ed.), Porrúa, 1974.
- RODILLA, Miguel Ángel: *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Iuris, 2013.
- ROMANO, Santi: *El Ordenamiento Jurídico* (pt. Benigno Pendás; trad. por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo; estudio preliminar por Sebastián Martín-

Retortillo; nota bibliográfica por Alberto Romano; proemio y epílogo por Lorenzo Martín-Retortillo), Madrid, CEPC, 2013.