



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Regla de reconocimiento y validez jurídica (H. L. A. Hart)

Presentado por:

Pedro Rodríguez Salas

Tutelado por:

Enrique Marcano Buenaga

Valladolid, 31 de agosto de 2020

RESUMEN

El problema de la validez del Derecho es una de las cuestiones fundamentales en la Filosofía jurídica actual. A este respecto, H. Hart aborda esta cuestión a través de la regla de reconocimiento, piedra angular de su teoría jurídica. Por ello, la génesis de la norma de reconocimiento será uno de los problemas más relevantes de la Teoría del Derecho dado que esto permitirá vislumbrar la validez de las normas en un sistema jurídico. Las distintas corrientes filosóficas con el transcurso de la historia han tratado de dar una respuesta satisfactoria al problema de la validez del Derecho. Hart tratará de alcanzar este ambicioso objetivo mediante la superación de los problemas que arrastraba la teoría kelseniana, a través de los instrumentos que caracterizan a la corriente filosófica del realismo jurídico. Ello supone la superación del principal problema de la teoría kelseniana, referido a su carácter hipotético, y el reconocimiento de su existencia a través de un *hecho*, una práctica compleja pero concordante llevada a cabo por los tribunales, funcionarios y particulares.

Palabras clave: regla, reconocimiento, sistema, validez jurídica, norma, moral, obligación.

1. ABSTRACT

The problem of the validity of the law is one of the fundamental questions in current legal philosophy. Regarding this, H. Hart addresses this question through the rule of recognition, the cornerstone of his legal theory. Therefore, the genesis of the rule of recognition will be one of the most relevant problems of the Theory of Law since this will allow to envision the effectiveness of the rules in a legal system. The different philosophical schools have tried throughout history to give a satisfactory answer to the problem of the validity of the law. Hart will try to reach this ambitious objective by overcoming the problems that Kelsenian theory carried, through the instruments that characterise the philosophical movement of legal realism. This implies overcoming the main problem of Kelsenian theory, which refers to its hypothetical character, and recognizing its existence through a fact, a complex but concordant practice carried out by courts, officials and individuals.

Key words: rule, recognition, system, legal validity, norm, morality, obligation.

ÍNDICE

| | | |
|--------|---|----|
| 1. | INTRODUCCIÓN | 4 |
| 2. | ANTECEDENTES: H. Kelsen y A. Ross | 5 |
| 2.1. | La doctrina kelseniana de la validez jurídica | 6 |
| 2.1.1. | <i>Concepto de validez jurídica</i> | 6 |
| 2.1.2. | <i>La Grundnorm</i> | 7 |
| 2.1.3. | <i>Conclusiones a la doctrina kelseniana (en concreto, la Grundnorm)</i> | 8 |
| 2.2. | La doctrina de A. Ross respecto a la validez jurídica | 10 |
| 2.2.1. | <i>La influencia del realismo jurídico escandinavo</i> | 10 |
| 2.2.2. | <i>Identificación del Derecho válido</i> | 12 |
| 2.2.3. | <i>Conclusiones a la doctrina de A. Ross</i> | 14 |
| 3. | LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA TEORÍA DE H. HART | 15 |
| 3.1. | Planteamiento de la concepción del Derecho como sistema normativo en H. Hart | 16 |
| 3.2. | Teoría de la regla de reconocimiento | 20 |
| 3.2.1. | <i>Regla de reconocimiento y validez jurídica</i> | 22 |
| 3.2.2. | <i>Sistematización del Derecho</i> | 27 |
| 3.2.3. | <i>Separación entre Derecho y moral</i> | 29 |
| 3.3. | Naturaleza y rasgos de la regla de reconocimiento | 34 |
| 4. | PUNTOS DÉBILES Y PROBLEMAS EN LA DOCTRINA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO | 38 |
| 4.1. | Planteamiento general | 38 |
| 4.2. | Oscuridades y ambigüedades en la doctrina | 38 |
| 4.3. | Reglas secundarias y el problema de la <i>circularidad</i> | 43 |
| 4.4. | Problema de la regla de reconocimiento como doctrina convencionalista y la respuesta de J. Raz | 46 |
| 4.5. | Penetración de la moral en la doctrina de la regla de reconocimiento | 50 |
| 4.6. | Problema de la identificación de los elementos jurídicos | 55 |

| | | |
|----|---------------------------------|----|
| 5. | CONCLUSIONES..... | 60 |
| 6. | REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 63 |

1. INTRODUCCIÓN.

El objeto principal del presente trabajo es la exposición del elemento fundamental en la teoría jurídica de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992), la regla de reconocimiento, como respuesta a la problemática derivada de la validez jurídica. Hart ejerció la abogacía de forma privada durante un tiempo y más tarde se incorporaría como docente en la Universidad de *Oxford* como profesor de *Jurisprudence*. Su docencia y obras tan relevantes como *The Concept of Law* le erigieron como uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX.

La regla de reconocimiento pretende resolver la problemática derivada de la validez jurídica, que, a su vez, es uno de los temas de vital importancia para el desarrollo de la teoría y práctica del Derecho. En general, la Filosofía del Derecho afirma que el concepto relacionado con la validez jurídica es altamente ambiguo debido a la evolución histórica que ha experimentado el mismo. En el presente trabajo, a fin de clarificar el significado del concepto, se entenderá que el concepto de validez designa la existencia específica de una norma afirmando su obligatoriedad y vinculación para los miembros de una determinada sociedad.

Hart parte del análisis realizado por H. Kelsen sobre cuándo se puede afirmar la existencia jurídica de una norma. Una norma jurídica es válida cuando ha sido creada conforme a los criterios contenidos en una norma de rango superior. Si se realiza una remisión a esta cadena de validez de las distintas normas de un determinado orden jurídico, llegará a su fin cuando se encuentre la norma que fundamente a la totalidad de normas de dicho orden¹. De esta forma, según el pensamiento kelseniano, se podrá fundamentar el Derecho a través de esta validez jurídica y determinar cuáles son los límites del Derecho². Asimismo, las pretensiones del positivismo jurídico sobre la fundamentación del Derecho de forma autónoma podrían cumplirse y configurar el Derecho como una esfera cerrada de normas. Por lo tanto, el Derecho, en último extremo, deberá apoyarse sobre un criterio de validez *supremo* como herramienta de identificación de las normas de un sistema; esta será la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento supone una profunda reformulación de la doctrina kelseniana, aunque conservando los beneficios que había reportado la doctrina al

¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart: un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 19.

² *Ibíd.*, p. 19.

positivismo jurídico³. Como explicaré, dicha reformulación se beneficiará de importantes elementos de la corriente jurídica realista, y en concreto de la importante influencia del autor A. Ross.

No abordaré en este punto las funciones que desempeña la norma de reconocimiento ni tampoco la respuesta ofrecida al conjunto de problemas que se plantean al tratar de reflexionar sobre el fundamento último del Derecho. Únicamente interesa destacar ahora cómo la obra de Hart, en concreto la norma de reconocimiento, ha sido objeto de multitud de estudios y críticas respecto a su formulación. Trataré de ofrecer una visión expositiva sobre la piedra angular de la doctrina de Hart y, una vez comprendida, daré paso a las principales objeciones de la más diversa índole realizadas por los distintos autores que han estudiado su obra.

Respecto a la estructura del presente trabajo, dedicaré primeramente un estudio general a los antecedentes de la doctrina hartiana. Como he mencionado antes, las obras de Kelsen y Ross constituyen unos de los más inmediatos precedentes y serán contempladas como guías por Hart. Seguidamente, daré paso al tema principal del trabajo, la regla de reconocimiento en la doctrina hartiana y como elemento fundamental de la identificación de normas de un sistema y realizaré un breve análisis sobre su naturaleza y funciones. A continuación, expondré las objeciones realizadas por los diversos estudiosos de su obra tratando de explicarlas. Por último, realizaré una breve conclusión sobre el estudio del tema que concierne.

2. ANTECEDENTES: H. KELSEN Y A. ROSS.

La obra de H. L. A. Hart se encuentra profundamente influenciada por las obras de H. Kelsen y A. Ross. La doctrina kelseniana de norma fundamental o *Grundnorm* es el precedente más cercano a la regla de reconocimiento, lo cual justifica, o mejor dicho, exige el estudio pormenorizado de esta doctrina. Por otro lado, el estudio de uno de los grandes partícipes del realismo jurídico escandinavo se justifica en la visión neoempirista que nos ofrece su teoría, elemento clave en el desarrollo de la regla de reconocimiento⁴. Por lo tanto, el problema de la validez jurídica será respondido por Hart tomando como punto de partida las doctrinas de estos dos autores, y consecuentemente el desarrollo de la piedra angular de su teoría; la regla de reconocimiento.

³ *Ibid.*, p. 28.

⁴ *Ibid.*, p. 29.

2.1. La doctrina kelseniana de la validez jurídica.

En este punto desarrollaré de forma general la teoría jurídica de Kelsen en relación con la importancia del concepto de validez usado por el autor. Una vez comprendido el concepto, daré paso a la explicación de la norma vértice de un sistema jurídico, denominada como la *Grundnorm*. Esta proporciona el fundamento de la validez jurídica al resto de normas de un ordenamiento. Por último, expondré de forma breve las conclusiones obtenidas respecto a la teoría kelseniana como doctrina que pretende dar una respuesta eficaz a la problemática de la validez jurídica.

2.1.1. Concepto de validez jurídica.

Actualmente, el término “validez” es utilizado como una cualidad o estatus de normas que reúnen una serie de requisitos aportados por otras normas jurídicas dentro de un mismo sistema. Una norma no válida sería aquella que no reúne los requisitos aportados por otra u otras normas jurídicas⁵. El concepto de validez jurídica se ha modificado con el transcurso del tiempo y es por ello por lo que para comprender la idea del presente trabajo debo situar el concepto en la época y en el contexto.

H. Kelsen, jurista y filósofo austriaco del siglo XX, abordó el tema de la validez jurídica desde una perspectiva novedosa, tratando de hallar una solución satisfactoria al problema del fundamento de la obligatoriedad del Derecho. Para Kelsen el término designa la existencia específica de una norma que se manifiesta porque es vinculante para sus destinatarios y que deben acoger la conducta establecida en la misma⁶. El término *Geltung* es utilizado por Kelsen para designar dicho concepto. Generalmente se ha traducido por el término validez, aunque se considera que en el contexto de su obra es más correcto traducir *Geltung* por vigencia⁷. La obra de Kelsen ha pretendido en primera instancia fundamentar la existencia de las normas como un *deber-ser*, intentando responder al antiguo problema de la noción de validez jurídica, abordando el tema desde una perspectiva positivista que le permite delimitar el Derecho existente. La norma fundamental o *Grundnorm* pretende dar una respuesta y establecer un criterio que permita identificar todas las normas jurídicas válidas de un orden jurídico⁸. Ilustrativo es el ejemplo propuesto por Kelsen sobre

⁵ José DELGADO PINTO: *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 7, 1980, p. 102.

⁶ *Ibid.*, p. 107.

⁷ José DELGADO PINTO: *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas...* *op. cit.*, p. 107.

⁸ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, pp. 19-20.

un gánster y un funcionario de Hacienda expuesto en su obra *General Theory of Law and State*. Trata de explicar que una auténtica norma no solo debe contener el sentido subjetivo del acto de voluntad de quién la impone, sino también un sentido objetivo de que la conducta exigida debe realizarse [v.gr. la orden de un gánster y un funcionario de Hacienda en el sentido subjetivo tienen la misma exigencia: la entrega de dinero. Sin embargo, solamente la orden del segundo contiene el sentido objetivo del deber-ser, debido a que la entrega debe realizarse porque es autorizada por una norma jurídica válida superior]⁹. Prosiguiendo con la doctrina kelseniana sobre cuál es el fundamento de validez de las normas, según lo explicado anteriormente, es lógico afirmar que la fuente de validez de cualquier norma jurídica del ordenamiento es otra norma jurídica de rango superior del sistema. Sería suficiente con atender al origen de la norma para saber si esta es válida.

La génesis de una nueva norma dentro de un mismo orden jurídico tiene lugar en base a *las fuentes del Derecho*¹⁰. Kelsen, en base al confusionismo generado por dicho término, propone abandonar la mencionada expresión y degradar fuentes del derecho: la ley, la costumbre, etc., que no tienen fuerza obligatoria por sí mismas, a la categoría de *cauces* de producción del mismo. Tratará de encerrar el Derecho en sí mismo trazando unos límites que puedan concretarlo¹¹. Con ello, queda formulado esquemáticamente el concepto de validez jurídica y el problema que supondrá para el positivismo jurídico la delimitación de la esfera del Derecho mediante unos límites definidos nítidamente.

2.1.2. La *Grundnorm*.

La validez de una nueva norma únicamente puede derivar de otras normas precedentes. Dichas normas precedentes contienen los requisitos necesarios para dotar a la nueva norma de la inexcusable validez jurídica y, en consecuencia, la correspondiente integración a un determinado orden jurídico. De este modo, utilizando un análisis deductivo con respecto a las normas de un sistema jurídico, estas descansan en último término sobre una norma que, en palabras del propio Kelsen, es denominada como *constitución*¹². Asimismo, el fundamento de validez de la constitución se encontraría en una constitución precedente que establecería los criterios y procedimientos para su reforma y emanar una nueva constitución. Una nueva norma que se anexiona al sistema es válida si

⁹ *Ibid.*, pp. 43-44.

¹⁰ *Ibid.*, p. 46.

¹¹ *Ibid.*, p. 49.

¹² Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Legis, 2013, p. 206.

su fundamento se encuentra en la norma fundamental y, por lo tanto, la relación que existe entre una norma y la norma fundamental es una relación única de fundamentación. Posteriormente J. Raz, comentando a Kelsen, sostiene que las normas de un sistema se encuentran unidas entre sí a través de lo que denomina *cadena de validez*. Retrotrayéndonos en el tiempo y bajo el mismo proceso, necesariamente existiría una constitución histórica. Dicha constitución histórica, bajo los principios de validez, necesariamente debe fundamentarse en último término en otra norma a la que Kelsen se refiere como “norma fundamental” o *Grundnorm*¹³. Por lo tanto, se puede concluir que la *Grundnorm* es el pilar fundamental de su teoría. Con ella Kelsen pretende dotar de validez jurídica a todas las normas jurídicas de un determinado orden jurídico y, en concreto, proporcionar la validez jurídica del Derecho: “La norma resultante, no positiva sino supuesta por la ciencia jurídica, no es otra que la *Grundnorm*, fundamento de validez de la primera Constitución histórica y, consecuentemente, razón última de validez de todas las otras normas de aquella derivadas”¹⁴.

Una vez que se ha comprendido lo expuesto anteriormente, es interesante destacar dos de los rasgos característicos principales que ofrece la *Grundnorm*¹⁵. En primer lugar, se trata de una norma jurídica que principalmente presenta rasgos formales. Ello implica que la norma fundamental no determina el contenido de las normas jurídicas, sino que únicamente fundamenta la validez del sistema cumpliendo una función epistémica. En segundo lugar, no es una norma positiva en sentido estricto, sino presupuesta. No corresponde a autoridad alguna el origen de la norma, sino que es supuesta por la ciencia jurídica y no positiva, por ello: “La norma fundamental es engendrada, no creada...”¹⁶.

Finalmente, en la última etapa kelseniana la *Grundnorm* es entendida por el propio Kelsen como un acto de voluntad. Consecuentemente, una norma para existir y ser válida debe entenderse como un “querer” para poder *deber-ser*. Es decir, que una norma jurídica no puede ser presupuesta para poder entenderse como tal. Por ello, Kelsen trata de buscar en la norma fundamental el voluntarismo que caracteriza a las normas jurídicas llegando a la conclusión que su teoría es, en sí

¹³ *Ibid.*, pp. 205-206.

¹⁴ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 49.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 50 y ss.

¹⁶ Xacobe BASTIDA FREIXEDO: *La teoría dodecafónica del derecho. una interpretación sociologista del pensamiento kelseniano*, Nueva Época, Revista de Estudios Políticos, núm. 116, 2002, p. 288.

misma, auto contradictoria y que la norma fundamental es una norma ficticia y, en consonancia, existe una voluntad ficticia¹⁷.

2.1.3. Conclusiones respecto a la doctrina kelseniana (en concreto, la *Grundnorm*).

En primer lugar, debo introducir una breve explicación sobre los sistemas normativos kelsenianos para poder exponer uno de los obstáculos con los que tropieza su teoría. Se puede entender como una distinción relativa a la naturaleza de la norma fundamental la configuración que ofrece Kelsen respecto del Derecho como sistema normativo. Un sistema normativo es *estático*¹⁸ cuando la validez de las normas reside en otra norma jerárquicamente superior. De esta forma, su validez se encuentra de forma intrínseca en la norma estableciendo como debida una conducta material. Por otro lado, un sistema normativo es *dinámico*¹⁹ cuando la validez se deduce respecto a los poderes conferidos de las normas superiores a las inferiores. Por lo tanto, no establece una conducta material como debida, sino que establece una facultad creadora de normas sin determinar su contenido. A su vez, dichas normas también pueden delegar en otras normas inferiores poderes normativos. Según Kelsen, el orden jurídico es un sistema normativo se caracteriza por ser esencialmente *dinámico*. A medida que el voluntarismo de Kelsen aumenta, él mismo concluye que existen ciertos límites que hacen insostenible la concepción del Derecho como sistema normativo *dinámico* puro. El Derecho exige coherencia entre su contenido. Debe existir la posibilidad de deducir el origen de los poderes normativos de cualquier norma recurriendo a la norma superior que ha delegado sus poderes en esta. Sin embargo, en el Derecho cabe la posibilidad de que existan normas válidas que hayan surgido irregularmente y que hayan adquirido validez por el simple hecho de ser efectivas. Como consecuencia de la posibilidad de creación de normas válidas incumpliendo los cauces de las normas superiores, fracasa el objetivo de la concepción del Derecho como un sistema *dinámico* puro: “...resulta frustrada la pulcra sistematización jerárquica de las fuentes del Derecho, que pretendía dejarlas perfectamente identificadas y subordinadas al propio Derecho (...) frente a la moral u otras posibles fuentes de normas”²⁰.

Otro problema surgido respecto a la norma fundamental es la identificación de su contenido con la voluntad supra humana. La norma fundante no es una norma de derecho positivo, a pesar de

¹⁷ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p.56.

¹⁸ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, pp. 210-211.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 211-212.

²⁰ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, pp. 64-67.

que su función principal sea la de dotar de *juridicidad* al resto de normas de un sistema. De esta forma, una norma no positiva como la norma fundante es la base de la validez de normas positivas²¹. Sin embargo, como he mencionado anteriormente, la identificación con la voluntad supra humana o su origen presupuesto pone en peligro la naturaleza de la norma fundamental. Por lo tanto, a esta no le corresponde una naturaleza positiva.

Por último, hay que destacar otro de los aspectos problemáticos de los que adolece la norma fundamental, relacionada con la concepción kelseniana que concibe el Derecho como un sistema jurídico coherente, es decir, *carente de contradicciones*²². Sin embargo, el voluntarismo impide sostener dicha afirmación. Lo lógico sería aceptar que pueden existir contradicciones debido a que el Derecho se conforma por actos racionales de los legisladores de una comunidad, y estos actos pueden dar lugar a contradicciones.

Por todo lo expuesto, se puede afirmar que la *Grundnorm* no es posible que configure un sistema perfectamente delimitado. Kelsen, en su última etapa, insiste en la concepción del Derecho como un sistema de normas en el que no es necesario recurrir a juicios valorativos o entidades sobrehumanas. Por ello, se reafirma el hecho de la presunción de existencia de la norma fundante²³.

Llegados a este punto, la siguiente cuestión que debe plantearse es si la norma fundamental de Kelsen debe continuar refiriéndose al concepto anteriormente expuesto, o si por el contrario únicamente debe utilizarse para referirse a una etapa histórica concreta del pensamiento kelseniano. Como he mencionado antes, la búsqueda de la voluntad en una norma caracterizada por ser presupuesta y ser la norma fundante básica de un determinado orden jurídico es algo que nubló la consecución de las pretensiones positivistas en base a la *Grundnorm*, hasta el punto de que el propio progenitor de la misma se cuestionó su propia existencia. En efecto, el sentido esencial de la norma fundamental desaparece. Sin embargo, aun habiendo perdido su carácter principal, la norma fundamental sigue cumpliendo diversas funciones desempeñando un trabajo jurídico fundamental. En concreto, la teoría kelseniana instauró en el campo de la ciencia jurídica el Derecho como un sistema de normas, adquiriendo un desarrollo específico y peculiar. La norma fundamental, habiendo

²¹ Pedro RIVAS: J. A. García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental* (Recensión), *Persona y Derecho*, vol. 36, 1997, p. 282.

²² José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 68.

²³ *Ibid.*, pp. 69-70.

sido desposeída de su función principal, cumple una función *unificadora, ordenadora y sistematizadora*²⁴. Dicho esto, concluyo la exposición sobre la doctrina kelseniana y la problemática de la validez jurídica, quedando así una línea de pensamiento que una vez explorada por Kelsen, el siguiente de los autores que tratará de abordar la problemática y dotarla de una respuesta es A. Ross.

2.2. La doctrina de A. Ross respecto a la validez jurídica.

En este punto desarrollaré de forma general la doctrina de Ross respecto a la validez del Derecho, destacando la importancia del empirismo de su teoría jurídica como respuesta principal a la problemática derivada de la misma. Ello es fruto de la influencia del realismo jurídico escandinavo sobre el autor en cuestión. Este es el primer punto que desarrollaré a continuación. Posteriormente, expondré el significado del concepto de validez que ofrece el autor para la identificación del derecho válido en un determinado sistema jurídico. Por último, destacaré las principales objeciones lanzadas hacia su teoría jurídica. Estas deberán ser tenidas en cuenta, junto con las conclusiones de la doctrina kelseniana, para poder señalar el punto de partida de la doctrina hartiana para dar una respuesta a la problemática derivada de la validez jurídica.

2.2.1. La influencia del realismo jurídico escandinavo.

Kelsen apoyó su teoría sobre la jerarquía jurídica de las normas. En la cúspide de esta estructura piramidal se encontraría la *Grundnorm*. Por el contrario A. Ross, filósofo danés representante del realismo jurídico escandinavo, apoyó su teoría sobre la remisión de la validez jurídica de una norma a hechos verificables empíricamente. En primer lugar, debo exponer lo que supone la influencia del realismo jurídico escandinavo sobre Ross para poder entender la importancia del empirismo en su teoría.

El realismo jurídico escandinavo se caracteriza por determinar el Derecho respecto a un conjunto de hechos predominantemente sociales y que su función principal sea la protección de la sociedad. Se entiende que la validez de una norma se fundamenta en si su contenido es cumplido y observado por un grupo social, en concreto, por las personas encargadas de la administración de justicia. Ross es influenciado por esta corriente en su concepción del Derecho. Entiende que el mismo es un marco a partir del cual el juez tendrá la obligación de interpretar y dar vida. Por lo que el juez deberá dotar a los miembros de una sociedad de los verdaderos efectos que supone el

²⁴ Dante CRACOGNA: *La norma fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad*, Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 21, 1998, pp. 107-108.

Derecho. La función principal del Derecho es la dirección del comportamiento humano, ello implica que cada miembro de una comunidad debe conocer las normas y ser consciente de que su transgresión provocará un efecto negativo sobre los mismos. El realismo jurídico escandinavo entiende que dependiendo de las normas reguladoras de conducta existentes en un orden jurídico, se desencadenarán un tipo de conductas o comportamientos sociales que influirán en el transcurso de acontecimientos. Dicho esto, el profesor danés considera que la fuerza coercitiva de determinadas normas y el carácter disuasorio de las mismas, son características fundamentales en un sistema²⁵. Dicha concepción del Derecho y de la validez de las normas rescata una visión práctica del mismo, alejada de las pretensiones positivistas, y poniendo como punto de referencia la ejecución real del Derecho como conducta reguladora de los actos de los miembros de una sociedad.

Llegados a este punto, debo mencionar a A. Hägerström, jurista y filósofo sueco, principal desarrollador del realismo jurídico escandinavo. La doctrina de Hägerström se apoya sobre dos pilares fundamentales²⁶; la tesis del principio de no contradicción. En la cual él mismo concluye que la realidad objetiva se identifica únicamente con el mundo sensible; y el establecimiento del principal objetivo de la Teoría jurídica. Concretamente se refiere a analizar los conceptos de cada ciencia de una forma aislada con respecto a cualquier noción metafísica. Ross, profundamente influido por esta línea filosófica y por estos dos pilares de la doctrina de Hägerström perfilará la suya. Ross entiende que la principal luz que debe orientar a la Teoría jurídica son los cánones de método y verificación de toda ciencia empírica, así como interpretar las nociones jurídicas fundamentales en base al comportamiento del ser humano en sociedad²⁷. Comparando la obra de Ross en relación con la obra de Kelsen, puede llegarse a la conclusión de que ambos autores tienen como objetivo lograr efectivamente la ciencia del Derecho. Sin embargo, la concepción kelseniana del Derecho sobre un sistema autónomo y perfectamente delimitado de normas difiere de la corriente filosófica planteada por Ross. Esta última trata de delimitar el concepto de Derecho desde el exterior, en base a los miembros de una sociedad y las conductas que realizan. La teoría kelseniana, por el contrario, pretende establecer el concepto del Derecho desde el interior del mismo, ya que para lograr su autonomía se debe basar en sus propios elementos: *“Ya desde el principio, pues, resulta constatable que en el pensamiento de Ross no concurre uno de los factores que induce a Kelsen a concebir el Derecho como una esfera cerrada*

²⁵ Francisco Javier CAMPOS ZAMORA: *Nociones fundamentales de realismo jurídico*, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 122, 2010, pp. 209 y ss.

²⁶ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 72.

²⁷ *Ibid.*, pp. 70 y ss.

*de normas: el ideal de una ciencia del Derecho autónoma. Lograr la autonomía de la ciencia jurídica no sólo no es algo que Ross persigue, sino algo de lo que, más bien huye*²⁸. Como se puede apreciar, Ross contempla la ciencia del Derecho como cualquier otra rama del saber humano; objetiva, sistematizada y verificable sobre una materia determinada mediante la observación y la experimentación.

2.2.2. Identificación del Derecho válido.

A continuación, abordaré el tema principal del trabajo que es la identificación de las normas válidas. La problemática de la identificación de las normas válidas de un sistema es abordada por Ross en base a la efectividad de sus normas. El significado del término “validez jurídica” puede entenderse de formas diversas y puede generar confusiones respecto al entendimiento de su teoría, por lo que debo hacer referencia a su obra para concretar cuál es el significado que en mayor medida se ajusta a su doctrina.

De modo general, Ross no concibe el término como la existencia específica de una norma manifestada en la vinculación necesaria para sus destinatarios y de obligado cumplimiento. Ross es consciente de que el término “validez jurídica” se encuentra revestido de cierta subjetividad, manifestada en ciertos factores humanos y metafísicos que hacen del término una visión sobrehumana. Los significados que encierra el término validez podemos clasificarlos en tres conceptos que, asimismo, encierran tres funciones diferentes²⁹:

Primero, el término puede ser utilizado para realizar un juicio jurídico sobre si un hecho o acto es considerado válido o inválido en cuanto a sus consecuentes efectos jurídicos. Si el hecho o acto no tiene efectos jurídicos será inválido o nulo [*v. gr.* un contrato en el cual no se ha especificado el objeto del mismo (artículo 1261 del Código Civil español)]. Por lo tanto, cumple una función interna de validez con respecto a un sistema de normas.

Segundo, puede ser utilizado para designar una cualidad específicamente moral, conocida también como *fuerza obligatoria* del derecho, que da lugar a su obligación moral correspondiente.

Tercero y último, puede ser utilizado para referirse a la existencia de una norma o un sistema de normas, refiriéndose a la existencia efectiva o real, por oposición a una norma imaginada o proyecto de norma. Su función es externa, ya que afirma la existencia verdaderamente real de una

²⁸ *Ibíd.*, p.74.

²⁹ Alf ROSS: *El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural*, (trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero), Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho, núm. 12, 2008, pp. 214-215.

norma o sistema de normas, frente a una norma o sistema inexistente. Es una concepción que ha generado múltiples confusiones por cuestiones de traducción³⁰.

La concepción que verdaderamente nos importa a efectos del presente trabajo es la tercera, en la cual el término validez jurídica equivale a existencia de las normas. A raíz de ello, se puede afirmar que la existencia de una norma no es otra cosa que su efectividad y no un mero proyecto normativo o ilusión. Como he hecho referencia anteriormente, la validez jurídica en el realismo no se encuentra orientada al comportamiento de los particulares, sino al de los tribunales. Por lo tanto, una norma jurídica es válida atendiendo al acatamiento judicial de dichas normas. Sin embargo, Ross señala que se debe tener en cuenta que puede haber normas jurídicas que los jueces apliquen por costumbre o hábito, y por lo tanto cuidadosamente se debe atender a la conciencia o ánimo del juez que motive su decisión³¹. Aun así, no debe depender de la conciencia subjetiva e individual de cada juez, ya que el Derecho se podría convertir en un fenómeno que dependiese de factores individuales e internos. Reemprendiendo la problemática de la identificación del Derecho válido, según Ross debe poder verificarse empíricamente. Consecuentemente, debe verificarse en la actividad jurisdiccional de los tribunales por ser el hecho social referido al comportamiento de los tribunales. Queda expuesto que una norma jurídica es válida si es aplicada por los tribunales en su práctica. Según Ross, bastaría con ser tomada en cuenta por el juez en el ámbito de la toma de decisiones junto con otras. Se plantea el problema sobre si nos referimos a las normas aplicadas en sus decisiones *pasadas, presentes o futuras*³²; la respuesta de Ross en cuanto a las decisiones *pasadas* es que las prácticas jurisdiccionales del pasado no son relevantes porque lo que se pretende es la identificación de las normas jurídicas válidas en el momento para la resolución del caso actual; respecto a las decisiones *presentes*, se debe tener en cuenta la existencia de normas jurídicamente válidas que por su reciente promulgación no han podido ser aplicadas y tomadas en cuenta por los jueces. Esto refuerza el argumento anterior con respecto a las prácticas pasadas; en consecuencia, las decisiones *futuras* serán fundamentadas en base a las normas presentes que no han podido ser aplicadas, pero que se aplicarán en adelante. De esta forma, Ross entiende que para la identificación del Derecho válido deben tener en cuenta las decisiones *presentes* y las *futuras*. Las decisiones *presentes* en base a las normas válidas del momento, y las decisiones *futuras* debido a la existencia de normas

³⁰ *Ibid.*, p. 214. Véase la explicación del confusionismo creado por dicha concepción respecto a su traducción por los distintos autores que han abordado su obra.

³¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 78.

³² *Ibid.*, pp. 79-80.

válidas que no han podido ser aplicadas por su reciente incorporación al sistema jurídico. Como se puede apreciar, la respuesta de Ross es algo ambigua y puede afirmarse que no es posible determinar las normas válidas con precisión por las razones expuestas.

Otra de las características de la doctrina es la estrecha relación entre los elementos normativos de un sistema y el conjunto de factores psicosociales que impregnan las decisiones judiciales, es decir, la conexión entre Derecho y moral. Dicho de otra forma, se consideran fuentes del Derecho las normas jurídicas válidas aplicadas a una decisión judicial y el análisis ideológico que motiva al juez a tomar una decisión. Si bien: "... *no significa que defienda una conexión necesaria entre Derecho y moral, en el sentido de que la moral deba necesariamente impregnar al Derecho para que éste deba considerarse Derecho. Pero lo cierto es que en su obra no hay ninguna obsesión por trazar fronteras rígidas entre ambos órdenes normativos*"³³.

A modo de conclusión del presente punto: una comparativa esquematizada entre el padre de la teoría pura del Derecho y Ross permite afirmar que, mientras Kelsen justifica la validez jurídica en un instrumento conceptual (es decir, la *Grundnorm*) del que emanan todas las normas de mismo un orden jurídico; Ross sienta las bases de las fuentes del Derecho mediante el empirismo que desemboca en la actividad judicial, justificando así la validez jurídica y desarrollando su teoría.

2.2.3. Conclusiones respecto a la doctrina de A. Ross.

Una vez he realizado un recorrido de forma general sobre la doctrina rossiana, corresponde afirmar que la metodología fundamental utilizada por el autor es empírica, tratada la ciencia del Derecho como otra rama cualquiera del saber humano, como las Matemáticas, Física, Biología, etc., a pesar de ello, contiene ciertos rasgos formales (normas en las que se basan los jueces). Como he señalado, es una teoría ambigua a caballo entre el positivismo y el realismo jurídico. En cualquier caso, Ross ha aportado elementos valiosos a las bases de la filosofía jurídica y será un punto de referencia fundamental para autores posteriores del siglo XX, entre ellos, H. Hart. A continuación, expondré una serie de objeciones que son particularmente relevantes a la hora de valorar la teoría jurídica de Ross:

Una primera objeción a la teoría jurídica es la no justificación de tomar las decisiones judiciales como instrumento para identificar el Derecho válido, ya que existen muchas otras prácticas del Derecho en el mundo exterior que podrían justificar la validez jurídica: "... *objeción frecuentemente*

³³ *Ibid.*, p. 80.

formulada por los estudiosos de la obra de Ross, hace referencia a la posible arbitrariedad de su designación de las decisiones judiciales como «el Derecho en acción» (...) L. Hierro después de reconocer que ningún argumento suficientemente convincente avala el “judicialismo” de Ross...’⁵⁴.

Una segunda objeción es la relacionada con el denominado problema de la *circularidad*⁵⁵. La identificación del Derecho válido se encuentra íntimamente relacionada con la práctica judicial, aunque para ello primeramente es necesario identificar a los jueces para llevar a cabo dicha tarea. En otras palabras, se puede afirmar que sin un firme concepto de validez jurídica donde una norma otorgue de forma clara y explícita facultades jurisdiccionales a los jueces no es posible abordar de forma satisfactoria la problemática en cuestión.

Por último, hay que destacar el rasgo y objeción fundamental que lanza H. Hart frente a la obra de Ross relacionado con el carácter de la obligatoriedad jurídica. Ross entiende que el sentimiento de obligatoriedad de las normas conlleva cierta irracionalidad, aunque reconoce que sin ella no se preservará orden alguno en un grupo social⁵⁶. Se puede afirmar que existe una contradicción lógica en el pensamiento de Ross, ya que, si realmente fuese un concepto irracional o metafísico, no afirmaría que la obligatoriedad de las normas es un elemento esencial de un sistema jurídico. Si lo que se pretende desde los estándares del realismo jurídico es verificar de forma empírica el Derecho, Ross debería de ser capaz de librar al mismo de los elementos irracionales que lo integran. En este caso, debería ser capaz de justificar la obligatoriedad jurídica como elemento irracional y no recurrir al mismo para la preservación del orden jurídico-social. Por ello, duras son las palabras que emprende Ramos Pascua frente a la teoría de Ross: *“Esta absurda conclusión pone en evidencia que lo irracional no es la obligatoriedad jurídica sino el método realista con que Ross pretende dar cuenta de ella”*⁵⁷.

3. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN LA TEORÍA DE H. HART.

Hart pretende dar una respuesta al problema de la validez del Derecho cumpliendo firmemente los estándares del positivismo jurídico como la separación de elementos ajenos al orden jurídico, incluida la moral. Para ello, establecerá la regla de reconocimiento como norma agrupadora

³⁴ *Ibid.*, p. 82.

³⁵ *Ibid.*, p. 83.

³⁶ *Ibid.*, p. 86

³⁷ *Ibid.*, p. 86.

de un único criterio o criterios jurídicos de un determinado sistema, entendidos como últimos y correspondientes a las fuentes últimas del Derecho. Su existencia se puede verificar a través de la práctica concordante de los tribunales de un determinado sistema. Con la regla de reconocimiento pretende identificar las normas válidas de un sistema mediante el uso de los criterios integrados en la misma.

Antes de adentrarme en el estudio del pensamiento de H. L. A. Hart, es conveniente señalar las ideas principales vertidas en las páginas precedentes con el fin de no desviar la atención del tema principal; el análisis de la problemática de la validez jurídica. Una resolución a esta problemática conlleva que el positivismo jurídico contemporáneo triunfe sentando las bases de identificación de las normas jurídicas válidas y sucesivamente, establecer los límites firmes del orden jurídico. En las páginas previas, he presentado las obras de Kelsen y Ross concluyendo que sus respectivas teorías no son lo suficientemente convincentes para dar una respuesta eficaz a la problemática derivada de la validez del Derecho. No obstante, la idea que pretendo trasladar en el presente trabajo es que las mencionadas teorías jurídicas son antecedentes imprescindibles para el desarrollo de la teoría de Hart y poder superar la problemática mencionada.

Recordando los puntos principales de las doctrinas anteriores, Kelsen aborda la problemática identificando una norma fundamental *presupuesta*, según la cual se pueden deducir todas las normas de un orden jurídico. En cambio, Ross identifica los hechos sociales como fundamentales centrandos sus esfuerzos en la resolución de conflictos planteados ante los jueces y, en concreto, en conceptos formales como las normas y la ideología de los jueces en cuanto a la motivación de sus resoluciones. La respuesta de Hart tratará de situarse por encima de ambas teorías estableciendo una norma positiva, la regla de reconocimiento, como norma suprema de un determinado orden jurídico.

3. 1. Planteamiento de la concepción del Derecho como sistema normativo en H. Hart.

A modo de introducción al tema principal del presente trabajo, es necesario adentrarse en la concepción general del Derecho entendida por Hart como idea de un sistema normativo de naturaleza *sistemática*. Desarrollaré dicha concepción *sistemática* de forma general ya que adentrarme exhaustivamente en su desarrollo podría suponer un desvío con respecto a la temática principal del

trabajo. Hart entiende que todo sistema normativo moderno se apoya sobre dos tipos de reglas que, a su vez, una de ellas se subdivide en tres tipos de reglas³⁸.

En primer lugar, el sistema jurídico se apoya en dos tipos de reglas: las reglas *primarias*, que son normas fundamentalmente prescriptivas, es decir, que imponen deberes y obligaciones; y las reglas *secundarias*, que son normas de segundo grado, en el sentido de que regulan procesos de creación, aplicación e identificación de las reglas de primer grado.

En segundo lugar, las reglas *secundarias* se subdividen en tres tipos de reglas: (i) *reglas de cambio (rules of change)*, normas que regulan procedimientos de creación de nuevas normas e incluso de creación de procedimientos. Modifican un orden de derechos y obligaciones preexistente, ya sea a determinados órganos o a los particulares; (ii) *reglas de jurisdicción (rules of adjudication)*, normas que establecen procedimientos y dotan a los órganos del sistema de facultades para resolver conflictos, aunque también a los particulares en sus conflictos privados; (iii) *regla de reconocimiento*, regla que identifica las normas de un sistema y las distingue de aquellas que no forman parte del mismo, *grosso modo*, lo que se denomina como las fuentes de un ordenamiento jurídico. Es esta última en la cual centraré mi estudio como regla que impone a los jueces una serie de pautas o criterios que guiarán sus decisiones en el ejercicio de sus funciones en un determinado orden jurídico. Consecuentemente, se podrán identificar las normas válidas que contiene un determinado orden.

Es en este punto donde, una vez explicada la clasificación de los distintos elementos que conforman un orden jurídico, Hart entiende que se encuentra el concepto de Derecho como el propio nombre de su culminante obra indica *The Concept of Law*. No centraré mi atención en el estudio de esta densa y célebre obra, sino que trataré de explicar el significado de *la unión de reglas primarias y secundarias*³⁹ y su importancia en el concepto de Derecho como sistema normativo.

Hart parte de la base de la existencia de una comunidad primitiva en la que exclusivamente se encuentra formada por reglas primarias, es decir, una sociedad de *normas primarias de obligación*⁴⁰. Es una sociedad constituida en base a normas consuetudinarias, ya que no pueden ser adscritas a procedimientos formales de ningún tipo, porque ello implica la necesidad de reglas secundarias. Para el mantenimiento del orden de la comunidad y su aceptación generalizada es necesario apoyar dichas normas consuetudinarias en base a un sistema de creencias y sus correspondientes dogmas, o

³⁸ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, pp. 243-244.

³⁹ *Ibid.*, p. 246.

⁴⁰ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho*, (trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, (2ª ed. reimp), p. 113.

convencimientos morales del grupo social. De ello se deduce que las normas de la comunidad no conforman un sistema, sino que simplemente es un vínculo de las normas al grupo por el simple hecho de que fuesen observadas por sus respectivos miembros: “... es un vínculo puramente externo, que no crea entre ellas relaciones sistemáticas propiamente dichas”⁴¹.

Una vez expuesto el contexto en el que se encuentra esta comunidad primitiva, Hart deduce que existen tres considerables defectos cuya solución es la necesidad de introducir las reglas secundarias⁴². Asimismo, es el argumento idóneo para establecer la unión entre los dos tipos de reglas.

La primera deficiencia que padece esta comunidad es la *incertidumbre* respecto a las reglas primarias, ya que con el transcurso del tiempo los miembros de la comunidad se encontrarían en la disyuntiva de cuáles son las normas vigentes. La evolución de las normas, incluso la de las consuetudinarias, es una realidad dinámica que puede verse interpretada en la célebre oración acerca de que “el Derecho es una realidad dinámica”. Por lo tanto, sería razonable la duda de los miembros de la comunidad sobre qué normas se han dejado de aplicar y cuáles son de nueva aplicación.

La segunda deficiencia se encuentra directamente relacionada con la anterior, es el *carácter estático*. No es posible adaptar las nuevas necesidades de la comunidad, concordantes con el transcurso del tiempo, ya que la promulgación y derogación de normas es un mecanismo que únicamente se puede establecer mediante la existencia de reglas secundarias. Cabe destacar que dicha comunidad no es que se encuentre condenada a un *estaticismo* propiamente dicho, ya que las reglas sociales (lenguaje, moral, etc.) siempre cambiarán, aunque de forma muy lenta. De forma complementaria al *estaticismo* normativo, existirá un estaticismo individual relacionado con cada miembro de esa comunidad en cuanto a derechos, obligaciones, contratos, etc. Como ya he señalado antes, la ausencia de procesos para regular las relaciones entre particulares, así como sus conflictos privados, también es una característica propia de esta comunidad primitiva.

Finalmente, en dicha sociedad primitiva se produce lo que Hart denomina el *carácter difuso de la presión social*. Se pueden plantear cuestiones tan relevantes como las de si efectivamente un miembro de la comunidad han cumplido las normas, o por el contrario ha violado una norma. Dicha cuestión carece de solución ya que no existe una persona con la debida autoridad para dotar de una respuesta efectiva al conflicto, como una sanción o una responsabilidad por daños causados. A

⁴¹ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p. 247.

⁴² *Ibid.*, pp.248-249.

colación de este caso, el miembro o miembros perjudicados por la acción del supuesto infractor pueden llegar a resolver la cuestión tomando la justicia por su propia mano o, aún peor, que se establezca la situación idónea para el surgimiento de la venganza.

¿Cómo puede una sociedad de este tipo hacer frente a estas tres graves deficiencias? La respuesta y solución al problema es la introducción de las reglas secundarias, que en palabras de Hart: “... *podría en sí ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico...*”⁴³. De hecho, para cada una de las deficiencias a las que he aludido anteriormente, existe un *remedio* concreto que se identifica con cada una de las reglas secundarias⁴⁴.

Respecto al *carácter difuso de la presión social*, debido a la difícil decisión respecto a si se han cumplido o violado por un miembro de la comunidad, se establecen las denominadas *reglas de jurisdicción*, que otorgan la facultad de enjuiciar a ciertas personas y decidir si las normas primarias se han transgredido. Es en este punto es donde se justifica la figura del juez. Asimismo, se establece un procedimiento para que se asegure la vinculación y el cumplimiento de la decisión judicial.

En cuanto a la *estaticidad* referida a la imposibilidad de que la sociedad adapte sus normas a las necesidades del momento, se establecerán las *reglas de cambio* que confieren a determinados órganos la facultad de promulgar, derogar o modificar las normas primarias. Igualmente, respecto al estaticismo sufrido por cada miembro de la comunidad, estas *reglas de cambio* dotan a los particulares de facultades privadas para modificar sus derechos, creación de contratos, renuncia, etc.

Finalmente, la solución para la *incertidumbre* es la *regla de reconocimiento*. Dicha regla, es capaz de dotar a los miembros una sociedad de criterios para la identificación de normas válidas y aportar al sistema seguridad jurídica. Hart en su obra *The Concept of Law*” dispone que: “*dondequiera que se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación...*”⁴⁵.

Como se puede apreciar, el hecho de que se introduzcan las reglas secundarias en el Derecho implica la sistematización y organización de un determinado orden jurídico dotado de características tan importantes como el dinamismo, la eficacia de las normas y la seguridad jurídica. En palabras de Hart: “*Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la*

⁴³ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 117.

⁴⁴ José Antonio RAMOS PÁSCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p.123.

⁴⁵ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 125.

*médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política*⁴⁶. Asimismo, gracias a la unión entre estos dos tipos de reglas conformando un sistema jurídico, quedan delimitados conceptos de especial relevancia para la Teoría Jurídica: *“obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción, (...) los de Estado, autoridad, funcionario”*⁴⁷.

Una vez presentados los elementos sobre los cuales se sustenta la doctrina de Hart, debo aludir a una última herramienta a la que él mismo se referirá como la *textura abierta del Derecho*⁴⁸. Hart, consciente de que el Derecho presenta algunas ambigüedades respecto a otros órdenes, utilizará dicha expresión para referirse a la inevitable generalidad en el uso del lenguaje jurídico. No es posible delimitar cada término o caso concreto ya que entiende que el orden jurídico no puede visibilizar para cada caso o cuestión que se plantee una norma concreta. Asimismo, también es consciente de que sería imposible prever la infinidad de combinaciones que pueden surgir entre los distintos miembros de una comunidad. No es posible regular los distintos conflictos que se pueden dar en las relaciones sociales de estos, dotando para cada conflicto una solución concreta. Este aspecto del Derecho lo analizaré en mayor profundidad cuando me refiera a la naturaleza y rasgos de la regla de reconocimiento.

Una vez haber sentado las bases de la teoría jurídica de Hart y haber efectuado un estudio general de las mismas, me encuentro en disposición de poder analizar detenidamente la regla de reconocimiento en el siguiente punto.

3.2. Teoría de la regla de reconocimiento.

Se puede entender a la regla de reconocimiento como la piedra angular que justifica un sistema jurídico y, a su vez, respuesta de Hart al problema de la validez jurídica. A través de ella, Hart desarrolla su teoría sobre la identificación del Derecho y construye el sistema jurídico de un determinado territorio. La regla de reconocimiento es un hecho social entendido como una práctica concordante por tribunales, funcionarios y particulares para identificar el derecho válido de un sistema jurídico⁴⁹. En concreto, si tomamos como base la aceptación de la regla de reconocimiento por particulares y funcionarios, se entiende que tendrán criterios suficientes para la identificación de

⁴⁶ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 123.

⁴⁸ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 125.

⁴⁹ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 137.

las normas válidas en un determinado orden jurídico⁵⁰. La doctrina de la regla de reconocimiento es en gran parte la reformulación necesaria de la *Grundnorm* de Kelsen, si bien no es una mera reproducción de esta ya que cumpliendo funciones muy semejantes intenta evitar los defectos en los que incurre la doctrina kelseniana⁵¹.

3.2.1. Regla de reconocimiento y validez jurídica.

Hart centra el estudio de este punto en el Capítulo VI de su obra *The Concept of Law*. Bajo el mismo, se puede apreciar que el autor trata de dar respuesta a distintos conceptos que desglosaré a continuación, con el objetivo de establecer los límites del propio Derecho.

En primer lugar, se debe hacer referencia al concepto de válido ya que desde este se podrá deducir el significado del término *validez jurídica* para el propio Hart. Cuando se hace referencia a que una norma es válida, el observador de la norma puede adoptar un punto de vista *interno*⁵², un punto de vista *externo*, o un tercer punto de vista que es *intermedio*⁵³. En cuanto al punto de vista *interno*, es utilizado en enunciados en los cuales el observador afirma que una norma del sistema es válida, pero adopta una posición neutral respecto a la regla de reconocimiento sin enunciar si esta es aceptada por él mismo, ya que se sobreentiende. Ilustre es el ejemplo en el cual la expresión “falta” usada en cualquier deporte, quiere decir que el observador afirma que efectivamente se encuentra de acuerdo con una norma deportiva y, por consiguiente, no es necesario que afirme que se encuentre de acuerdo con el reglamento del deporte en cuestión (con la regla de reconocimiento). Por el contrario, desde el punto de vista *externo* el observador enuncia oraciones que son aceptadas por un grupo o comunidad, pero que el mismo no reconoce como pauta o criterio de conducta. Esto quiere decir que el observador no acepta la regla de reconocimiento. Por último, el punto de vista *intermedio* adopta una posición de reconocimiento hacia la existencia de una determinada regla o norma y que puede implicar aceptación o rechazo por parte del observador. Desde este punto de vista el observador se limita a ofrecer una descripción desde una posición neutral, por lo que no se sabrá si la regla de reconocimiento es aceptada o rechazada. Aprovechando el ejemplo anterior, un deporte en el cual se juegue con normas diferentes en otro país, el observador adoptará un punto de vista *intermedio* cuando enuncie: “en Italia reconocen “X” norma...”, entendiendo que en otro u otros

⁵⁰ *Ibid.*, p. 125.

⁵¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 28.

⁵² *Ibid.*, p. 128.

⁵³ *Ibid.*, p. 128.

reglamentos internacionales aceptan como válida dicha norma y no se sabrá si él mismo la acepta o rechaza como pauta o criterio de juego. Por lo tanto, ¿qué concepto o punto de vista se debe suponer cuando Hart se refiere a la noción de *validez* jurídica? La respuesta es que en la gran mayoría de casos se afirma que una norma es válida presuponiendo que es aceptada la regla de reconocimiento, es decir, se presupone un punto de vista *interno*: “Porque la palabra “válido” es usada con más frecuencia, precisamente en tales enunciados internos (...) Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”⁵⁴. Sin embargo, me permitiré la licencia de expresar la importancia del punto de vista *intermedio* en las páginas posteriores para poder comprobar la existencia de la regla de reconocimiento.

De todo ello, se puede afirmar que solamente cuando aparece una regla de reconocimiento en un sistema u ordenamiento jurídico es correcto hablar de *validez jurídica* y de si una norma es válida o no. Comparando dicha afirmación con la doctrina de A. Ross, la existencia de una norma no depende del factor interno de los jueces sobre si es o no aceptada por los mismos, sino que exclusivamente una norma ha de cumplir los requisitos recogidos en la regla de reconocimiento para formar parte del sistema jurídico y ser válida. Cabe preguntarse si esto mismo es aplicable a la misma regla de reconocimiento. Se puede afirmar que no es posible, ya que esta es una norma *fundamentalmente aceptada*⁵⁵, es decir, que no existe ninguna norma por encima de ella y por ello no podría sobrepasar sus propios criterios de validez. Afirmer que es válida la regla de reconocimiento es una *contradicción lógica*⁵⁶, ya que la regla de reconocimiento es la que contiene los criterios para identificar las normas válidas de un sistema. No es correcto referirse a la validez de la regla de reconocimiento, sino solamente referirse a su existencia o inexistencia. En relación a la regla de reconocimiento los términos existencia y validez no coinciden⁵⁷.

Respecto al término *obligación*⁵⁸, Hart en las páginas iniciales de su obra hace referencia a dos tipos de formas de las obligaciones. El primero, en relación con una conducta que ya no es optativa y se encuentra respaldada por una fuerza mayor. Esta fuerza mayor puede entenderse desde el sentido más simple, como una orden respaldada por amenazas, hasta el sentido más complejo como

⁵⁴ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 139.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 150.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 146.

⁵⁸ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 7 y ss.

una ley penal dirigida a una comunidad en la cual cada tipo penal conlleva su respectiva pena. El segundo, se refiere a una conducta que puede ser no optativa sino obligatoria, debido a que se encuentra respaldada esa obligación por reglas morales [*v. gr.* La obligación sobre padres e hijos de prestarse alimentos recíprocamente (artículo 143 del Código Civil español)]. Todo ello, pone de relieve las coincidencias que existen entre las prohibiciones del derecho y la moral, como la prohibición del robo o el asesinato. Ambas sugieren un punto de vista en común que más tarde trataré de desarrollar desde la perspectiva de nuestro autor tratando de delimitarlas.

Por lo que se refiere a la relación entre *validez y efectividad*⁵⁹, Hart entiende que son conceptos estrechamente relacionados. Para su explicación, se debe comprender cuando una norma inválida puede llegar a ser efectiva. Es el caso en el que una norma que en un primer momento no es válida en un sistema, los tribunales comienzan su aplicación a la resolución de conflictos. Esto es debido a que según la regla de reconocimiento es la norma adecuada (es efectiva) y se convierte en válida incorporándose al sistema. Del mismo modo, una norma válida comienza a ser ineficaz cuando dicha norma comienza a ser inaplicable (es decir, inefectiva) a casos concretos, por lo tanto la regla de reconocimiento cambia y esa norma del ordenamiento deviene inválida: “...cuando una norma carente de validez llega a ser efectiva, cambia automáticamente la regla de reconocimiento, que comienza a permitir incluirla entre las normas del sistema, convirtiéndola así en válida jurídicamente... Si una norma válida deviene inefectiva y los tribunales rehúsan a aplicarla, eso implica que se ha transformado la regla de reconocimiento”⁶⁰.

Conforme a esta noción de validez, se plantea un problema que Hart en su obra permite entrever cuando nos introduce las *reglas de cambio* relacionado con la regla de reconocimiento y su estrecha *conexión*⁶¹. Las reglas de cambio aportan procedimientos para la creación y modificación de normas, por lo tanto, también podría llegarse a la conclusión de que estas cumplen la misma función que la regla de reconocimiento. Sin embargo, la regla de reconocimiento hará referencia a si se ha cumplido el procedimiento establecido y, por lo tanto, si es válido el mismo. En palabras de Hart: “... necesariamente incorporan una referencia a la legislación como característica identificadora de las reglas”⁶². De la misma forma, las *reglas de jurisdicción* se encuentran *comprometidas*⁶³ con la regla de reconocimiento. Los jueces, una vez han identificado las normas válidas del ordenamiento, al aplicarlas al caso concreto,

⁵⁹ *Ibid.*, p. 129.

⁶⁰ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 148.

⁶¹ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 119.

⁶² *Ibid.*, p. 119.

⁶³ *Ibid.*, p. 120.

sentencian el mismo. Dicha sentencia es una *fuerza* de Derecho, ya que deriva obligaciones (en base al concepto de “obligación”, al que me he referido anteriormente) para un miembro o miembros de la comunidad, señalando qué normas han sido transgredidas y proporcionando información acerca de cuáles son las reglas. Ambas conexiones respecto a regla de reconocimiento plantean un problema familiar con el que he concluido la doctrina de A. Ross, el problema de la *circularidad*. Me permitiré la licencia de ocuparme específicamente del mismo más adelante (En el punto dedicado al problema de la *circularidad*).

Una vez realizada la exposición sobre el significado de *validez* que utiliza Hart, y planteado el problema respecto a la estrecha conexión de las *reglas de jurisdicción* y *reglas de cambio* con la *regla de reconocimiento*, debo hacer referencia a dos últimos conceptos que son familiarmente conocidos entre los juristas. La razón de su explicación es debido a que su incompreensión puede inducir a errores interpretativos respecto a la teoría de Hart. Son los conceptos de *fuentes del Derecho*⁶⁴ y *fuerza de Derecho*⁶⁵: el primero es entendido por Hart como la razón por la que una norma es válida (es decir, criterios como la sanción de una ley o la práctica consuetudinaria); el segundo referido a la regla de reconocimiento como la única y *última*⁶⁶ fuerza del Derecho, ya que es la única regla que tiene los criterios identificativos de normas válidas en un determinado sistema y no se encuentra subordinada a ninguna otra norma. Por lo tanto una vez comprendidos los términos, se puede afirmar que la *fuerza de Derecho* (es decir la regla de reconocimiento) contiene las *fuentes del Derecho* o criterios de validez últimos para la validez de normas. Cabe destacar que dichas *fuentes del Derecho* se encuentran ordenadas en base a criterios que proporcionan un orden jerárquico o de prelación entre las mismas en caso de que surja un conflicto entre los criterios, considerándose a uno de ellos como una *fuerza superior*⁶⁷ respecto de los otros. Cuando dos criterios de la regla de reconocimiento entran en conflicto, uno de ellos será considerado como *fuerza superior* respecto del otro. De esta forma, la jerarquía interior de la regla de reconocimiento proporciona una solución al conflicto. Ello ha permitido cumplir el objetivo de establecer unos límites dentro del propio sistema, algunos de ellos trazados con mayor o menor grado de determinación, sin tener que recurrir a otros elementos no jurídicos. J. A. Ramos Pascua se refiere a este fenómeno como la *juridificación*⁶⁸ del Derecho.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 312 (nota).

⁶⁵ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 152.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 133.

⁶⁷ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 118.

⁶⁸ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 151.

3.2.2. Sistematización del Derecho.

Como he mencionado anteriormente, la regla de reconocimiento trae consigo diferentes elementos fundamentales a la hora de definir el Derecho. Uno de ellos la concepción del Derecho como sistema jurídico. Hart es plenamente consciente de este elemento fundamental que introduce, como se puede apreciar en su obra cuando señala que tal regla conlleva distintos elementos fundamentales, entre ellos: “*Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico*”⁶⁹. Sin esta característica, las reglas o normas de la comunidad serían pautas o criterios independientes sin una idea en común identificadora que puede plantear diversos problemas ya mencionados a los miembros de la comunidad, como dudas sobre cuáles son las reglas o su alcance determinado⁷⁰. Estas dudas o problemas de la comunidad recuerdan al problema de la *falta de certeza* en la comunidad a la que me he referido anteriormente, uno de los tres problemas que fundamentan el desarrollo de la teoría hartiana.

De todo sistema normativo se derivan tres características que predica Hart a través de la regla de reconocimiento: *unidad, coherencia entre sus elementos e integridad*. Desglosaré estas tres características de su obra y posteriormente introduciré las dudas o problemas que se plantean entorno a estas según su teoría.

En primer lugar, la *unidad*⁷¹ del sistema se deriva de la regla de reconocimiento entendida como regla *última*. Esta característica derivada de la regla de reconocimiento ha sido objeto de crítica. En concreto, J. Raz planteó la imposibilidad que la regla de reconocimiento pudiese dotar de unidad a un determinado orden jurídico, cuya justificación se puede apoyar fundamentalmente en dos razones. La primera de las razones referida a la pluralidad o singularidad de la regla de reconocimiento, ya que Hart en sus obras no hace referencia a este problema. La justificación a esta idea tiene que ver con las distintas esferas en las que se mueve la jurisdicción. Por lo tanto, Raz entiende que para el ámbito civil existe una determinada regla de reconocimiento, para el ámbito contencioso-administrativo existe otra regla de reconocimiento totalmente diferente, para el ámbito penal otra... El propio Ramos Pascua argumenta que no es que sean múltiples reglas de reconocimiento, sino que podría tratarse de la misma pero contemplada desde perspectivas diferentes, lo que podría justificar la apariencia de multiplicidad de reglas de reconocimiento. Sin

⁶⁹ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 118.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 114-115.

⁷¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, pp. 154 y ss.

embargo, como se verá en uno de los puntos desarrollados más adelante, es una cuestión que suscita grandes dificultades respecto a la comprensión de su regla maestra. La segunda, parte de la idea de que los jueces no siempre guían sus decisiones por los criterios que impone la regla de reconocimiento, sino que existen otros como los de las fuentes jurídicas permisivas, es decir, aquellas fuentes a las que puede recurrir el juez cuando en un caso en concreto existan dudas aun habiendo recurrido a las fuentes jurídicas formales. Centraré mi atención en estas dos críticas formuladas por Raz para desarrollar el siguiente punto del presente trabajo.

En segundo lugar, en todo sistema debe de existir *coherencia entre sus elementos*⁷², es decir, que exista una relación entre los mismos. Para poder esbozar esta idea, debo remontarme al pensamiento kelseniano y a sus conclusiones respecto a los tipos de sistemas normativos que he señalado. En cuanto a los *sistemas normativos estáticos*, las normas se pueden deducir unas de otras por la existencia de un nexo lógico de contenido originado en la *norma suprema* y derivado hasta las normas jerárquicamente inferiores del sistema. Por otro lado, en los *sistemas normativos dinámicos* la relación que existe entre las normas no es material. Se puede deducir por el procedimiento desarrollado en una norma anterior y superior que ha dado lugar a una norma nueva. Por lo tanto, ¿cuál es el sistema normativo que se ajusta a la teoría de Hart? El autor en cuestión no hace referencia alguna en su obra sobre el asunto, sin embargo, parece aproximarse mayoritariamente a la concepción de los sistemas normativos *dinámicos*. En la obra *The Concept of Law*, cuando señala los tipos de criterios que puede contener regla de reconocimiento, únicamente alude a características propias de un sistema normativo *dinámico*, como una sanción legislativa o una práctica consuetudinaria⁷³. Si bien, según Kelsen, ambos sistemas normativos se entienden como unidades exentas de contradicciones, lo cual le originó serios problemas con respecto a su voluntarismo. Sin embargo, Hart en su obra parece afirmar que pueden existir contradicciones jurídicas entre las distintas normas. Asimismo, la solución que aporta a dichas contradicciones se encuentra prevista en la regla de reconocimiento porque los propios criterios de validez se encuentran jerarquizados⁷⁴.

Por último, para concluir con el desarrollo de las características principales de todo sistema normativo, debo hacer referencia a la *plenitud*⁷⁵ o la ausencia de lagunas legales. Como he

⁷² *Ibid.*, pp. 157 y ss.

⁷³ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 126.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 132, donde afirma que la regla de reconocimiento suministra criterios de validez, también menciona que existen varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas. En el párrafo siguiente, menciona las contradicciones en relación con el criterio de validez jurídica y su carácter *supremo*.

⁷⁵ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart... op.cit.*, pp. 157-158.

mencionado anteriormente, Hart entiende que el Derecho adolece de una ineludible *textura abierta*, entendiendo que en determinadas cuestiones el Derecho no debe generar ningún tipo de duda, a pesar de la generalidad del lenguaje, y en otras cuestiones el Derecho debe ofrecer varias posibilidades para poder resolverlas: “... *por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial (...) por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, (...) cuestiones que solo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presenta el caso en concreto*”⁷⁶. Esto también afectará a la propia regla de reconocimiento, por lo que los jueces deberán salvar las lagunas y aplicar su facultad discrecional eligiendo la solución más plausible en el ejercicio de sus funciones⁷⁷. Se puede apreciar cómo el significado jurídico de *plenitud* no es rigurosamente cumplido por la teoría de Hart, conclusión que se puede observar de forma tácita en su obra.

3.2.3. Separación entre Derecho y moral

Para la diferenciación y delimitación de ambos conceptos, es preciso destacar dos de los rasgos característicos de un sistema jurídico que permitirán una mejor comprensión del concepto de Derecho⁷⁸.

En primer lugar, se puede decir que Hart concibe el derecho como un sistema *dinámico*: experimenta cambios con el transcurso del tiempo, y esto es debido a los procesos de decisión que afrontan los miembros de una comunidad a la hora de establecer las normas de un sistema. Dichas normas pueden ser de diverso contenido y acordes a los principios que se establezcan en un determinado sistema. Sin embargo, lo que determina la pertenencia e incorporación de una norma a un sistema jurídico, no es su contenido, sino el hecho de que haya sido creada por un órgano competente. Como he señalado anteriormente, no solo las normas de carácter general se incorporan al sistema, sino también las prácticas llevadas a cabo por los tribunales en el ejercicio de sus funciones. Con ello quiero decir que para que sea válida una resolución judicial y sea incorporada al sistema, únicamente debe ser dictada por un tribunal competente.

En segundo lugar, el derecho es un sistema *institucionalizado*: quiere decir que el sistema en sus procesos de elaborar, modificar o derogar normas, dota a unidades específicas del mismo para realizar dichas tareas. Estas unidades son órganos y se encuentran dirigidos por normas que regulan

⁷⁶ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 162.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 160 y ss.

⁷⁸ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho...* *op.cit.*, pp. 402 y ss.

estos procesos. Uno de estos órganos son los tribunales, que dotan al sistema de *reflexividad* a la hora de dictaminar cuales son las normas válidas del sistema en la resolución de un conflicto.

Con estos dos rasgos que caracterizan a un sistema normativo, se puede establecer una diferenciación del Derecho respecto a la *moral y usos sociales*⁷⁹. Estos últimos aunque puedan cambiar con el transcurso de los años, ya sea la evolución de un determinado aspecto moral o de una costumbre, suelen ser considerados como “estáticos”. También es obvio que la moral y los usos sociales no necesitan la autoridad de nadie para ser creados, modificados, o dejar de ser usados. Es precisamente la sociedad la que por su propio desarrollo realiza dicha tarea. Tampoco es necesario que un determinado órgano señale cuales de estas son válidas en un determinado momento.

Asimismo, se puede concluir que la *dinamicidad* y la *institucionalización* del Derecho son rasgos que aportan precisamente la existencia de las reglas secundarias en el sentido hartiano⁸⁰. Por lo tanto, podríamos afirmar que la regla de reconocimiento cumple dicha separación. Sin embargo, como se verá durante el posterior desarrollo del apartado sobre los puntos débiles de la doctrina de Hart, la distinción que se realiza no es del todo clara.

Según Hart, un sistema puede mostrar una conexión con la moral y la justicia, y la consecuente obligación de que debe obedecerse el mismo. Sin embargo, el positivismo jurídico debe entenderse como que las normas jurídicas en ningún momento se encuentran vinculadas a las exigencias de la moral, a pesar de que en la práctica surja en múltiples ocasiones de esta forma⁸¹. La separación entre el Derecho y la moral es uno de los desafíos a los que se enfrenta el positivismo jurídico y una de las pretensiones más notables del mismo. De esta forma, la regla de reconocimiento permite discernir entre ambos conceptos, aunque como podemos deducir de los apartados anteriores tampoco es una separación que se encuentre perfectamente delimitada. Según Ramos Pascua esta caracterización del Derecho es debido al *mayor realismo*⁸² que caracteriza a Hart respecto de la doctrina kelseniana. Es un realismo que hace a la doctrina hartiana consciente de problemas intrínsecos al Derecho, como las lagunas legales que son resueltas por los jueces a partir de recursos que no se encuentran especificados en un sistema jurídico como he señalado anteriormente. Otro de estos problemas intrínsecos relacionados con el Derecho es la presencia de elementos extrajurídicos relacionados con la moral en el desarrollo de las normas [*v. gr.* establecer en

⁷⁹ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, p. 404.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 405.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 229-230.

⁸² José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart... op.cit.*, p. 161.

un contrato pactos, cláusulas y condiciones que no contravengan a las leyes, moral ni al orden público (Artículo 1255 del Código Civil español)].

Pese a lo explicado, Hart sostiene la tesis de la separación entre el Derecho y moral. Como he explicado, es obvio que el Derecho ineludiblemente puede verse conectado con la moral. Hart es consciente de las conexiones mínimas que existen entre ambos órdenes y serán calificadas por él como *verdades obvias*, las cuales explicaré a continuación. Una vez analizadas estas, daré paso a la razón fundamental por la cual entiende que el Derecho debe separarse de la moral.

Entiende que ambas persiguen un mismo objetivo que es la *supervivencia*⁸³ del ser humano. En *The Concept of Law* explica que si no existiese el propósito mínimo de la supervivencia del ser humano, estos no tendrían ninguna razón para obedecer las normas de un sistema. De esta forma, Hart entiende que sin este propósito mínimo no existe un mínimo de cooperación ni es posible coaccionar a quienes no obedezcan las normas de un sistema. Hart presenta las sanciones bajo esta perspectiva que el Derecho Natural proporciona. El Derecho Natural parte de este punto en el cual el ser humano tiene como propósito la supervivencia por una serie de *verdades obvias*: la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, su altruismo limitado y su comprensión y fuerza de voluntad limitadas. A continuación, desarrollaré las mencionadas *verdades obvias* para facilitar la comprensión del contenido mínimo del Derecho y la moral⁸⁴:

- I. La prohibición de la violencia es una de las exigencias más importantes para el desarrollo de la vida social. El ser humano tiene la capacidad de cometer actos violentos y no tiene medios físicos para poder repeler estos ataques de manera eficaz (*v. gr.* un caparazón). Por lo tanto, la primera verdad que señala Hart es la *vulnerabilidad* del ser humano.
- II. Los seres humanos tienen cualidades diferentes entre sí. Es evidente que existen seres humanos dotados de una mayor fuerza física, otros en cambio son más inteligentes, etc. Sin embargo, estas son cualidades que permiten la diferenciación entre seres humanos, pero no establecen un orden jerárquico de superioridad entre los mismos. A pesar de ello, en palabras de Hart el hombre más fuerte también debe *descansar*⁸⁵. Por ello, Hart entiende que los seres humanos somos iguales y que no existe ningún

⁸³ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, pp. 239 y ss.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 240 y ss.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 241.

ser humano excepcional que lo distinga eficazmente del resto dotándole de superioridad. Concluye que es necesario un sistema de abstenciones y concesiones debido a la existencia de esta *igualdad aproximada* entre los seres humanos.

- III. Los seres humanos tienen intereses comunes que deben preservar en base al funcionamiento de su vida y relaciones sociales. No son *demonios* que pretenden su exterminio los unos a expensas de los otros. Sin embargo, tampoco son *ángeles* que jamás son tentados por el deseo de dañar a otros para buscar el beneficio propio. Este punto intermedio del ser humano se identifica con el altruismo limitado de los seres humanos que hace necesario un sistema de reglas.
- IV. Las necesidades del ser humano deben ser cubiertas, como la vestimenta, su alimentación, su salud, etc. Todos estos recursos son obtenidos de la naturaleza y extraídos con su esfuerzo. Estos hechos hacen evidente la necesidad de regular de alguna forma la institución de la propiedad para evitar transgresiones en los medios que satisfacen sus propias necesidades. Cabe señalar que Hart no especifica cuál es la forma adecuada de protección de la propiedad. Por ello, Hart llega a la conclusión de que los recursos son *limitados* respecto al medio en el que sobreviven los seres humanos.
- V. Tal necesidad de un sistema de reglas es obvia para muchos de los seres humanos, y por lo tanto colaborarán y obedecerán dichas reglas. Existirán diversos motivos que pueden llevar a los seres humanos a obedecer las reglas, ya sea por el beneficio común de los seres humanos, respeto hacia un sistema de normas... Sin embargo, otros seres humanos (en menor proporción que los que obedecen) deberán ser sancionados por no obedecer las normas impuestas en un sistema. Hart entiende que dicho sistema de sanciones no es para garantizar la obediencia de estos individuos, sino que es para garantizar a los miembros que obedecen las normas no sean sancionados.

Entiende que el Derecho se puede imponer a quienes no lo consideran obligatorio y que existen personas que lo aceptan sin necesidad de considerarlo moralmente obligatorio, si bien en este caso el sistema será más estable. Para el establecimiento de este poder coercitivo debe existir la regla de reconocimiento. Sin embargo: “...la dicotomía de “derecho basado meramente en poder” y “derecho aceptado

*como moralmente obligatorio” no es exhaustiva*⁸⁶. Por el momento, a efectos del presente apartado, es importante destacar que pueden existir motivos muy diversos entre los miembros de una comunidad para aceptar o acatar la regla de reconocimiento. Más adelante, me referiré concretamente a estos motivos analizando la influencia de la moral sobre esta aceptación.

Hart afirma que el Derecho de todo Estado moderno se encuentra influenciado por la moral, ya sea de forma explícita en sus criterios últimos de validez (Estados Unidos), o de forma implícita en un sistema donde no existan restricciones formales pero exista el deber de adaptación de la legislatura a principios morales (Inglaterra)⁸⁷. Añade que no solo un Estado se encuentra influenciado por la moral en el ámbito normativo, sino que también en la *interpretación*⁸⁸ de las normas jurídicas por los jueces. Su elección interpretativa se encuentra guiada por los valores finales que transmiten las normas, es decir, la justicia y los principios morales. Los jueces pueden hacer uso de los valores morales durante el proceso para la interpretación legislativa. Las decisiones judiciales deben examinarse desde la imparcialidad, la neutralidad, intereses en juego... principios que rigen durante el desarrollo del proceso. Sin embargo, señala que desde J. L. Austin el proceso judicial ha sido fruto de constantes críticas acerca de la elaboración de sus decisiones que Hart califica de “automático o de razonamiento inadecuado”.

La moral a la que se refiere Hart es una moral entendida desde una perspectiva que engloba a todos los seres humanos por igual. La aplicación de estos principios durante el proceso judicial no debe ser objeto de una aplicación discriminatoria. De ser así: “...una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración encierra alguna contradicción interna, dogmatismo o irracionalidad”⁸⁹. Autores como Fuller han elevado estos principios calificándolos como “la moral interna del derecho” y necesariamente observar una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, algo que para Hart en un primer momento resultó irrelevante ya que esta “moral interna” esta mayormente relacionada con el carácter eficiente del Derecho que con los valores morales. De esta forma, Hart califica la conexión necesaria entre Derecho y moral de Fuller como: “Infortunadamente, es compatible

⁸⁶ *Ibid.*, p. 250.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 251-252.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 252-253.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 254.

con una gran iniquidad”⁹⁰. Más adelante, durante el desarrollo de sus obras posteriores, no sería tan irrelevante como él mismo quiso hacer ver⁹¹.

Recapitulando, ¿por qué Hart, siendo consciente de todas estas conexiones entre el Derecho y la moral, pretende precisamente lo contrario, es decir, la separación de ambos órdenes? Parece ser que la razón por la cual mantiene esta teoría es histórica. Adoptando una posición que pretende la separación de ambos órdenes se pueden considerar como sistemas jurídicos a aquellos que históricamente se han caracterizado por la ausencia de moralidad⁹². Si Hart no hubiese tomado parte en defender esta tesis de la separación del Derecho y la moral, el objetivo que persigue con la invención de la regla de reconocimiento hubiese sido inalcanzable. Quien sostiene que el Derecho puede ser completamente inmoral afirmando “esto es Derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido”, podrá adoptar una posición defensiva que le permitirá oponerse al mismo y luchar por la imposición de unos ideales morales; por el contrario, quien entiende que el Derecho no puede separarse de la moral y afirma “esto no es Derecho”, adoptará una posición irreflexiva que le impedirá oponerse a él cuando este sea completamente inmoral⁹³. Por ello, si lo que pretende Hart es la conceptualización del Derecho de forma autónoma y la inclusión de regímenes históricos caracterizados por la ausencia de moralidad, deberá mantener dicha pretensión a expensas de los costes que le pueda suponer dicha posición.

3.3. Naturaleza y rasgos de la regla de reconocimiento.

A continuación, analizaré la naturaleza y rasgos de la regla de reconocimiento comenzando por su *aspecto interno*⁹⁴ y posteriormente daré paso a su *aspecto externo*⁹⁵. Algunos de estos rasgos característicos ya han sido señalados en las páginas precedentes y los incluiré en el presente apartado con el fin de dar una visión generalizada y esquematizada a la regla de reconocimiento. Una vez haber señalado los rasgos característicos de la regla de reconocimiento daré paso al siguiente apartado donde resultará útil esta visión.

En cuanto a su *aspecto interno*, la primera duda que surge al comprender la regla de reconocimiento es sobre si es realmente una verdadera *regla*, o por el contrario si se trata una *práctica*.

⁹⁰ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 256.

⁹¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 163.

⁹² *Ibid.*, p. 163.

⁹³ *Ibid.*, p. 164.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 165 y ss.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 169 y ss.

A raíz de las explicaciones que nos ofrece la obra *The Concept of Law*, se puede entender que la regla de reconocimiento existe como una práctica concordante de tribunales y funcionarios. Aunque en otras ocasiones la obra hace referencia a esta práctica como forma de verificación de la existencia de la regla de reconocimiento⁹⁶. Es decir, lo primero se puede entender como una mera práctica y lo segundo como una verdadera regla. Sin lugar a dudas, Hart concibe a la regla de reconocimiento como una verdadera *norma*, ya que si la concibiese como una mera *práctica*, habría sido fruto de numerosas críticas, como la necesaria obligación de ser acatada por los jueces. Cuando en dicha obra se hace referencia a la distinción entre las reglas sociales y los hábitos de grupo, se entiende que en las reglas sociales aceptadas no solo hay obediencia generalizada impuesta por derecho, sino que también existe una aceptación generalizada de que es correcto obedecer dichas reglas. Ello se puede deducir del ejemplo usado por Hart de la imposición de una regla por Rex: “Esto transforma la situación que describimos al comienzo en términos de meros hábitos de obediencia a Rex; (...) tendrá el derecho o facultad (*right*) de hacerlo; y no solo habrá obediencia general a sus órdenes sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo”⁹⁷. Varias páginas en adelante añade que los hábitos no pueden originar derechos ni transferir autoridad a nadie⁹⁸, una de las principales funciones de las reglas secundarias a las que nos hemos referido en las páginas precedentes.

El siguiente punto al que debo referirme es sobre a qué tipo de norma se refiere Hart con su regla de reconocimiento. En *The Concept of Law*, una vez Hart desarrolla el sistema jurídico con la ayuda de la regla de reconocimiento, se pregunta por la clasificación de la regla que lo fundamenta en última instancia. La respuesta viene dada por la unión entre una de sus principales características y una de sus principales funciones; proporcionar las pautas para la identificación de normas válidas y la conformación de un auténtico sistema jurídico: “El argumento a favor de llamar “derecho” a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada “derecho””⁹⁹. Efectivamente Hart considera a la regla de reconocimiento como una norma jurídica, ya que, en palabras de Ramos Pascua, no deja de ser curioso que la propia norma que identifica normas jurídicas válidas en un sistema deba su propio carácter jurídico a esta¹⁰⁰.

⁹⁶ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, pp. 136-137.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 72.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 75.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 139.

¹⁰⁰ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 167.

Como he señalado anteriormente, se trata de una norma de origen consuetudinario. Es una norma presupuesta, al igual que la *Grundnorm* kelseniana, con la diferencia de que su existencia puede verificarse empíricamente mediante hechos complejos. Ello es consecuencia del realismo jurídico que caracteriza a Hart y su existencia¹⁰¹ se hace efectiva en el hecho de que contiene las fuentes del Derecho.

Por lo que se refiere al carácter obligacional, debo hacer referencia al “error” que comete la doctrina kelseniana respecto al mismo. La *Grundnorm* establece en este sentido que debe obedecerse porque ella misma establece el carácter de ser obedecida. Para Hart es una *duplicación innecesaria*¹⁰² sugerir que debe obedecerse una regla la cual es aceptada por una comunidad. Podría generar confusiones respecto a la prescripción de obediencia en ella (según el ejemplo indicado por Hart, en el Reino Unido no existe regla alguna que disponga que deban usarse ciertos criterios de validez para la identificación de normas).

Debe determinarse si confiere poderes o impone deberes. Por lo que respecta a la atribución de poderes, no parece hacerlo ya que se trata de una norma que contiene los criterios de validez o fuentes del Derecho y que los tribunales deben aplicar para la identificación de normas válidas en un orden jurídico, conclusión que puede deducirse de la siguiente afirmación: “*Verdaderamente, la regla de reconocimiento impone a los tribunales el deber de utilizarla como pauta de identificación correcta de normas jurídicas válidas*”¹⁰³. Por el contrario, quienes defienden que la regla de reconocimiento no impone deberes, el autor deja claro que los jueces al aceptar y sentir la regla difícilmente se apartarán de ella. En el caso de que dicha desviación ocurriese, sería tratada por la gran mayoría como una conducta criticable e incorrecta¹⁰⁴.

A modo de conclusión del *aspecto interno* de la regla de reconocimiento, debo hacer referencia a un rasgo del Derecho considerado por Hart fundamental y mencionado en las páginas precedentes: la *textura abierta* del Derecho. Ello implica que las normas jurídicas adolecen ciertos aspectos oscuros o ambigüedades que generan incertidumbre a la hora de interpretar las mismas, sobretudo en la interpretación llevada a cabo por los jueces. El propio Hart expone un ejemplo de lo que es la textura abierta en la regla de reconocimiento: “*Lo que la Reina sanciona en el Parlamento es derecho*” (...) *pero pueden surgir dudas del significado o alcance de aquella fórmula; podemos preguntarnos qué quiere decir*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 167.

¹⁰² H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 311 (nota).

¹⁰³ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 168.

¹⁰⁴ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 182.

“sancionado por el Parlamento”¹⁰⁵. Para este tipo de dudas, la solución viene dada por los tribunales, los cuales son los encargados de interpretar la mencionada textura abierta¹⁰⁶. De esta respuesta que ofrece el propio Hart, puede deducirse el error de pensar que la *iniciativa judicial*¹⁰⁷ es aquella que fundamenta el sistema jurídico y no la regla de reconocimiento. Sin embargo, esta paradoja desaparece cuando afirmamos que un tribunal no tiene la autoridad necesaria para decidir sobre la aplicación de la regla de reconocimiento a un determinado caso. Únicamente tendrá autoridad para decidir sobre cuestiones límite respecto al ámbito y alcance de criterios últimos de validez¹⁰⁸. A pesar de ello, Hart plantea el problema de las resoluciones judiciales en relación con las dudas originadas por la regla de reconocimiento. Solamente en estos casos límite, el juez tiene la autoridad suficiente para decidir sobre su aplicación: “Esto parece dar la razón al “escéptico ante las reglas”, al realista, pero le da la razón solo “en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales”¹⁰⁹.

Una vez desarrollado el *aspecto interno* de la regla de reconocimiento desarrollaré el *aspecto externo* de la misma. En este caso, también haré referencia a la doctrina kelseniana para observar de una mejor manera problemas de los que adolece la *Grundnorm* y que son superados por la regla de reconocimiento. La *Grundnorm* se caracteriza por ser una norma presupuesta y de carácter hipotético, lo cual incluso hizo que se cuestionara la existencia de la misma el propio Kelsen. De la misma forma, la regla de reconocimiento de Hart parte de la base de la presunción de existencia de la regla de reconocimiento porque es una norma *eficaz* (recordemos que para Hart la existencia de una norma es correlativa a su eficacia). Por ello, su existencia se puede verificar. Como es propio de la corriente realista que caracteriza a Hart, la existencia puede comprobarse mediante hechos empíricamente demostrables mediante la posición adoptada por un observador desde el punto de vista *intermedio*: “... podría formular y verificar comprobando. Como cuestión de hecho, si un determinado modo de conducta es generalmente aceptado como pauta o criterio...”¹¹⁰. Se entiende que desde el punto de vista *intermedio* únicamente se puede comprobar su existencia, ya que desde el mismo el observador se limita a describir y constatar la existencia de una pauta o criterio. En cambio, el punto de vista *interno* proporciona el *hecho* de su existencia por la “aceptación” (idea que perfilaré a continuación) como norma de los tribunales, funcionarios y particulares. Hart considera como irrelevante el estudio de la

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 184.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 184.

¹⁰⁷ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 169.

¹⁰⁸ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 189.

¹⁰⁹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 169.

¹¹⁰ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 136.

infinidad de razones que puede motivar a los particulares de una comunidad a aceptar la regla de reconocimiento; ya sea por miedo a una sanción, por respeto a la tradición, por intereses egoístas, y también habrá quien la considere un valor moral según lo delimitado en el sistema jurídico¹¹¹. En *The Concept of Law* la idea de la “aceptación” por los particulares de la regla de reconocimiento condiciona la existencia de un sistema jurídico. Los particulares únicamente deben obedecer de forma general las *reglas de conducta válidas*¹¹² establecidas en la regla de reconocimiento. Realmente lo único que condiciona la existencia del sistema jurídico es la aceptación por parte de los funcionarios de las reglas secundarias, en el sentido de tomarlas como criterios a la hora de ejercer sus funciones oficiales: “La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte (...) obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios”¹¹³. Por lo tanto, la existencia de la regla de reconocimiento se ve condicionada por la obediencia general de los particulares y la aceptación de los funcionarios. Autores críticos con esta postura, entre ellos Ramos Pascua¹¹⁴, dudan sobre la viabilidad de un sistema jurídico en el cuál los particulares obedeciesen, empero, no aceptasen interiormente las reglas. Esto carece de uno de los rasgos fundamentales que caracterizan a un sistema jurídico.

Por último, retomando uno de los puntos mencionados en las páginas anteriores, debo concretar el hecho sobre si concebir la regla de reconocimiento como una regla formada por un único criterio o multiplicidad de ellos. Recordaré que Hart considera a la regla de reconocimiento como única, debido a la subordinación interior entre los distintos criterios de validez que contiene, considerando uno de ellos *supremo*. Sin embargo, la multiplicidad de criterios que caracterizan a la norma hace preguntarse si realmente la regla de reconocimiento contiene todos los criterios de validez jurídica, si contiene únicamente aquellos considerados como “últimos”, o si solo tiene un único criterio. La respuesta a esta cuestión conviene abordarla en el siguiente punto por ser planteada por los estudiosos de Hart como uno de los puntos más ambiguos y oscuros de su doctrina.

¹¹¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 169.

¹¹² H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 145.

¹¹³ *Ibid.*, p. 145.

¹¹⁴ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 170.

4. PUNTOS DÉBILES Y PROBLEMAS EN LA DOCTRINA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.

4.1. Planteamiento general.

Una vez desarrollada la concepción del Derecho por Hart, la regla de reconocimiento como pilar fundamental de la doctrina y los rasgos que la caracterizan, entraremos de fondo en un análisis crítico de la doctrina cuyo terreno se haya más que explorado por múltiples autores que han estudiado su obra.

Los análisis que desarrollaré son de la más diversa naturaleza; desde simples precisiones a la doctrina y pensamiento de Hart, hasta las fuertes debilidades de las que adolece su doctrina que podría poner en peligro su doctrina y regla maestra. Realizaré su estudio a raíz del siguiente esquema: primero, me centraré en la ambigüedad que caracteriza su obra y ciertos elementos “oscuros”; en segundo lugar, me referiré en concreto al problema de la *circularidad* de su doctrina; en tercer lugar, a la problemática que supone la concepción de la regla de reconocimiento como una regla *convencionalista*; en cuarto lugar, la posible penetración de la moral en la doctrina expuesta por Hart; por último, la ineficacia de la regla de reconocimiento para identificar los elementos jurídicos que conforman un sistema jurídico. Cabe destacar que Hart en cuanto a los problemas que han sido planteados respecto a su doctrina, muchos no han tenido respuesta por su parte, lo cual plantea dudas en cuanto a la interpretación de la misma.

4.2. Oscuridades y ambigüedades en la doctrina.

Es una afirmación recurrente entre los autores que se han ocupado del estudio de Hart que su doctrina adolece de cierto grado de ambigüedad y requiere interpretación. Así como Ramos Pascua afirma que la doctrina no es del todo clara, es incompleta y que algunas de sus respuestas son ambiguas¹¹⁵; o que con Hart el realismo jurídico y el iusnaturalismo “*quedan reducidos a programas de investigación degenerativos en el sentido de Lakatos, incapaces de presentar soluciones consistentes a la teoría y dotadas de valor científico a los problemas de la teoría y práctica jurídicas*”¹¹⁶.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 182

¹¹⁶ José Antonio RAMOS PASCUA & Miguel Ángel RODILLA: *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, en Modesto SAAVEDRA LÓPEZ (ed.): *Las opiniones de H. L. A. Hart sobre el derecho injusto: reflexiones en torno a la hipótesis “esto es derecho, pero es demasiado inocuo para ser obedecido*, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 253-254.

Efectivamente parece que no es una teoría completamente clara y precisa. Como he señalado en las páginas precedentes; el determinar si se trata de una regla única o existen varias, si se trata de una verdadera *regla* o una *práctica* social, si es una regla jurídica o de otro tipo, si imponía deberes o confería poderes... Hart podría haber especificado todo este tipo de problemas que surgen a raíz de su interpretación por otros autores y despejar todo tipo de dudas. Algunos autores consideran paradójico que la regla que trata de eliminar precisamente la *incerteza* en una comunidad siga ocasionando dudas e incluso genere la impresión de que su doctrina ha sido “*voluntariamente cubierta de brumas*”¹¹⁷. Llevada la regla de reconocimiento a la construcción teórica de un sistema jurídico moderno, dicha regla debería ser fruto de un meticuloso estudio de los juristas teóricos y difícilmente podría existir como una verdadera regla, y que por lo tanto es una especie de *artificio teórico*¹¹⁸.

Como respuesta a esta artificiosidad, Hart en *The Concept of Law* ya se habría adelantado a esta crítica afirmando que: “*En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que sus reglas particulares son identificadas (...) En el curso de un juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (p. ej.: lo que es un gol) rara vez es formulada. En lugar de ello es usada por las autoridades y por los jugadores...*”¹¹⁹. Lo que se puede deducir del siguiente texto es que la formulación de la regla de forma expresa no condiciona su existencia. En el ejemplo Hart afirma que la regla específica de lo que es un gol no se encuentre formulada, y esto no quiere decir que no exista. Son los árbitros y jugadores (extrapolando el ejemplo a la realidad, tribunales y particulares) los que *usan* dicha regla y la aceptan de forma generalizada para sentar las bases del juego (es decir, de un sistema jurídico).

En opinión de Ramos Pascua, puede replicarse que dicha doctrina sigue siendo artificiosa, ya que según los cánones del realismo jurídico, los tribunales a la hora de identificar el Derecho válido no solo siguen una sola regla sino varias¹²⁰. No entraré de nuevo en la problemática que despliega la interpretación de la regla de reconocimiento como una única norma o pluralidad de ellas, simplemente señalar que la actividad judicial resulta difícil guiarla mediante una sola norma. En la práctica los juristas no la calificarían como una sola norma¹²¹. En relación a esta crítica, en líneas

¹¹⁷ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 182.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 183.

¹¹⁹ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 127.

¹²⁰ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 183.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 183-184.

generales, se entiende que el argumento de Hart ofrece una explicación plausible sobre el hecho de que la regla de reconocimiento no se encuentre *expresada* como una determinada norma. Considera que es una norma que simplemente es *usada* por los miembros de un sistema jurídico, ya que ello no implica que sea una condición necesaria para la existencia de la misma. Sin embargo, la visión ofrecida por Ramos Pascua, permite señalar la dificultad práctica de calificar como “única” a una norma que contiene diversos criterios de validez para la identificación de normas en un sistema.

A colación de la multiplicidad de criterios de validez que contiene la regla de reconocimiento, retomaré la cuestión planteada en la parte final del anterior punto. Esto es lo que se podría denominar como el problema de la relación entre las reglas de cambio y la regla de reconocimiento. Existen tres posibles interpretaciones a la anterior cuestión¹²²:

La primera interpretación es la que afirma que dichos criterios de validez se encuentran dispersos por todo el ordenamiento jurídico de un determinado territorio. Afines a esta interpretación, entienden que cualquier tipo de norma sea cual sea su origen y siempre que exista legitimidad para hacerlo, formará parte de los criterios de validez de regla de reconocimiento. Esto quiere decir que: desde el primer artículo de la Constitución Española hasta el último, son criterios de validez; desde el primer artículo del Estatuto de Autonomía de Galicia hasta el último, son criterios de validez; desde el primer artículo de la Ley de Reforma Universitaria hasta el último, son criterios de validez; etc.

La segunda interpretación como respuesta a la multiplicidad de criterios distingue entre criterios que su validez se deriva del cumplimiento de otros criterios contenidos en normas superiores, y criterios entre los cuales su validez no depende del cumplimiento de otros criterios contenidos en norma superior. A efectos de la siguiente interpretación, los criterios que contiene la regla de reconocimiento serán los segundos, es decir, los no derivados. Estos serán las fuentes del Derecho en líneas generales, como la ley, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia...

Por último, la interpretación que afirma que la regla de reconocimiento únicamente debe contener un único criterio, el criterio *supremo*.

Una vez explicadas las tres interpretaciones posibles como posibles respuestas al problema de la multiplicidad de criterios de validez de la regla de reconocimiento, comenzaré analizando cada una de ellas e intentar determinar cuál de ellas es la que mayormente se ajusta a la regla de

¹²² José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart... op.cit.*, p. 184.

reconocimiento. Respecto a la última interpretación mencionada, la cual afirma que la regla de reconocimiento únicamente contiene el criterio *supremo*, su origen se fundamenta en el ejemplo ofrecido por Hart en *The Concept of Law* cuando afirma: “Lo que la Reina sanciona en el Parlamento es derecho...”¹²³. En opinión de Ramos Pascua, es una interpretación errónea de las palabras de Hart según el contexto en el que se afirma. El autor exclusivamente pretendía dar una “pista”¹²⁴ sobre el concepto de regla *última*¹²⁵, tratando de explicar su sentido cuestionándose cuál es el criterio que ha otorgado validez al resto de normas subordinadas. En la práctica, si se cuestionase la potestad de un determinado funcionario para dictar una determinada ordenanza, sobre si efectivamente el decreto que ha conferido poderes a ese funcionario para dictaminar la ordenanza es válido, y se siguiese esa cadena lógica de validez jurídica, se llegaría a la afirmación de que lo que la Reina sanciona es derecho. Por lo tanto esta sería la regla *última* de un sistema jurídico. Cabe añadir como argumento en contra de esta interpretación, que el propio Hart en la misma obra clarifica que la propia regla de reconocimiento contiene varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas¹²⁶.

Otra de las posibles interpretaciones al respecto, es la interpretación que ofrece J. Raz sobre el fundamento de validez de una norma entendiendo que existen criterios de validez *dependientes* y criterios de validez *independientes*¹²⁷. La justificación de esta interpretación sobre que la regla de reconocimiento contiene los criterios de validez independientes, parece apoyarse sobre la anterior explicación del concepto de regla *última*. Cuando Hart se cuestiona la validez de una ordenanza dictada por el *County Council de Oxfordshire*, este afirma que es válida porque se ha realizado en el ejercicio de sus potestades y en consonancia con el procedimiento expuesto en un decreto del Ministro de Salud Pública. A su vez, su validez se fundamenta en que lo que la Reina sanciona es derecho¹²⁸. Por ello, se puede deducir que Hart en esta cadena de razonamiento respecto a su validez, parece afirmar que efectivamente la norma que otorga la validez al resto de normas del sistema es “la sanción de la Reina”. Este sería un criterio que por ser independiente y no encontrarse subordinado a ningún otro criterio de validez superior, sería contenido por la regla de reconocimiento.

¹²³ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 184.

¹²⁴ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 185.

¹²⁵ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, pp. 133 y ss.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 183.

¹²⁷ Beatriz CUERVO CRIALES: *La identidad de los sistemas jurídicos*, Revista Vínculos, vol. 7, núm. 2, 2010, pp. 120 y ss.

¹²⁸ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 133.

Sin embargo, una vez parece que esta es la idea que concuerda mejor con la doctrina de Hart, debo analizar la explicación sobre la primera de las interpretaciones expuestas. La interpretación que agrupa todos y cada uno de los criterios que abarca el ordenamiento jurídico, ya que en palabras del profesor Ramos Pascua: “... *creo que en cierto modo casa mejor con otros aspectos del modelo de regla de reconocimiento sustentado por Hart, que aquella a la que éste parece adherirse*”¹²⁹. De entre la multitud de criterios de validez que se establecen en la regla de reconocimiento es razonable pensar que si únicamente contuviera los criterios *independientes*, la tarea de identificación del resto de normas válidas de un sistema jurídico sería costosa. Para determinar si una regla es válida basta con comprobar si esta cumple los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento ¹³⁰. Para comprender la anterior afirmación, me apoyaré sobre el siguiente caso: si se quisiese reconocer la norma válida a través de la cual las universidades españolas pueden establecer y modificar sus propias plantillas, se debe acudir al artículo tercero de la Ley de Reforma Universitaria porque en él es donde se desarrolla la autonomía de las universidades españolas. Por lo tanto, se debe recurrir a un criterio *dependiente* ya que este se encuentra en una ley válida en virtud de otros criterios jerárquicamente superiores. Se puede afirmar que realizando un meticuloso examen jerárquico y retomando la cadena de razonamiento jurídico a la que me he referido anteriormente, es posible identificar este tipo de normas a raíz de los criterios más generales. Sin embargo, es cierto que la distinción entre los criterios *dependientes* e *independientes* no parece clara cuando se pretende llevar a la práctica¹³¹. Cuando he realizado la explicación sobre en qué consiste la interpretación que afirma que la regla de reconocimiento únicamente contiene los criterios *independientes*, he incluido los principios generales del Derecho, ya que estos no se encuentran en una relación de validez dependiente de otra norma superior. Dicho esto, se puede afirmar que el Código Civil español, concretamente en el artículo 1.3, establece cuándo y de qué forma es posible utilizar este criterio. De esta forma, podemos decir que se encuentra en una ley, y que por lo tanto tiene un carácter *dependiente* en relación con la misma. ¿Qué diferencia existe entre dicho criterio que es considerado *independiente*, regulado en una ley, y la autonomía en la modificación de las plantillas de las universidades, si también se encuentra en una ley? Podrían también añadirse afirmaciones que contradicen esta interpretación de la propia obra *The Concept of Law*; como que el principio de no derogación de leyes

¹²⁹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 186.

¹³⁰ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 129.

¹³¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 187.

de una legislatura anterior constituye un criterio de la regla de reconocimiento¹³²; o que la *jurisdicción*¹³³ también constituye un criterio de la regla de reconocimiento; etc. Estos no se pueden clasificar como criterios *independientes* porque no lo son, como su propia definición establece.

La respuesta no es clara, y prosiguiendo con el argumento de Ramos Pascua, no se pueden excluir los criterios *dependientes* del contenido de la regla de reconocimiento porque son igualmente de necesarios que los criterios *independientes*¹³⁴. La regla de reconocimiento como *práctica compleja*¹³⁵ de identificación de las normas válidas de un sistema jurídico llevada a cabo por sus miembros, no realiza ninguna distinción entre sus propios criterios. Tomando una perspectiva panorámica de la problemática expuesta, puedo convenir que el contenido de la regla de reconocimiento de Hart no se haya totalmente delimitado y que ha generado diversos tipos de interpretación que parecen encontrarse todos totalmente justificados debido a la ambigüedad que caracteriza la doctrina. La calificación anterior sobre si la regla de reconocimiento es un *artificio teórico*, también podría tener cabida en la interpretación que incluye a la regla de reconocimiento todos los criterios de validez de un sistema. En cambio, si se optase por una interpretación de reglas *independientes*, es probable que su doctrina fuese caracterizada por ser poco efectiva al ser llevada a la práctica, o aún peor, por ser poco realista.

4.3. Reglas secundarias y el problema de la *circularidad*.

El siguiente problema al que me referiré es una cuestión relacionada con una de las objeciones que lanza Hart a Ross, y que sin embargo él mismo tampoco parece ser capaz de resolver. En este punto trataré de desarrollar el problema de la *circularidad* en el que parecen incurrir dos tipos de normas secundarias en la doctrina de Hart, que son las reglas de jurisdicción y la regla de reconocimiento.

El problema de la *circularidad* es uno de los más conocidos entre los estudiosos de su doctrina, ya que hace incurrir a la misma en una contradicción lógica. Según Hart en su obra *The Concept of Law*, cuando critica una posición escéptica ante las reglas jurídicas, alude a que sin estas no es posible la existencia de un tribunal, ni si quiera la existencia de figuras que encarnasen poderes como la potestad jurisdiccional, es decir, los jueces: “*Esto es así, porque como hemos visto, la existencia de*

¹³² H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 185.

¹³³ *Ibid.*, p. 121.

¹³⁴ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 187.

¹³⁵ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 137.

un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos...¹³⁶. En cambio, una vez explicada la doctrina de la regla de reconocimiento, se puede concluir que los criterios de validez jurídicos seguidos por los jueces y tribunales son aquellos que dan el contenido a la regla de reconocimiento. Se puede observar que el problema que se plantea es el siguiente; por un lado se deben acudir a los criterios de validez jurídica usados por los jueces para la identificación de normas de un sistema, y a su vez estos formarán el contenido de la regla de reconocimiento; por otro lado, también se deben acudir a las reglas de adjudicación para la determinación de los jueces y que estos puedan realizar sus funciones. Esto hace que la teoría de Hart sea “circular”. Primero, debo destacar la respuesta del propio Hart que expone en su obra *The Concept of Law* en referencia a la estrecha *conexión*¹³⁷ existente entre las tres clases de reglas secundarias y añadiendo; primero, que la regla de reconocimiento se diferencia de las cambio porque hacen referencia a si se ha cumplido el procedimiento (si es válido); y segundo, que la regla que confiere jurisdicción para determinar cuáles son las reglas respecto a un caso concreto es también una regla de reconocimiento.

Respecto a ello, autores como Ramos Pascua consideran que el problema de la *circularidad* no resulta irresoluble¹³⁸. Entiende que la distinción entre las tres clases de reglas y sus respectivas funciones es meramente teórica, lo cual facilita el entendimiento de los sistemas jurídicos. Sin embargo, en el aspecto práctico esa delimitación de las distintas reglas secundarias resulta controvertida debido a que, como el propio Hart admite, se trata de conexiones íntimas entre las mismas. Añade que no tendría sentido realizar una distinción entre las mismas por los motivos expuestos. En cambio, la pregunta que se debe de hacer es si aquellos criterios de validez considerados independientes a las reglas de cambio y jurisdicción podrían incorporarse a la regla de reconocimiento, ya que esta es la que tiene los criterios de validez de un sistema jurídico.

Por otro lado, se puede observar una posición que trata de explicar la relevancia de la norma de reconocimiento a costa de las reglas de jurisdicción en el ejercicio de la jurisdicción¹³⁹. Esta es la posición que defiende D. N. McCormick, político y filósofo jurídico escocés. Se entiende que la dificultad al problema de la circularidad es que la regla de reconocimiento puede hallarse subordinada a las reglas de jurisdicción, lo cual sería un grave problema para la sustentación de su

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 170.

¹³⁷ *Ibíd.*, pp. 119-120.

¹³⁸ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart... op.cit.*, p. 151.

¹³⁹ Neil MACCORMICK: *H. L. A. Hart*, (trad. Juan Manuel Pérez Bermejo), Marcial Pons, 2010, pp. 29 y ss.

doctrina. McCormick retoma el ejemplo citado en las páginas precedentes sobre la sociedad primitiva y su funcionamiento. Entiende que en esta sociedad primitiva ausente de reglas secundarias existen criterios de carácter consuetudinario. Uno de ellos, al que se refiere el autor para resolver el problema, es la puesta en manos de la resolución de conflictos a individuos concretos como sacerdotes, ancianos... Cualquier conflicto surgido en esta sociedad primitiva, su resolución, sería dada por estos. Esta decisión se encuentra guiada por los criterios de carácter consuetudinario de la sociedad primitiva en cuestión. Con esta explicación McCormick entiende que estos individuos o “jueces” se encuentran autorizados de forma natural por reglas de carácter consuetudinario y no por otras reglas del sistema (es decir, las reglas de jurisdicción).

Respecto a esta explicación, se puede añadir que Hart no señala que la resolución de conflictos viniese dada por unos individuos ajenos al mismo, sino que la justicia sería tomada por “mano propia” y *encarnizadas vendettas*¹⁴⁰, destacando la necesidad de la existencia de las normas secundarias junto con las normas primarias. Como he señalado en las páginas precedentes refiriéndome al contenido de la regla de reconocimiento, Hart no deja claro si deben incluirse en esta exclusivamente los criterios *independientes* (fuentes del derecho), o si deben incluirse también aquellos criterios *dependientes* (por ejemplo, la Ley de Reforma universitaria). Por lo tanto, ¿también deben incluirse en el contenido de la regla de reconocimiento aspectos que forman parte de las otras reglas secundarias? Como se puede apreciar, el problema del contenido de la regla de reconocimiento es uno de los problemas fundamentales que ponen en riesgo la teoría jurídica de Hart, concretamente a los criterios de la norma de reconocimiento.

4.4. Problema de la regla de reconocimiento como doctrina convencionalista y la respuesta de J. Raz.

El siguiente punto que desarrollaré es el de los problemas relativos al concepto regla de reconocimiento, concretamente al concebir esta como una regla *convencional*¹⁴¹. Se entiende por una norma convencional una norma que se encuentra sustentada por las acciones humanas. Según consta en *The Concept of Law*: “...la regla de reconocimiento solo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares (...) Su existencia es una cuestión de hecho”¹⁴². Hart define la regla de reconocimiento mediante la existencia de dos premisas.

¹⁴⁰ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 116.

¹⁴¹ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, pp. 399-400.

¹⁴² *Ibid.*, p. 137.

Remitiéndome a la explicación señalada en las páginas anteriores, los particulares deben obedecerla y los funcionarios deben seguirla como criterios de conducta oficial, lo que conformaría la práctica social.

El primer problema que plantea dicha concepción es que la regla de reconocimiento, como reconoce el propio Hart en la obra, adolece de incertidumbre¹⁴³. Ello induce a pensar que resulta ser una práctica “*vaga, incompleta y cambiante*”¹⁴⁴. Al apoyarse los criterios de validez de la regla de reconocimiento en una práctica social cambiante, resultará que la regla de reconocimiento también se encuentra en una realidad cambiante. Entonces, como es posible que los miembros de una comunidad distingan entre la regla de reconocimiento que es válida y la que ya no es válida, ya que; por un lado se encontrarán con una regla de reconocimiento usada hasta el momento; y por otro lado con una regla de reconocimiento totalmente nueva debido a la mutabilidad de las prácticas sociales. En resumidas cuentas, ¿cuál es la norma de reconocimiento vigente? Bajo esta línea se puede desarrollar el siguiente problema que plantea la regla de reconocimiento como regla *convencionalista* o de práctica social.

El segundo de los problemas que trataré de desarrollar es la relación que acompaña a la norma de reconocimiento con su fundamentación en los hechos sociales. R. Dworkin, profesor de Oxford, filósofo estadounidense y autor de una de las orientaciones más relevantes en la filosofía jurídica actual, es uno de los grandes exponentes de esta línea de argumentación. Dworkin entiende que los jueces no se deben comportar como legisladores, a pesar de reconocer que las normas no son lo suficientemente precisas ni contemplan toda la complejidad de las relaciones sociales¹⁴⁵. De esta forma el profesor es consciente de la *textura abierta* que acompaña al Derecho, aunque pone en duda que los jueces deban desarrollar sus funciones ejerciendo facultades discrecionales a favor de una mejor interpretación de las normas. A partir de ahí, la tesis dworkiana afirma que los jueces, en aplicación de su facultad discrecional, “*recurren con frecuencia a estándares que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento y, en conexión con ello, que existen deberes jurídicos que no hallan su fundamento en una práctica social*”¹⁴⁶. Seguidamente entiende que la tesis hartiana no puede desplegar obligaciones jurídicas de sus resoluciones judiciales para sus particulares, ya que no reconoce la existencia de un

¹⁴³ *Ibíd.*, pp. 183 y ss.

¹⁴⁴ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart...* *op.cit.*, p. 189.

¹⁴⁵ Luis PRIETO SANCHÍS: *Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin (Comentario al libro de R. Dworkin “Los derechos en serio”)*, Revista española de derecho constitucional, núm. 14, 1985, p. 365.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 359

deber jurídico donde existe una *regla social*, sino que debe existir una *regla normativa* para que pueda existir tal deber¹⁴⁷. La norma de reconocimiento tal y como se encuentra descrita en el presente trabajo, es concebida como una *regla social*. Para Dworkin esto resulta incompatible con la existencia de un *deber jurídico*. Entiende que para que exista tal deber los miembros del sistema deben adoptar una actitud crítica y de observación ante las normas.

Asimismo, Dworkin trata de demostrar que la teoría hartiana es incompatible incluso en aquellos casos en los cuales los miembros del sistema están de acuerdo con la existencia del *deber jurídico*. Dworkin diferencia la *moralidad social*¹⁴⁸ de un sistema en dos tipos: la *moralidad concurrente*, cuando miembros de una comunidad afirman una misma regla, pero dicha coincidencia entre los mismos no es definitiva; y la *moralidad convencional*, cuando la coincidencia es definitiva. Es decir, una *moralidad concurrente* sería aquella en la que una conducta es moralmente obligatoria pero no es una práctica generalizada, y una *moralidad convencional* es aquella en la cual una conducta es obligatoria por el hecho de ser una práctica generalizada.

Por lo tanto, se puede deducir que Hart apoya su teoría de la *regla social* en una *moralidad concurrente* debido a que considera que una norma es obligatoria por su propio contenido y no porque otros miembros la cumplan¹⁴⁹. Sin embargo, Dworkin entiende que es la *moralidad convencional* es la que explica la observancia y aplicación de la norma de reconocimiento. Esto se debe a lo señalado anteriormente; el *deber jurídico* se fundamenta cuando existe hacia la norma de reconocimiento una práctica social de observación por parte de los miembros de una comunidad. Analizando de fondo la *moral convencional*, Dworkin es consciente de que dicha afirmación padece una deficiencia lógica respecto a su aplicación. Pueden existir casos en los que surjan dudas respecto a la existencia de un deber, y por lo tanto ante los mismos no debe existir un verdadero *deber jurídico*¹⁵⁰.

La crítica de Dworkin trata de desmontar la doctrina hartiana desde el interior de la misma, es decir, desde la concepción de la regla de reconocimiento como *regla social*. Para reflejar la importancia crítica de Dworkin a la teoría hartiana, Ramos Pascua cita textualmente: “...añade todo un asedio tenaz, perfectamente sistematizado, que intenta acosar a la doctrina debatida hasta casi producirle la muerte por

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 360

¹⁴⁸ Jimi Alberto MONTERO OLMEDO: *Derecho y moral. Estudio introductorio*, Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México (1ª ed.), 2011, p. 152.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p.152.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 153, donde Dworkin ante tal situación de controversia respecto a la existencia o inexistencia de un *deber jurídico*, propone tres soluciones para salvar su teoría.

*asfixia*¹⁵¹. La concepción ofrecida por Hart de la regla de reconocimiento como regla social según los argumentos esgrimidos, carecería de obligatoriedad. Consecuentemente el *deber jurídico*, uno de los principales caracteres del sistema normativo, no puede tener cabida en la teoría hartiana.

A pesar de lo expuesto, determinados elementos desarrollados en su obra y la ambigüedad que caracteriza su doctrina, podrían hacer frente a esta posición de rechazo hacia las reglas sociales como obligatorias. Sin embargo, uno de los principales argumentos en defensa de la teoría hartiana derribaría una de las principales pretensiones del positivismo jurídico. Incluso, puede que el propio Hart no estuviese dispuesto a argumentar lo siguiente para contrarrestar la crítica de Dworkin. El profesor Ramos Pascua concluye que son dos los elementos¹⁵² que se encuentran implícitos en la doctrina hartiana que podrían dar una respuesta a esta crítica: el primero de ellos, es que el carácter obligacional es correlativo a la aceptación de las reglas como fundamentales para el desarrollo de la vida, deduciéndose de la siguiente afirmación “...*la insistencia en la importancia o seriedad de la presión social que se encuentra entre las reglas es el factor primordial (...) son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor*”¹⁵³. Esto supondría que los miembros de una comunidad aceptasen profundamente que las reglas sociales son fundamentales para el buen desarrollo de la misma; el segundo de ellos es correlativo a la realización de dicha afirmación, entendiendo que es inevitable concebir esta idea si no se reconoce una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

La problemática que despliega el hecho de que la regla de reconocimiento sea descrita como una regla de carácter *convencionalista* o una *regla social*, supone una serie de consecuencias negativas derivadas de la *mutabilidad* de las reglas sociales y de la ausencia del carácter obligacional de estas. Empero, Hart podría debilitar dicha problemática suponiendo una necesaria conexión entre el Derecho y la moral. Sin embargo, ello supone el fracaso de sus pretensiones positivistas y de su regla de reconocimiento desarrollada en base al mantenimiento de dicha separación.

En este delicado punto en el que se encuentra el positivismo jurídico, y en concreto, la regla de reconocimiento, señalaré una de las doctrinas que puede ofrecer una respuesta a la problemática que ocupa el punto en cuestión. Según la doctrina de J. Raz, filósofo de derecho, ética y política del siglo XX, el carácter obligacional de las normas no depende de si los miembros de la comunidad

¹⁵¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 191.

¹⁵² *Ibid.*, p. 192-193.

¹⁵³ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 108.

aceptan las normas, sino que lo único verdaderamente relevante es si se cumple el contenido de las mismas: “...si bien, deo de lado mi propia deliberación o mi juicio personal sobre lo que hacer cuando obedezco (...) puedo tener así razones suficientes para proceder así y aceptar la autoridad de otro”¹⁵⁴. De este enunciado se pueden derivar dos cuestiones; la primera de ellas, relativa a cuál es la validez de las normas que impone una autoridad para considerarlas como razones válidas; la segunda de ellas, relativa a cuáles son las razones que motivan a los miembros de una comunidad a aceptar la autoridad de otro.

Respecto a la primera cuestión, conviene señalar que para aceptar la autoridad de otro, los miembros de la comunidad deben contemplar una autoridad justificada, es decir, una *autoridad legítima*¹⁵⁵. En definitiva, las normas impuestas a una comunidad serán legítimas si los miembros de dicha comunidad observan razones lo suficientemente justificadas como para acatar y obedecer dichas normas. El análisis de esta primera cuestión implica el desarrollo del significado de *autoridad legítima*. Sin embargo, no considero apropiado desarrollarlo en el presente trabajo ya que puede desviar la atención del tema principal que ocupa el presente punto, que es el carácter obligacional de las normas.

Respecto a esta segunda cuestión, se deben destacar cuáles son las razones que motivan a los miembros de una comunidad a aceptar el cumplimiento de las normas. Para explicar dichas razones, expondré el caso en el que una norma penal prohíbe el tráfico de sustancias estupefacientes, en relación a un determinado miembro de la comunidad que se plantea su cumplimiento o incumplimiento: puede no cumplirla debido a que en ese momento dicho miembro carece de recursos necesarios para pagar sus deudas; en cambio, puede cumplir dicha norma debido a que familiares próximos han ingresado en prisión por el mismo motivo. Estas razones son las llamadas *razones primarias*¹⁵⁶. No cumplirla equivaldría también el poder pagar una deuda de la que es acreedor su hijo, y cumplirla equivaldría a la satisfacción personal de no incurrir en delitos que le han arrojado malas experiencias en la vida. Estas segundas razones serían de *segundo grado*¹⁵⁷, es decir, son razones sobre razones. Por último, el mencionado miembro tendría una razón jurídica para no tomar en cuenta sus consideraciones personales y no realizar la conducta establecida en el tipo penal. Esta última sería una *razón excluyente*, la razón por la cual la norma existe y que además excluye

¹⁵⁴ Manuel TOSCANO MÉNDEZ: *Autoridad y razones para la acción: dos problemas*, Revista de Estudios Políticos, núm. 179, 2018, p. 58.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 58 y ss.

¹⁵⁶ Miguel Ángel RODILLA: *Teoría del Derecho... op.cit.*, pp. 108-109.

¹⁵⁷ *Ibid.*, 108-109.

radicalmente los intereses personales del proceso de deliberación interior. Como se puede ver, las normas imponen obligaciones a los miembros de una comunidad y son razones excluyentes para no tomar en consideración sus propios juicios.

Podemos concluir que la mencionada línea de argumentación defendida por Raz, puede explicar el carácter obligacional de las normas independientemente de si son aceptadas por los miembros de una comunidad o no. Cada uno de ellos tendrá sus propias razones para actuar de una manera u otra (aceptarla o no), pero deberán de cumplir con la misma porque las normas son impuestas por una autoridad justificada (*autoridad legítima*), y como su propia naturaleza indica operan como *razones excluyentes* para realizar cualquier tipo de valoración personal. Por consiguiente, puede afirmarse que el carácter obligacional de las normas es independiente a la aceptación de las mismas.

4.5. Penetración de la moral en la doctrina de la regla de reconocimiento.

Durante el desarrollo del presente trabajo he destacado una de las principales características de la teoría positivista en general, y en concreto refiriéndome a la teoría de Hart. Efectivamente, la separación del Derecho y la moral es uno de los pilares básicos que fundamentan la corriente positivista. Sin embargo, el siguiente punto que desarrollaré trata de dar una salida a los problemas planteados sacrificando precisamente este pilar de la filosofía positivista y a expensas del rechazo expreso de Hart a conectar estos dos conceptos. De la obra de Hart, se pueden señalar dos razones por las cuales se pueden conectar el Derecho y la moral¹⁵⁸:

La primera de las razones ha sido adelantada en el punto anterior. Hart destaca la importancia de la *presión social* para que las reglas sean sustentadas ya que estas son imprescindibles para regular aspectos de las relaciones sociales, aunque a veces pueda existir un conflicto entre los deseos individuales y la obligación que imponen estas¹⁵⁹. Se puede decir que la moral, desde el punto de vista del pensamiento mayoritario de la sociedad, juega un papel de gran importancia para la sustentación de la regla de reconocimiento que regula la vida social.

La segunda de las razones es la ambigüedad que caracteriza al concepto de aceptación en la obra de Hart. La aceptación de las reglas adopta un punto de vista *interno* para obtener la conformidad de los individuos, aunque desde este punto de vista los individuos pueden tener una

¹⁵⁸ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, pp. 194 y ss.

¹⁵⁹ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, pp. 108-109.

actitud crítica reflexiva sin entrar en conflicto dicha conformidad¹⁶⁰. Quiere decir que estas reglas pueden no ser consideradas por algunos como relevantes a efectos morales o políticos por los miembros de una sociedad, pero que son obedecidas por ellos mismos. Como he mencionado anteriormente, pueden existir miembros que pueden adoptar un punto de vista *intermedio* debido a esta actitud crítica reflexiva, no aceptando ellos mismos la regla pero teniendo en cuenta que otros sí la aceptan. Sin embargo, la aceptación de una regla como criterio o pauta de comportamiento implica necesariamente la necesidad de adoptar un punto de vista *interno*. Hart tiene en cuenta en su obra que en un sistema; por un lado, habrá miembros que adopten un punto de vista *interno*, que aceptarán la regla como pauta y criterio de conducta y la considerarán de vital importancia; y por otro lado, existirán miembros que obedecerán la regla pero que no la considerarán valiosa en sí misma: “*Si el sistema es equitativo, y atiende en forma genuina los intereses vitales de todos aquellos a quienes exige obediencia (...) será, por lo tanto, estable. Por otra parte, puede tratarse de un sistema mezquino y exclusivo, manejado por los intereses del grupo dominante (...) puede hacerlo cada vez más represivo e inestable.*”¹⁶¹. Ello da lugar a entender que en un sistema jurídico la combinación entre estos dos tipos de individuos puede dar lugar a un sistema equitativo o, por el contrario, a un sistema mezquino y exclusivo.

Si lo que se pretende de la regla de reconocimiento es un sistema estable y que sea una pauta de conducta para los individuos, la mayoría de estos deberán adoptar un punto de vista *interno*. No puede adoptar un punto de vista *intermedio* ya que la regla de reconocimiento se describe como una regla fundamentalmente aceptada por los funcionarios, que son los encargados de la identificación de las normas válidas de un sistema. Puede deducirse que la diferencia entre estos dos puntos de vista tiene que ver con una necesaria adhesión ético-política respecto a la regla en cuestión. Además su aceptación también implica el reconocimiento de que son válidos los *cauces de producción del mismo*¹⁶². Por lo tanto, su aceptación implica también que los órganos competentes son los adecuados para crear, modificar o derogar las normas, es decir, una valoración ético-política respecto al sistema.

Como ya ha quedado explicado, la principal defensa asumida por Hart es que las razones que motivan a los miembros de una sociedad a aceptar la regla de reconocimiento pueden ser de diversa índole (inercia, miedo, egoísmo, obligación moral de la misma, etc.), y que en definitiva las razones son irrelevantes a efectos de su aceptación. Sin embargo, se entiende que la regla de reconocimiento no puede aceptarse por cualquier razón, sino por algún tipo de razón moral para que alguien afirme

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 72.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 249.

¹⁶² José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 196-197.

que “tiene el deber”¹⁶³. Esto se debe, primero, a que aceptar la regla de reconocimiento implica adoptar una posición crítico-reflexiva (es decir, una actitud *interna*), y por lo tanto la *inercia* parece que implica todo lo contrario a adoptar una actitud reflexiva; segundo, porque los individuos que la acepten por *egoísmo* o *propio beneficio* no podrán adoptar una actitud crítica frente a quien la incumple, ya que estos tampoco cumplen la finalidad principal de la regla que es el beneficio común de una sociedad; tercero, porque quien la acepta por *miedo* no es otra cosa que limitarse a obedecerla. Por lo tanto, quien lo hace por este motivo no proporcionará ni razones ni motivos firmes a quien la rechaza, porque afirmará “me veo obligado” en lugar de “tú debes...”. Estos también son enunciados ausentes de una actitud crítico-reflexiva por parte de quien los enuncia.

Para concluir la argumentación sobre inevitable conexión necesaria que existe en la regla de reconocimiento y la penetración de otros órdenes normativos en ella como la moral, me ayudaré del ejemplo usado por Ramos Pascua respecto al régimen nazi y su obediencia por miedo¹⁶⁴. He explicado en los párrafos anteriores que en un régimen en el cual dicha regla sea únicamente aceptada por miedo, implica que no se reconocen tampoco como válidos los *cauces de producción* del Derecho. Hart en este sentido, pone de relieve que para el mantenimiento de un sistema es necesario que la mayoría de la sociedad se adhiera y acepte la regla del mismo. Por lo tanto, el mantenimiento del régimen nazi no habría sido posible si la regla de reconocimiento no hubiese sido aceptada, al menos por la mayoría de funcionarios o altos mandos del mismo. Se puede concluir, que tanto unos como otros se han adherido ético-políticamente al mismo aceptando la regla de reconocimiento, asegurando de esta forma la estabilidad del régimen nazi. Como se puede observar, la estabilidad del sistema no implica una estrecha y nítida conexión entre el Derecho y la moral. Sin embargo, se puede ver cómo la aceptación de la regla de reconocimiento implica la necesaria penetración de un elemento normativo ajeno al orden jurídico que podría calificarse como un elemento mínimo de la moral.

Este elemento del Derecho calificado como el mínimo moral, es como el caso expuesto en la obra de Ramos Pascua de prescindir en el ajedrez de los caballos¹⁶⁵. Por mínima que sea la influencia de los caballos en el juego del ajedrez por ser un rasgo contingente del juego porque sin ellos el juego es muy parecido, ¿deberíamos ofrecer una explicación del Derecho sin esta relación con la moral? Si se admite que el Derecho se encuentra en algunos casos conectado con la moral, se debe

¹⁶³ *Ibid.*, p. 198.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 199.

¹⁶⁵ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart... op.cit.*, pp. 164-165.

reflejar esa realidad en la explicación del Derecho por mucho que existan otros casos en los que dicha conexión no se vea reflejada.

Otros autores también defienden que existe una vinculación entre el Derecho y la moral, como M. Saavedra López, quien entiende que es fundamentalmente una vinculación de tipo *conceptual*¹⁶⁶. El derecho regula aspectos fundamentales de la vida social y proporciona beneficios esenciales para la convivencia e interés general. Es obvio que la fundamentación principal de estas normas (en cuanto a la materia que regulen o aspectos procedimentales) se encuentra en base a obligaciones impuestas por la ley y en principio neutrales, pero también tienen una fundamentación moral. Su cumplimiento conlleva una mejor convivencia y fluidez de relaciones sociales. Por ejemplo, el establecimiento de plazos en un procedimiento no viene impuesto por la ética, pero la ética requiere que se establezca para una regulación positiva de la vida social y dotar a la sociedad de seguridad jurídica.

Afirmar una conexión existente entre el Derecho y la moral no implica que exista una moral única o absoluta que pueda privar a las normas de su obligatoriedad jurídica cuando no coincidan con ella¹⁶⁷. Prueba de ello son las distintas concepciones que tienen los miembros de un sistema en relación con sus normas. Para unos puede ser derecho totalmente justificado en principios morales y para otros puede ser un caso de objeción de conciencia, desobediencia civil o resistencia a la autoridad¹⁶⁸. Por lo tanto en el Derecho, dependiendo de los miembros de una sociedad, pueden existir distintas concepciones morales sobre sus normas y no existir un único sistema de moralidad en este sentido. Por ello, se puede afirmar que la moral que influye al Derecho de un determinado sistema jurídico es una de las múltiples concepciones morales que existen.

En mi humilde opinión, la tesis de la separación entre Derecho y moral conlleva múltiples beneficios. Sin entrar en una enumeración exhaustiva de los beneficios que conlleva, me gustaría destacar uno de ellos que particularmente he considerado relevante por la utilidad práctica que supone. Me refiero al *fortalecimiento de la racionalidad jurídica*¹⁶⁹. En multitud de ocasiones donde las decisiones de los jueces o legisladores pueden no resultar las adecuadas en un procedimiento, la separación entre el Derecho y la moral permite reforzar los argumentos esgrimidos por el juez o

¹⁶⁶ José Antonio RAMOS PASCUA & Miguel Ángel RODILLA: *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto...* *op.cit.*, p. 265.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 267.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 267.

¹⁶⁹ Luis PRIETO SANCHÍS: *Sobre la separación entre Derecho y Moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua*, Anuario de Filosofía del derecho, núm.10, 1993, p. 548.

legislador a efectos de conseguir la más alta exigencia de motivación de sus decisiones. En todos los escalones de producción normativa, en concreto en la formación de una sentencia por un juez, existe cierta discrecionalidad debido a la *textura abierta* del Derecho. Por lo tanto, la motivación que da origen a cada una de estas normas (en concreto, sentencias) se puede realizar a través de un juicio *normativo* o un juicio *empírico*¹⁷⁰: un juicio *normativo* es aquel que el fundamento de la decisión viene determinada en una norma superior y presenta una única respuesta; en cambio, un juicio *empírico* es aquel que dada la discrecionalidad de la que está facultado el legislador o el juez, presenta una respuesta respecto a la multitud de respuestas que puede haber para el caso concreto. Por lo tanto, en la toma de decisiones que concierne al legislador o al juez, deberán de fundamentar su respuesta cuando se les exija cualquier tipo de responsabilidad. Por un lado, estos pueden trasladar su responsabilidad a una norma superior u órgano superior cuando no exista grado de discrecionalidad en el caso y la respuesta sea única, es decir, cuando hayan realizado un juicio *normativo*. Por el contrario, cuando estos gocen de cierto grado de discrecionalidad, se encontrarán en el contexto de “una respuesta correcta de la multitud de respuestas correctas” y su motivación habrá sido objeto de un juicio *empírico*. En particular, es en este punto donde la relevancia de realizar una distinción eficaz entre Derecho y moral se considera de gran importancia, ya que deberán realizar una ampliación de su razonamiento dirigido no solo por normas jurídicas, sino por unas premisas de tipo moral o político. Si esta distinción no se hiciese efectiva en aquellos casos donde legislador o juez gozan de cierto grado de discrecionalidad, les resultará indiferente que sus decisiones se encuentren fundamentadas en premisas morales o jurídicas.

4.6. Problema de la identificación de los elementos jurídicos.

El problema de la identificación total de los elementos jurídicos de los que consta el Derecho es una de las objeciones más poderosas realizadas frente a la teoría hartiana. El referente máximo de esta serie de objeciones es el ya nombrado R. Dworkin, por emprender su crítica afirmando que el Derecho no solo son reglas, sino también principios, y por ello la discrecionalidad judicial debe ser matizada¹⁷¹. Asimismo, una vez expuesta de forma general esta crítica, introduciré otros elementos jurídicos que la regla de reconocimiento puede no reconocer.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 548-549.

¹⁷¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 200.

La discrecionalidad judicial de la que gozan los jueces se aplica particularmente sobre aquellos casos en los que debido a la *textura abierta* del Derecho el juez debe realizar una labor de interpretación porque no existe una norma concreta aplicable al caso, ya que es imposible la predicción de todas las posibles relaciones sociales y problemas que se deriven de las mismas¹⁷². Esto no quiere decir que su aplicación sea *arbitraria*¹⁷³, sino que su aplicación debe ser guiada por razones extrajurídicas e intentando guiar su decisión de acuerdo al fin de las normas. Dworkin se refiere a ello como los *casos difíciles*¹⁷⁴. La crítica que despliega Dworkin frente a la aplicabilidad de la discrecionalidad judicial en los *casos difíciles* toma como base la interpretación de Hart. El juez en aquellos casos donde no existe una norma concreta que aporte una solución determinada, este fundamenta su decisión en criterios subjetivos. Sin embargo, Dworkin no excluye al completo la facultad discrecional de los jueces, ya que afirma que pueden gozar de cierta discrecionalidad en los *casos débiles*¹⁷⁵. Existen casos en los cuales las normas no serán de aplicación mecánica y los jueces deberán recurrir a su facultad discrecional, aunque en menor medida que en los *casos difíciles*. Los argumentos que sostiene Dworkin respecto a la inaplicabilidad de la facultad discrecional en los *casos difíciles* son los siguientes¹⁷⁶:

En primer lugar, las partes que componen el proceso tienen derecho a una decisión correcta derivada de las normas válidas de un sistema. Precisamente por este derecho de las partes no existe razón alguna por la cual el juez pueda decidir conforme a sus propios criterios privados.

En segundo lugar, a colación con el argumento anterior, el juez que opta por una argumentación extrajurídica para la solución de un conflicto, estaría creando Derecho. El juez debe dar una respuesta conforme al Derecho válido de un sistema. La labor de creación de normas corresponde únicamente al poder legislativo.

En tercer lugar, la parte del proceso que fuese condenada por la transgresión de una norma, la condena vendría dada por una aplicación del Derecho *ex post facto*. Esto quiere decir que si el juez no se basa en las normas válidas de un sistema al tiempo de la transgresión, el recurrir a la discrecionalidad supone la creación de Derecho en perjuicio de esta parte. Esto supone la aplicación retroactiva del Derecho.

¹⁷² H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho...* *op.cit.*, p. 159 y ss.

¹⁷³ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p.200.

¹⁷⁴ María Dolores PÉREZ JARABA: *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*, Revista de Estudios Jurídicos (Segunda Época), núm.10, 2010, p.16.

¹⁷⁵ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 201.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 201-202.

En último lugar, me referiré a un aspecto que puede ser considerado como una crítica general a la doctrina de Hart. El razonamiento judicial en los casos que se plantean en los tribunales no solo se encuentra dirigido por reglas (que son identificadas por la regla de reconocimiento), sino que también el Derecho y el razonamiento judicial se encuentran integrados por *principios*¹⁷⁷. Por lo que respecto a un caso en particular en el que no existe una norma concreta que aplicar para la resolución del mismo, el juez no debe recurrir a la utilización de criterios extrajurídicos. Esto es porque todavía no se ha hecho uso de otro criterio jurídico; los principios. Dworkin en este sentido es consciente de que los *principios* y las normas jurídicas tienen grandes diferencias respecto a su naturaleza y función, que son¹⁷⁸: primero, que las normas jurídicas se aplican cuando para un determinado caso se dan las condiciones de aplicabilidad de la norma y son válidas. En cambio, los *principios* señalan en una dirección para dar una solución y no existe la validez de los mismos; segundo, que cuando dos normas entran en conflicto prevalecerá la norma superior, e incluso, en muchos casos la norma inferior puede ser inválida por dar lugar al conflicto. En cambio, los principios no tienen un orden jerárquico interior, sino que son valorados por el juez en cuanto a la importancia relativa de cada uno para la resolución del caso; tercero, que los principios son formalmente principios morales, ya que su origen tiene lugar con el transcurso de la historia conforme a valoraciones de épocas y hechos pasados. Se puede afirmar que estos principios son plenamente principios jurídicos, ya que fundamentan ciertas conductas y desalientan otras consideradas incorrectas: “...habida cuenta de que todos los principios de moralidad política vigentes en una sociedad podrían cumplir esa función, son también principios jurídicos”¹⁷⁹. Este es el llamado *apoyo institucional*¹⁸⁰ que fundamenta a los principios jurídicos.

Una vez desarrollada, *grosso modo*, la crítica que realiza Dworkin a Hart sirviéndose principalmente del rechazo de la discrecionalidad jurídica en los *casos difíciles* y también la existencia de *principios* en el Derecho, es preciso preguntarse cómo es posible llevar a cabo esta tarea por los jueces. La identificación de los principios jurídicos en un sistema es una tarea difícil. Como he señalado anteriormente, los principios jurídicos a la hora de ser aplicados no gozan de ningún orden de prelación o subordinación. De hecho, los principios jurídicos en ocasiones pueden presentar soluciones diferentes al caso, y por lo tanto el juez deberá realizar la tarea de compararlos y decidir

¹⁷⁷ María Dolores PÉREZ JARABA: *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 13 y ss.

¹⁷⁸ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart...* *op.cit.*, p. 203 y ss.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 208.

cuál de ellos es el que ofrece una mejor solución al caso. Por consiguiente, Dworkin somete a prueba la regla de reconocimiento hartiana para comprobar si realmente puede identificar estos principios jurídicos que no han sido tomados en cuenta por el autor.

Para Dworkin la regla de reconocimiento identifica a las reglas debido a su *pedigrí*¹⁸¹, es decir, que la identificación de los elementos jurídicos se apoya fundamentalmente sobre criterios formales. De esta forma, no atiende a su contenido. Como he señalado durante el desarrollo del tema, los criterios de validez contenidos en la regla de reconocimiento son básicamente criterios de carácter formal. También he señalado que los principios jurídicos no pueden identificarse conforme hechos sociales o en referencia a una norma superior. Según Dworkin, para identificar los principios jurídicos en un sistema es necesario tener en cuenta el *apoyo institucional* al que me he referido anteriormente. De esta forma, será necesario aceptar que el Derecho y la moral se encuentran conectados y supondrá para Hart abandonar sus pretensiones positivistas. Además, alega que los principios jurídicos de un determinado sistema ayudan a la identificación de otros principios, y por lo tanto el orden jerárquico del que dota Hart a las reglas será ineficaz con respecto a los principios jurídicos¹⁸². No tendría sentido que la regla de reconocimiento incorporase la identificación de principios porque la regla debe incluir todos ellos en su contenido sin que ninguno de ellos tenga carácter *supremo*.

Dworkin añade a su crítica respecto a la teoría hartiana dos posibles salidas en cuanto a la identificación de principios, que sin embargo, ninguna de ellas proporciona una respuesta satisfactoria¹⁸³: la primera de ellas, referida a si la regla de reconocimiento enumerase una lista cerrada de principios jurídicos. Sin embargo, si fuese así, la infinidad de principios jurídicos que contiene un sistema sería prácticamente imposible de concretar y como he señalado antes, podría ser calificada de *ficticia*; la segunda salida que proporciona Dworkin es la inclusión de los principios jurídicos en la categoría de Derecho consuetudinario. Sin embargo, Dworkin señala la imposibilidad de establecer unos criterios que identifiquen el Derecho consuetudinario porque *no podría servir de criterio el reconocimiento social de cierta práctica consuetudinaria como moralmente obligatoria*¹⁸⁴.

Hart, respecto a todo este arsenal de críticas desplegado en perjuicio de la regla de reconocimiento y concebida como criterio identificador de todos los elementos jurídicos, parece

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 205.

¹⁸² *Ibid.*, p. 206.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 206-207.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 213-214.

responder de forma ambigua respecto a si los principios forman parte del Derecho existente. Hart entiende que los jueces en el ejercicio de su facultad discrecional, recurren a elementos que no forman parte del Derecho existente para la creación de Derecho¹⁸⁵. Sin embargo, Hart también en su réplica parece aceptar de forma indirecta que los principios pueden contradecirse en el momento en que el juez está tomando su decisión, por lo tanto si esta contradicción se hace efectiva en el momento de aplicar el Derecho, será porque forman parte del Derecho existente¹⁸⁶. Esta última conclusión podría poner en peligro la teoría de la regla de reconocimiento. Si fuese así, Hart debería de incorporar en ella unos criterios de identificación. Como hemos concluido, esto parece ser una labor costosa y de difícil realización. A todo esto, Hart realiza una serie de objeciones que serán respondidas por Dworkin entre las que destacaré las más relevantes en relación con el tema que me ocupa¹⁸⁷:

Una de las objeciones de Hart a la crítica dworkiana es respondida con el firme argumento del Derecho inicuo explicado en las páginas precedentes. Dworkin, cuidadosamente afirma que en los sistemas jurídicos perversos los principios inicuos no son los que fundamentan dicho sistema, ya que se encontraría relacionado mayoritariamente con malas decisiones políticas. Sin embargo los principios inicuos también forman parte de esa conexión con el Derecho, aunque sea calificada como “débil”. Por lo tanto afirma que el Derecho es *compatible con una gran iniquidad*¹⁸⁸. Ramos Pascua en su obra, interpreta este argumento conectándolo con la moral del grupo mayoritario o dominante. Así pues, durante el régimen nazi, su Derecho se encontraba conectado con la moral del grupo dominante (predicada por F. Nietzsche) y no por la moral del grupo mayoritario de la población (la moral judeo-cristiana). También el autor destaca la conexión entre los derechos jurídicos y morales, incluso en los regímenes de los que no se predicase moral alguna. De toda esta línea de argumentación cuasi iusnaturalista, Dworkin plantea una vía que le permite alejarse de ella afirmando que una teoría del Derecho interpretativa permite calificar un determinado sistema en relación con sus fines. Si estos permiten una mejor interpretación relacionándolos con la moralidad, ese resultado no tiene por qué verse frustrado si da lugar a un mejor entendimiento del sistema en cuestión.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p.209.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p.209.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 209 y ss.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 211.

Otro de los elementos que la regla de reconocimiento no permite identificar son las normas de Derecho común o *common law*¹⁸⁹, es decir, de los precedentes judiciales. Las normas del *common law* no se encuentran de forma expresa en un texto, ya que agrupar las normas que se deducen de las sentencias judiciales no sería una labor calificada como posible. Además, las sentencias no solo se encuentran contenidas por rasgos formales, sino que también se encuentran formuladas por la interpretación del juez, y como es sabido, en muchos casos difiere de unos a otros.

Por último, la identificación del Derecho consuetudinario puede plantear serios problemas a la regla de reconocimiento. En la obra *The Concept of Law*, señala que uno de los criterios que corresponde a la regla de reconocimiento es la referencia a las costumbres de los miembros de una sociedad, aunque este puede ser vetado por una ley que dicte su no inclusión al sistema, entendido esto como *la aceptación de la regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado*¹⁹⁰. De nuevo Dworkin resalta las dificultades¹⁹¹ sobre qué criterios podrían ser esos: por un lado, no podría ser el reconocimiento social de dicha costumbre como obligatoria; por otro lado, tampoco podría ser que dichas costumbres sean reconocidas por la sociedad como obligatorias, ya que sino toda práctica reconocida por la sociedad como jurídicamente obligatoria sería válida en el sistema y la regla de reconocimiento no sería útil. Sería una reduplicación innecesaria de la regla de reconocimiento como la que reconoce el propio Hart entorno al Derecho internacional, afirmando: *“Los estados deben conducirse como acostumbra a hacerlo” (...)* quienes aceptan ciertas reglas tienen que observar también una regla que dice que las reglas deben ser observadas¹⁹².

Como se ha visto, la regla de reconocimiento plantea problemas a la hora de identificar los principios, las normas de los precedentes judiciales y la costumbre. Dworkin arremete fuertemente contra la teoría de la regla de reconocimiento como regla incapaz de identificar todos los elementos que caracterizan al Derecho con una firme argumentación, que es respondida por Hart destacando los inconvenientes de la doctrina dworkiana y con el convincente argumento del Derecho inico. Fundamentalmente, el debate no se centra en la fundamentación del Derecho a través de la doctrina hartiana o la doctrina dworkiana, sino que va más allá. Se trata de la explicación del concepto de Derecho planteada desde dos posiciones que acarrearán diferentes conclusiones: una de ellas planteada desde el empirismo y los principios positivistas que tratan de dar al Derecho una visión neutral, y

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 213.

¹⁹⁰ H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 126.

¹⁹¹ José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart... op.cit.*, p. 213-214.

¹⁹² H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho... op.cit.*, p. 291.

otra planteada desde la necesidad de formular juicios valorativos para captar la totalidad del Derecho; o lo que es lo mismo, una posición desde el firme rechazo entre la conexión necesaria del Derecho y moral, y la otra desde la base de aceptación de esta.

5. CONCLUSIONES.

He destacado la influencia tan relevante en la doctrina de Hart de la *Grundnorm* kelseniana en el desarrollo de una solución al problema de la identificación del Derecho válido en un sistema. A través de ella el Derecho pretende fundamentarse en base a elementos positivos, dotándose de esta forma de autonomía con respecto a la posible injerencia de otras ciencias en el desarrollo del mismo. Sin embargo, esto es algo que el propio Kelsen no conseguiría debido al carácter ficticio del que adolecía su norma. La presunción de su existencia exigía un esfuerzo basado en la creencia de la misma por parte de los miembros de una sociedad, lo cual parece derivar en la cierta injerencia de la moral en el desarrollo de su teoría.

Para Hart, su obra y el problema de la identificación del Derecho válido en un sistema debe basarse precisamente en los mismos dogmas que habían dado origen a la doctrina de Kelsen. Sin embargo, debía superar las debilidades de esta mediante el uso de herramientas que permitiesen poner desde el inicio los pies en la tierra para una cimentación estable de la teoría. Efectivamente, la incursión en el pensamiento de Hart del realismo jurídico que caracteriza a Ross, proporciona una visión estable que permite superar las deficiencias de la *Grundnorm*.

De esta forma, Hart cimienta su regla de reconocimiento desde un punto de vista interno, que dota a su regla de ser concebida como una norma por los miembros de la sociedad, y desde un punto de vista externo, proporcionando el elemento fundamental para la comprobación de su existencia. Bajo estos dos elementos, la doctrina de Hart parece que finalmente podría resolver, al menos, el problema de la validez jurídica. Sin embargo no es necesario exponer la totalidad de razones por las cuales puede verse frustrado este ambicioso objetivo a través de este gran intento. Se ha podido ver durante el desarrollo del presente trabajo como autores han calificado a la regla de reconocimiento como un instrumento artificioso, ambiguo, o que ha sido cubierta voluntariamente por brumas. Otros autores han puesto de relieve aquello de lo que Hart precisamente pretendía apartarse radicalmente, la penetración de la moral en la regla de reconocimiento en cuanto a la aceptación por los funcionarios de la sociedad. Incluso aquella regla que pretende dar respuesta a la identificación total de los elementos válidos en un sistema jurídico ha sido calificada de ineficaz

respecto a su propio fin, debido a su incapacidad para identificar el Derecho consuetudinario, el *common law*, y los principios jurídicos.

Sin embargo, como las conclusiones que he recogido en el apartado de la *Grundnorm*, no debe considerarse como solamente un intento de configuración del Derecho. Debe considerarse como un elemento importante de la teoría jurídica, y sobre todo a la hora de resolver el problema de la validez jurídica. Esto es precisamente por la utilidad que pretende darla Hart a la hora de configurarla como una herramienta real identificadora de normas válidas. Su uso permite identificar parte de los elementos que conforman el Derecho, a pesar de no poder identificar otros elementos caracterizados por no ser esencialmente formales. Ello significa un gran paso para la teoría jurídica que no debe pasarse por alto, sino que debe tenerse en cuenta a la hora de pretender dar respuesta a esta problemática y configurar el Derecho. Por otro lado, también he destacado la existencia de normas que pueden no ser jurídicamente válidas por la norma de reconocimiento. Este es uno de los problemas principales relacionados con la problemática de la validez jurídica que existe en la norma de reconocimiento.

En mi humilde opinión, quizás este sea otro de los precedentes necesarios de las teorías jurídicas futuras. Así como la infinidad de autores que han influenciado a Hart, entre los que he destacado a Kelsen y Ross, han hecho posible este gran intento de configurar a la regla de reconocimiento como el elemento esencial para la validez del Derecho y configuración jurídica, debería tenerse muy en cuenta la presente doctrina a la hora de formular nuevas teorías jurídicas.

Otro aspecto que quizá sea igualmente relevante a la hora de la formular de nuevas teorías jurídicas sea el considerar las críticas lanzadas hacia la regla de reconocimiento desde la perspectiva de su conexión con la moral, teniendo Dworkin especial relevancia en este tema. No considero conveniente que deban entenderse este tipo de críticas como una forma de asolar, incluso hasta los cimientos de la teoría hartiana. Deben entenderse como el establecimiento de nuevos retos a la teoría jurídica y no refiriéndose a una doctrina en concreto. El hecho de si se debe considerar la moral de forma aislada o conjunta al Derecho, es una duda razonablemente relevante a la hora de elaborar una firme teoría jurídica. Por ello, considero que la pretensión de abordar la teoría jurídica desde una perspectiva concreta, como la del positivismo jurídico, la mayoría de las veces planteará los mismos problemas que se han visto reflejados en el presente trabajo relacionados con la moral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTIDA FREIXEDO, Xacobe: *La teoría dodecafónica del derecho*, “Revista de Estudios Políticos. Nueva época” (2002), núm. 116, pp. 281-302.
- CAMPOS ZAMORA, Francisco Javier: *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, “Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica” (2010), núm. 122, pp. 191-219.
- CRACOGNA, Dante: *La norma fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad*, “Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho” (1998), núm. 21, pp. 105-109.
- CUERVO CRIALES, Beatriz: *La identidad de los sistemas jurídicos*, “Revista Vínculos” (2010), vol. 7, núm. 2, pp. 116-124.
- DELGADO PINTO, José: *Sobre la vigencia y validez de las normas jurídicas*, “Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho” (1990), núm. 7, pp. 101-167.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (1ª edición; trad. María Isabel Gustavino Castro), Editorial Ariel, 2012.
- HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho* (2ªed, 2ª reimpr; trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- MACCORMICK, Neil: *H. L. A. Hart* (1ªed, 1ª imp; trad. Juan Manuel Pérez Bermejo), Marcial Pons, 2010.
- MONTERO OLMEDO, Jimi Alberto: *Derecho y moral. Estudio introductorio* (1ªed), Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 2011.
- PÉREZ JARABA, María José: *Principios y reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*, “Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época” (2010), núm. 10, pp. 1-24.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: *Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin (Comentario al libro de R. Dworkin “Los derechos en serio”)*, “Revista española de derecho constitucional” (1985), núm. 14, pp. 353-378.
- RAMOS PASCUA, José Antonio & RODILLA, Miguel Ángel: *El positivismo jurídico a examen, estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006.
- RAMOS PASCUA, José Antonio: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989.
- RIVAS, Pedro: *J. A. García Amado, Hans Kelsen y la norma fundamental* (Recensión), Revista Persona y Derecho (1997), vol. 36, pp. 281-286.
- RODILLA, Miguel Ángel: *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Legis, 2013.

ROSS, Alf: *El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural* (trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero), “Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho” (2008), núm. 12, pp. 199-220.

TOSCANO MÉNDEZ, Manuel: *Autoridad y razones para la acción: dos problemas*, “Revista de Estudios Políticos” (2018), núm. 179, pp. 43-67.