

LA TEORÍA DEL DERECHO DE H. L. A. HART

José Alberto TAMAYO VALENZUELA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Síntesis de la teoría del Derecho de Hart*. III. *Algunas Críticas*

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente ensayo es explicar de manera sucinta la teoría del derecho de H. L. A. Hart y evaluar, a través del análisis de algunas de las críticas que han sido formuladas en su contra, la vigencia que ésta sigue teniendo a casi cuarenta años de su creación.

Para entender la importancia y alcance de la teoría del derecho de Hart es necesario hacer un breve paréntesis y analizar el contexto intelectual en la que surge, así como los objetivos que persigue. Al respecto es importante destacar que la ocupación de Hart hasta antes de ser nombrado profesor de filosofía de derecho en la Universidad de Oxford, en el año de 1952, con excepción de un período de aproximadamente ocho años en el que se dedica al ejercicio de la profesión jurídica, fue siempre la de filósofo, siendo uno de los principales exponentes de la corriente de filosofía analítica o filosofía del lenguaje surgida en esa universidad al término de la Segunda Guerra Mundial.

Dicha escuela sostenía estar llevando a cabo una revolución en la filosofía al rescatarla de una serie de malentendidos acerca del lenguaje. Alegaba que para formular ideas claras se requería esclarecer el discurso en el que éstas ocurren y no, construir intrincados sistemas filosóficos. Los filósofos, según esta corriente, deberían estar alerta de la manera en que el lenguaje y, especialmente el lenguaje filosófico tradicional, puede ser la fuente misma de los problemas sobre la naturaleza del mundo. Las palabras no necesariamente representan cosas, por lo que antes de apresurarse en indagar sobre la supuesta cosa a la que esas se refieren debe indagarse sobre la manera y las condi-

* Secretario del 7º Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito

ciones en las que las palabras son utilizadas en el lenguaje ordinario. Por lo tanto una tarea central para la filosofía es llevar a cabo un conocimiento interpretativo del lenguaje cotidiano en contextos sociales habituales.¹

Hart, desde su designación como profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Oxford, se dio a la tarea de mostrar los alcances de esa nueva manera de filosofar en el ámbito de la teoría del derecho. En su conferencia inaugural, *Definition and Theory in Jurisprudence*² sostiene que en el caso de conceptos como 'derechos', 'capacidad', 'error', o 'sociedades' los juristas, al igual que los filósofos, se han apresurado en indagar su naturaleza, suponiendo que por medio de definiciones se podrían superar los problemas relacionados con dichos conceptos. De acuerdo con Hart, los trabajos así elaborados constituían esfuerzos loables para definir términos utilizados en la práctica cotidiana de un sistema jurídico. Desafortunadamente no lograban esclarecer el papel que éstos desempeñan. Una postura más fructífera sería elucidar las condiciones en la que se realizan de manera válida enunciados sobre 'derechos', 'capacidad', 'error' o 'sociedades' en contextos jurídicamente relevantes. Lo que se tiene que elucidar son las condiciones que gobiernan el uso de palabras en determinados contextos sociales, en lugar de indagar las esencias misteriosas con las que se pretende justificar la construcción de teorías apoyadas en definiciones.

Este nuevo método de analizar problemas jurídicos alcanzó su culminación con la aparición de su teoría del derecho en su célebre libro *The Concept of Law*,³ en el que Hart formula su teoría del derecho entendido como un sistema de reglas sociales partiendo del análisis crítico de la teoría imperativa del derecho de John Austin, hasta entonces dominante en la filosofía del derecho inglesa.

¹ MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981 (Jurists: Profiles in Legal Theory, Núm. 1), pp. 13-15.

² HART, H. L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence (Inaugural Lecture)*, Oxford, Oxford University Press, (1953) 1975. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 21-48. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: "Definición y teoría de la ciencia jurídica, en Hart, H. L. A. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 93-138.

³ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.

2. SÍNTESIS DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE HART

En *The Province of Jurisprudence Determined* John Austin, siguiendo la tradición empirista inglesa, construye su teoría del derecho basándose exclusivamente en elementos fácticos como los de órdenes, amenazas y hábito de obediencia. Hart comenta que esta teoría tiene el enorme atractivo de que los elementos utilizados en su construcción no son términos oscuros sino, por el contrario, son fácilmente apelables a la intuición.

John Austin, en esencia, concibe a un orden jurídico, como el conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas (a las que llama mandatos) emitidas por una persona que es habitualmente obedecida por el grueso de la población y quien no obedece habitualmente a nadie (el soberano). Es decir, para John Austin todas las normas de un sistema jurídico son reducibles al concepto de órdenes respaldadas por amenazas.

En *The Concept of Law*, Hart combate los alcances de dicha tesis que considera reduccionista. Señala que, al comparar los distintos tipos de normas jurídicas que aparecen en un sistema moderno con el modelo simple de John Austin, de órdenes coercitivas, surgen una multitud de objeciones. Estas objeciones Hart las divide en tres grupos: 1) Las que se refieren al contenido de las normas jurídicas; 2) Las que se refieren a su origen; y 3) Las relativas a su ámbito de aplicación. Para Hart, todos los sistemas jurídicos, sin excepción incluyen normas que en relación con uno (o más) de esos tres aspectos difieren del modelo de John Austin.⁴

Observa Hart que, aunque, *prima facie*, hay una fuerte analogía entre las obligaciones establecidas por el Derecho penal y sus sanciones y las órdenes generales respaldadas por amenazas, existe, sin embargo, otra clase de normas que no pueden ser reducidas al modelo de órdenes coercitivas sin distorsionar completamente su naturaleza. Estas normas desempeñan una función social muy distinta a la de una ley penal. Así, las reglas que definen la manera de celebrar contratos, contraer matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. La función que realizan es la de conferir *facilities* a los particulares para crear, mediante procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, derechos y obligaciones dentro del marco coercitivo del orden jurídico.

⁴ *Ibid. op. cit.* p. 26

Para Hart dichas potestades así conferidas a los individuos para moldear sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etcétera, constituye una de las grandes aportaciones del derecho a la vida social, y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como órdenes respaldadas de amenazas.⁵

Otro defecto de la teoría imperativa del derecho mencionado por Hart es que no logra explicar el carácter auto-vinculatorio de las normas jurídicas. Las órdenes respaldadas por amenaza únicamente obligan a sus destinatarios. Las normas jurídicas, en cambio, pueden obligar además a quienes las emiten. Para salvar dicho obstáculo, en ocasiones, comenta Hart, se distingue la persona del Legislador en su carácter oficial, que emite leyes, del Legislador en su carácter particular, al que se le aplican las leyes emitidas. Sin embargo, la noción de capacidades diferentes sólo es inteligible en términos de normas que confieren facultades.⁶

En tercer término, menciona Hart que, aunque expedir una ley es en ciertos aspectos análogo a dar una orden, puesto que ambos constituyen actos deliberados de creación jurídica, existen normas jurídicas que se originan en la costumbre y no deben su *status* jurídico a un acto consciente de creación de derecho, por lo que difícilmente pueden ser consideradas como órdenes coercitivas.⁷

Asimismo, señala Hart que el concepto de obediencia habitual sobre el que está construida la teoría de John Austin es inadecuado por sí solo para dar razón de la continuidad que se observa en todo orden jurídico cuando un Legislador sucede a otro. Si seguimos fielmente la teoría de John Austin, en esos casos nos vemos forzados a concluir que un orden jurídico muere con la muerte del soberano que emitió las órdenes generales respaldadas de amenaza.⁸

Ahora bien, para Hart, la razón por la que la teoría imperativa del derecho es incapaz de dar cuenta, de manera satisfactoria, de los fenómenos jurídicos referidos, obedece a que los elementos con los que ha sido construida, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no es posible esclarecer ni siquiera las formas más elementales de derecho.⁹

⁵ *Ibid, op, cit.* pp. 27-29

⁶ *Ibid, op, cit.* p. 42

⁷ *Ibid, op, cit.* pp. 44-49

⁸ *Ibid, op, cit.* pp. 51-54

⁹ *Ibid, op, cit.* p. 80

Hart señala que a diferencia del concepto fáctico de hábitos de obediencia, las reglas sociales no pueden ser explicadas refiriéndose únicamente a regularidades externas de comportamiento. Si bien los patrones externos de conducta son necesarios para elucidar la noción de reglas sociales, no son suficientes. El elemento adicional indispensable que se requiere es dar cuenta de la actitud de los miembros del grupo cuyo comportamiento se ve reflejado en dicho patrón externo. Esta manera de proceder de Hart, que el profesor Neil MacCormick¹⁰ ha llamado hermenéutica, puesto que busca explicar el derecho a través de la interpretación del significado que éste tiene para aquellos que participan en las acciones y prácticas sociales que lo conforman, constituye, sin lugar a dudas, la contribución más importante de Hart a la filosofía jurídica.

Una vez indicado el camino a seguir, Hart señala los elementos básicos que diferencian a un hábito convergente de conducta de una regla social. En primer término, destaca que en el caso de las reglas no sólo existe un patrón de conducta convergente, sino que las desviaciones a dicho patrón son consideradas como desvíos o faltas susceptibles de crítica y la desviación choca con la presión en favor de la conformidad.

En segundo lugar, cuando existen tales reglas, la crítica que se hace cuando una persona se desvía del comportamiento requerido por la norma se considera justificada. Es decir, aquellos que critican la conducta del infractor no están sujetos, a su vez, a críticas justificadas por el solo hecho de haber efectuado tal crítica.

El tercer punto que diferencia a las normas de los hábitos es lo que Hart llama el 'aspecto interno de las normas'. Para que el patrón de conducta constituya una regla es necesario que haya una 'actitud crítica reflexiva' frente a tales modelos de comportamiento en tanto pautas o criterios de conducta comunes y que ella se despliegue en la forma de crítica, exigencias de conformidad y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas. Todo esto, comenta Hart, se refleja en la terminología normativa: 'deber', 'incumplimiento', 'tú tienes que', etcétera.¹¹

Ahora bien, según Hart, la teoría de John Austin parte de la apreciación, a su juicio correcta, de que ahí donde existe derecho, la conducta humana deviene, en algún sentido, no optativa u "obligatoria". Para esa teoría la situación de un asaltante que ordena a otra persona

¹⁰ MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, cit. p. 29

¹¹ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, cit. pp. 55-57

que le entregue su dinero y amenaza con dispararle si no cumple lo ordenado ejemplifica el concepto de obligación. Sin embargo, observa Hart que si bien en el caso anterior se puede decir que la persona asaltada “se vio obligada” a entregar su dinero, dicha situación no estaría descrita acertadamente si decimos que la persona asaltada ‘tenía la obligación’ de entregar su dinero al asaltante. Para Hart el enunciado de que alguien se vio obligado a realizar determinada conducta constituye meramente un enunciado de tipo psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron la acción. En cambio, el enunciado de que alguien tiene una obligación implica la existencia de una regla (*i. e.* norma).¹²

Para Hart esa situación (es decir, la existencia de reglas sociales) contribuye de dos maneras al significado del enunciado de que una persona tiene una obligación. Primero, la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamientos una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso, de tal enunciado. En segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella. De acuerdo con Hart, las teorías construidas únicamente sobre aspectos externos de comportamiento (órdenes, hábitos, etcétera) que no dan cuenta del aspecto interno de las reglas son incapaces de explicar adecuadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de la mayoría de las personas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino que constituye una razón para dicha hostilidad.¹³

Hart menciona que cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho permite realizar varios tipos de aseveraciones estrechamente relacionadas entre sí, aunque de distinta clase. Así menciona que es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Estos distintos puntos de vista Hart los llama ‘punto de vista externo’ y ‘punto de vista interno’, respectivamente.¹⁴

Una vez explicado el concepto de regla (norma) social, Hart procede a elucidar la noción de regla (norma) jurídica. Para Hart, el elemento que diferencia a las reglas jurídicas de las demás reglas sociales que establecen obligaciones (como, por ejemplo, las reglas morales) radica en la

¹² *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 82-83

¹³ *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 85-91

¹⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 89

cualidad sistemática que poseen las primeras como consecuencia de la interrelación de dos tipos de reglas que Hart llama “primarias” y “secundarias”. El primer tipo, el tipo básico o primario, establece obligaciones. Las segundas dependen de las primeras, son secundarias en relación con ellas; su función es la de conferir facultades para la creación o modificación de deberes u obligaciones.

En la combinación de estos dos tipos de normas se encuentra según Hart, la “clave de la ciencia del derecho”. La razón por la que Hart atribuye a esa unión de elementos esa importancia se debe a su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico. De esta manera, la mayor parte de las características del derecho que se presentan como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda por una definición del derecho, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la interacción entre ellas.¹⁵

Para explicar la interrelación de reglas primarias con secundarias, Hart utiliza un modelo basado en una comunidad primitiva donde el único medio de control social es la actitud general del grupo hacia sus pautas de comportamiento entendiéndolos como reglas primarias de obligación. Hart advierte que para que una sociedad pueda vivir sólo con tales reglas primarias tienen que satisfacerse condiciones muy fuertes.

La primera de estas condiciones es que las normas deben restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño; acciones que los seres humanos sienten tentados a realizar, pero que tienen que reprimir para poder coexistir en proximidad.

En segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir tensión entre los que aceptan las reglas y los que las rechazan, el miedo hacia la presión social induce a éstos últimos a conformarse con ellas. Este grupo no puede ser más que una minoría, de otra manera no podría, para sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física. Quienes rechazan las reglas, advierte Hart, encontrarían muy poca presión social que temer.

Finalmente señala que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento y creencias comunes, sentada en una circunstancia favorable que lo haga estable, puede vivir exitosamente solo con dichas reglas. En cualesquiera otras condiciones una forma tan simple de control social resultaría infructuosa y requerirá diversas formas de complementación.

¹⁵ *Ibid. op. cit.* pp. 98-99

Surge en ese tipo de comunidades alguna duda sobre el alcance preciso de determinada regla, no habría procedimiento alguno para solucionarlo, ni mediante referencia a un texto ni determinación de una autoridad; tal procedimiento implica la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación. Este es un defecto al que Hart llama: 'falta de certeza'.

Un segundo defecto de esta estructura social es el carácter estático que tienen las reglas primarias de obligación. En esas comunidades el único modo de cambiar las reglas, será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual patrones de conducta considerados como optativos se transforman; primero, en habituales y, posteriormente, en obligatorios o bien, el proceso inverso de declinación, cuando las desviaciones, al principio tratadas con severidad son primero toleradas y, después, pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando normas antiguas e introduciendo nuevas. La posibilidad de hacerlo implica, también, la existencia de normas distintas a las reglas primarias de obligación.

Finalmente, el tercer defecto consiste en la ineficacia de la presión social difusa ejercida para hacer cumplir las reglas. En este tipo de sociedades siempre habrá discusiones sobre si una regla aceptada ha sido o no violada y, salvo en sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial encargado de determinar, en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación.

El remedio para cada uno de estos defectos de esa estructura social simple consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias. Para Hart la introducción de tales remedios constituye el paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico.

Hart señala que la forma más simple para remediar la falta de certeza de un régimen de reglas primarias de obligación consiste en la introducción de lo que llama una 'regla de reconocimiento'. Esta regla constituye un elemento central de su teoría. La regla de reconocimiento especifica los criterios que debe poseer una regla para ser considerada una regla del sistema. Esa puede asumir diversas formas; por ejemplo, haber sido emitida por el soberano, estar incluida dentro de determinado texto, etcétera. La introducción de la regla de reconocimiento trae consigo muchos elementos distintivos del derecho. Al proporcionar una marca o referencia autoritativa introduce, aunque fuera en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Gracias a la regla de reconocimiento, las reglas ya no constituyen un conjunto discreto inconexo, sino que se encuentran unificadas.

El remedio para el carácter estático del régimen de reglas primarias consiste en la introducción de 'reglas de cambio'. La forma más simple de dicha regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias que regulen la conducta del grupo y a dejar sin efectos reglas anteriores.

El tercer complemento para remediar la insuficiencia de la presión social difusa consiste en la introducción de reglas secundarias que facultan a ciertas personas a determinar si en una ocasión particular se ha transgredido o no una regla primaria. Estas reglas Hart las llama 'de adjudicación'.¹⁶

Según Hart, dondequiera que se acepte una regla de reconocimiento, los particulares como los funcionarios cuentan con criterios autoritativos para la identificación de las reglas primarias de obligación. En la mayoría de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se manifiesta simplemente en la práctica general de los funcionarios o de los particulares al identificar las reglas del sistema mediante ese criterio.¹⁷

Para Hart el uso de reglas de reconocimiento no expresadas es característico del punto de vista interno. Quienes las usan manifiestan de esa forma la aceptación de dichas reglas como guías de conducta. Esta actitud, comenta Hart, trae aparejado un vocabulario característico. Expresiones del tipo 'el derecho dispone que' son utilizadas por quienes identifican una regla del sistema. Este tipo de expresiones Hart las denomina 'enunciados internos' porque manifiestan el punto de vista interno y son usadas por quienes, aceptando la regla de reconocimiento y sin expresar, en la gran mayoría de los casos, el hecho de que es aceptada, la aplican para identificar como válida alguna regla particular del sistema. Esto que queda sin expresar forma el trasfondo o contexto normal de los enunciados de validez jurídica.¹⁸

Hart considera que la regla de reconocimiento, al ser la norma que suministra los criterios para determinar la validez de las demás reglas del sistema, es una regla última. Por consiguiente, tiene la peculiaridad de que, a diferencia de las otras reglas del sistema no se puede predicar acerca de su validez. Únicamente se puede predicar que existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante de funcionarios y particulares al identificar el derecho con referencia a ciertos criterios. Su existencia, por tanto, es una cuestión de hecho que, al igual que con las reglas primarias de obligación, se evidencia

¹⁶ *Ibid.*, op. cit. pp. 92-97

¹⁷ *Ibid.*, op. cit. p. 101

¹⁸ *Ibid.*, op. cit. p. 102

en las actitudes críticas de quienes la aceptan frente a la inobservancia de aquellos “obligados” a aplicarla.¹⁹

En relación con las condiciones que se deben presentar para la existencia de un orden jurídico (y que John Austin atribuía a la circunstancia de que las órdenes del soberano son habitualmente obedecidas por el grueso de la población), Hart menciona que en la medida que el derecho es un sistema formado por la unión de reglas primarias y secundarias para determinación de su existencia, se tienen que cumplir dos condiciones, relacionadas respectivamente con esas dos clases de reglas: por un lado, las reglas de conducta válidas, según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas y, por otra parte, la regla de reconocimiento, las de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o estándares generales de conducta.²⁰

Como resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, Hart destaca que no sólo se tiene la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de muchos de los problemas que han desconcertado tanto a juristas como a teóricos sociales. Ello lo atribuye Hart a que muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos, e inclusive políticos, surgen del hecho de que éstos implican realmente una referencia al punto de vista interno; es decir, el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecua a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar sus conductas y la de los demás.

Con la adición de las reglas secundarias el campo de lo que se hace y dice desde el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho. Con esta extensión aparece todo un conjunto de conceptos nuevos, como, por ejemplo, las nociones de ‘jurisdicción’, ‘legislación’, ‘validez’, etcétera, cuyo análisis reclama una referencia al punto de vista interno.²¹

3. ALGUNAS CRÍTICAS

A continuación se analizarán algunas de las críticas que han sido formuladas a la teoría del derecho de Hart para evaluar cuál es el alcance explicativo que aún tiene el modelo analítico propuesto por ese autor.

¹⁹ *Ibid, op, cit.* p. 105-108

²⁰ *Ibid, op, cit.* p. 116

²¹ *Ibid, op, cit.* pp. 98-99

a) Crítica primera

En relación con la relevancia que Hart atribuye a las reglas secundarias que confieren facultades para determinar el paso de una comunidad pre-jurídica a una jurídica, el profesor Neil MacCormick ha realizado una objeción importante.²² Comenta el profesor escocés que para Hart la introducción de las reglas secundarias que confieren facultades a una comunidad simple organizada mediante reglas primarias de obligación constituye el paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico institucional; sin embargo, esa aseveración resulta incorrecta.

Lo anterior obedece a que no hay razón para suponer que en una comunidad simple como la descrita por Hart no existan estándares o reglas revestidas de las formalidades normalmente asociadas con el ejercicio de facultades jurídicas, mediante las cuales las personas pueden modificar sus relaciones jurídicas. De hecho, en comunidades donde la presión social constituye la única sanción que respalda a los estándares y costumbres, resulta especialmente importante que los actos encaminados, por ejemplo, a transferir el dominio de un bien, v. g. una vaca, se acompañen de solemnidades públicas para que el grupo esté enterado sobre el cambio de dominio.

Si, siguiendo a Hart, describimos a las comunidades simples como aquellas organizadas únicamente mediante reglas primarias de obligación, las formalidades referidas deben ser consideradas como condiciones que exentan a los hombres de la prohibición general en contra de disponer de las “vacas ajenas”. En este caso, la regla primaria de obligación se encontraría condicionada a la no realización de ciertos actos capaces de modificar la situación jurídica de las personas.

De lo anterior se evidencia que aun las comunidades cuya organización social Hart considera pre-jurídicas cuentan con procedimientos para llevar a cabo ciertas transacciones simples. Ahora bien, no existe razón alguna que impida, en aras de una mayor simplicidad y claridad para el entendimiento del fenómeno jurídico en cuestión, que dichos mecanismos sean explicados no como condiciones de reglas complejas que establecen obligaciones sino mediante su individualización como reglas que confieren facultades.

Así las cosas, resulta incorrecto afirmar que la existencia de reglas que confieren facultades constituye una indicación indiscutible de estar en presencia de un orden jurídico institucionalizado. No es sufi-

²² MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart, cit.*, pp. 76-79

ciente que existan normas que confieran facultades para poder concluir que el sistema en cuestión constituye un verdadero sistema jurídico, sino lo relevante es el tipo de facultades que dichas normas confieren. De esa forma, debe considerarse que el paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico ocurre en la medida en que son introducidas normas que institucionalizan su vida de la comunidad.

No obstante lo anterior, la teoría del derecho de Hart se encuentra esencialmente en lo correcto al determinar que mediante la institucionalización del orden social por medio de este tipo especial de reglas (es decir, las normas que confieren facultades) dicho orden se convierte en un sistema jurídico. La imprecisión apuntada en la teoría de Hart no le resta poder explicativo a la misma, pues dicha falla es fácilmente superable si no se identifican a todas las normas que confieren facultades con las reglas secundarias.

b) Crítica segunda

En otro orden de ideas, el profesor Ronald Dworkin, sucesor de Hart en la cátedra de filosofía de Derecho de la Universidad de Oxford, sostiene que la teoría de Hart resulta inadecuada para explicar la labor de los órganos aplicadores del derecho por estar construida sobre el presupuesto equivocado que un sistema jurídico está constituido sólo por reglas. Un sistema jurídico, comenta Dworkin, no está compuesto únicamente por reglas sino también por estándares de otro tipo entre los que destaca a los 'principios'. A manera de ejemplo Dworkin se refiere al principio aplicado por los tribunales norteamericanos que estipula que nadie puede beneficiarse con su propio proceder ilícito. Menciona que los principios se distinguen de las reglas en que su aplicabilidad a un caso no es una cuestión de 'todo o nada' —o es aplicable o no lo es— sino que depende del peso relativo del principio en contraste con el de otros principios relevantes.

Según Dworkin, si se acepta la teoría de Hart de la regla de reconocimiento, los principios no podrían formar parte de un sistema jurídico, ya que esta regla identifica a las normas del sistema por su *pedigree* o su fuente. Sin embargo, los juristas reconocen la validez de los principios por considerar que su contenido es válido y no por la circunstancia de provenir de cierta fuente. No obstante lo señalado por Dworkin, debe estimarse que no hay razón para pensar que la teoría de Hart de la regla de reconocimiento no pudiera dar cuenta de los casos

en que los jueces reconocen ciertos estándares, no por su origen, sino por considerar que su contenido es justo.

Como se ha mencionado, la regla de reconocimiento de Hart se manifiesta mediante la práctica de los jueces de identificar el derecho con referencia a ciertos criterios específicos. Entre tales criterios Hart constantemente pone como ejemplo aquellas fuentes generadoras de reglas (las leyes emitidas por el Parlamento, los precedentes judiciales); sin embargo, a pesar de que Hart no se refiere a principios u otros estándares de conducta distintos a las reglas, siguiendo las líneas de su teoría, no habría razón para pensar que la regla de reconocimiento no podría incluir cierto tipo de prueba que determinara qué tipo de principios son los que pueden ser utilizados por los jueces (por ejemplo, únicamente aquellos principios que promuevan determinados valores por encima de otros). Además, como ha comentado el profesor Carlos Nino,²³ inevitablemente la situación en la que la generalidad de los jueces aplica regularmente ciertas normas por considerarlas apropiadas o justas va generando una presión en contra de las desviaciones; es decir, se genera una regla de reconocimiento que obliga a la aplicación de la norma en cuestión.

Por tanto, si bien es cierto que Hart formula su teoría del derecho haciendo referencia exclusivamente a reglas, esa sin embargo resulta adecuada para dar cuenta de la manera en que se conducen los jueces y demás funcionarios que aplican normas jurídicas del sistema.

c) *Crítica tercera*

El profesor Joseph Raz, así como Carlos Nino,²⁴ endosando la objeción formulada por el primero, han criticado la función individualizadora que Hart atribuye a la regla de reconocimiento, en virtud de que, en opinión de ellos, no consigue justificar su aserto de que todo orden jurídico tiene sólo una regla de reconocimiento. Mencionan que Hart admite que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico puede determinar distintas fuentes independientes de normas válidas: puede, por ejemplo, prescribir la aplicabilidad tanto de las normas dictadas por el Parlamento inglés como de aquellas originadas en precedentes judiciales.

²³ NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, segunda edición, 1980, p. 126.

²⁴ *Ibid*, op. cit. pp. 124-125.

Si eso es así, no existe impedimento alguno para describir la situación anterior no como una sola regla de reconocimiento que instituye dos órganos creadores de derecho, sino como dos reglas de reconocimiento diferentes, cada una de las cuales prescribe la aplicabilidad de las normas creadas a través de cada uno de los procedimientos especificados. Inclusive, llevando a un extremo contrario la teoría de Hart, podría perfectamente conceptualizarse una regla de reconocimiento que prescriba la aplicación no sólo de las normas creadas por el Parlamento inglés y los precedentes judiciales establecidos por las tribunales ingleses, sino también aquéllas creadas por la legislatura francesa, viendo en consecuencia a los derechos de esos dos países como un solo sistema jurídico.

De acuerdo con Raz y Nino, si existe alguna circunstancia que distinga la construcción de una regla de reconocimiento como la descrita por Hart en *El concepto del derecho*, que se refiere únicamente a los órganos creadores de derecho "nacionales", de las ejemplificadas en el párrafo anterior será, en todo caso, esa circunstancia y no la regla de reconocimiento lo que debe tomarse en cuenta para individualizar un sistema jurídico.

Esa crítica, sin embargo, debe considerarse infundada. La razón de ello radica en que parte de un concepto de regla de reconocimiento distinto al propuesto por el propio Hart. Para el autor de *El concepto del derecho* la regla de reconocimiento es una cuestión fáctica que se manifiesta en la práctica de los jueces de identificar las normas del sistema mediante criterios específicos. De esa forma, si, por ejemplo, existen dos tribunales (uno de ellos establece como fuentes de derecho A, B y C; y el otro en cambio establece como fuentes A, D y F) debe concluirse, siguiendo a Hart, que esos dos tribunales no forman parte del mismo orden jurídico, pues no comparten prácticas de reconocimiento idénticas, con independencia de que puedan tener en común alguna fuente (piénsese, por ejemplo, en el derecho comunitario europeo que se encuentran obligados a aplicar tanto los tribunales ingleses como los franceses). Por consiguiente, las normas identificadas por el primer tribunal y por sus similares que utilizan criterios iguales de identificación formarán un sistema distinto a las identificadas por el segundo tribunal y por sus similares. De esa manera resulta claro que, contrariamente a lo argumentado por Raz y Nino, a través de la regla de reconocimiento sí es posible individualizar sistemas jurídicos diferentes.

La conclusión alcanzada por los profesores referidos es equivocada debido a que las reglas de reconocimiento que utilizan en su ejemplo no son 'hartianas'. Esas las elaboran sin observar las indicaciones de

Hart; es decir, basándose en la práctica de aquellos tribunales que identifican las normas con base en los mismos criterios. Las reglas de reconocimiento que utilizan en su ejemplo son, por el contrario, arbitrarias en tanto que no reflejan la práctica real de los jueces de identificar normas con base en determinados criterios. Por tanto, sus conclusiones sobre la función individualizadora de la regla de reconocimiento no son en realidad aplicables a la teoría de Hart.

En vista de lo antes analizado, si bien de manera muy esquemática, podemos concluir que aún cuarenta años después de haber sido originalmente formulada la teoría del derecho de Hart, como la unión de reglas primarias y reglas secundarias, si bien con pequeñas modificaciones a la misma, sigue teniendo sin lugar a dudas el poder explicativo que su creador le atribuye para la elucidación de los fenómenos y conceptos más relevantes de la vida jurídica de una sociedad.