

ARTÍCULOS
DE REFLEXIÓN

Una aproximación a las fuentes: la regla de reconocimiento en la teoría de Herbert L. A. Hart*

Ubalda Díaz Romero

Servicio Nacional de Aprendizaje, Sede Risaralda, Colombia
Email: udiazr@sophicol.org

Recibido: 16 de enero de 2022 | Aceptado: 17 de junio de 2022
<https://doi.org/10.17533/udea.ef.348545>

Resumen: El artículo se ubica en el escenario iusfilosófico de mitad del siglo XX. Tiene como objetivo rastrear fuentes de la regla de reconocimiento de Hart tomando como partida la tesis que hace de dicha regla una respuesta ponderada al debate entre el formalismo kelseniano y la teoría utilitarista de Bentham y Austin en primera instancia. Esto se explora en las fuentes reconocidas y no reconocidas por el propio autor, por cuanto el artículo sostiene la presencia decisiva en lo metodológico de ascendientes directos en dicho trabajo como Hobbes, Hume, Malinowski, entre otros, los que otorgan a dicha regla de reconocimiento no un mero afán conciliador de las tradiciones anteriores, sino que definen su naturaleza propia y la necesidad de abordarla desde ámbitos interdisciplinarios, porque es desde la exploración del habla en contexto como ella puede rendir frutos para el análisis de los principios subyacentes en la práctica judicial.

Palabras clave: regla de reconocimiento, teoría pura del derecho, perspectiva interna, pragmática del lenguaje, teoría pura del derecho

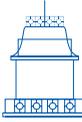
* Este artículo es uno de los productos del proyecto de investigación doctoral "Relación entre las tesis contenidas mínimos de derecho natural y regla de reconocimiento en la teoría de H.L.A. Hart", desarrollado bajo la dirección del Dr. Oscar Mejía Quintana y financiado con los créditos dondables de Minciencias, Convocatoria 727 de 2015. Realizado durante mi estancia de formación doctoral en la Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá. Finalizado en febrero 2020.

Cómo citar este artículo

Díaz, U. (2023). Una aproximación a las fuentes: La regla de reconocimiento en la teoría de Herbert L. A. Hart. *Estudios de filosofía*, 67, 127-147. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.348545>

OPEN  ACCESS





ARTÍCULOS
DE REFLEXIÓN

An approach to sources: the rule of recognition in Herbert L. A. Hart's theory

Abstract: The article is located in the iusphilosophical scenario of the mid-twentieth century. Its objective is to trace the sources of Hart's rule of recognition, taking as its starting point the thesis that makes such rule a weighted response to the debate between the Kelsenian formalism and the utilitarian theory of Bentham and Austin in the first instance. This is explored in the sources recognized and not recognized by the author himself since the article claims a decisive presence in methodology of direct ancestors such as Hobbes, Hume, Malinowski, among others. These do not grant to the mentioned rule of recognition a mere conciliatory desire of the previous traditions, but they rather define the nature of the rule and the need for it to be addressed from interdisciplinary fields because it can bear fruit for the analysis of the underlying principles in judicial practice from the exploration of speech in context.

Keywords: rule of recognition, pure theory of law, internal perspective, pragmatics of language, pure theory of law.

Ubalдина Díaz Romero es Licenciada en Educación y Abogada, Magister en Filosofía-Ética y Filosofía Política, es doctora en Filosofía por la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es investigadora independiente.

ORCID: 0000-0003-2610-605X



Introducción

En *El concepto de derecho* de Herbert Hart (2011), texto desde donde inicialmente parte este trabajo, se despliega un esfuerzo metodológico que echa mano de múltiples recursos para establecer sus tesis. Por ello aquí, se tienen en cuenta nociones como las *desterritorializaciones*, desplazamientos que operan de modo transdisciplinar, señalando, empero, que ellas no son privativas de una época o pensamiento; algo de forma similar se encuentra en la reconstrucción de relaciones tales como las que se entablan entre *siervo y amo*, por ejemplo, exploradas en Nietzsche (1972); o en los escritos de Bentham (1839; 1983; 1966; 2008), analizados por Hart.

En efecto, algunos conceptos del derecho —que la tradición del mismo nos ha mostrado como constituidos de modo autónomo, aislado y depurado—, no fueron sino producto de una decantación de factores de distinto orden. Es contrasentido, para Deleuze y Guattari (1993), pensar en la filosofía como formación discursiva. Y es que, el quehacer filosófico no lidia con proposiciones, ya que éstas suponen una carga referencial, dado que se refieren a estados de cosas, a los que dichos autores no atribuyen la facultad de hacer filosofía. Por ello, afirman, los conceptos “no son funciones de estados de cosas” (Deleuze y Guattari, 1993, p. 146). Con base en esa acepción del concepto como multiplicidad de componentes, más allá de pensar el *contexto referencial*, entendido como coordenadas fijas de un acontecimiento, se dará paso a ese entrecruzamiento propuesto por Deleuze y Guattari (1993) de planos de inmanencia, a acontecimientos entendidos como *desterritorializaciones* y a acontecimientos entendidos como *agenciamientos*. Guardando la distancia debida entre esa noción móvil y de entrecruzamiento continuo de planos del concepto filosófico, declarada por los filósofos contemporáneos citados, y la *vocación referencial* de los conceptos jurídicos tratados aquí, se suscribe parcialmente la metodología desarrollada por Deleuze y Guattari.

Desarrollo

1. Planos traslapados en el siglo XX: Derecho, lenguaje y filosofía

Para ahondar en ese escenario en movimiento aludido líneas atrás, es pertinente destacar: a) el ámbito de surgimiento de la Teoría Pura del Derecho y la posterior crítica hartiana a dicha teoría; b) la crítica a la noción del derecho imperativista de Bentham y Austin y, c) la revisión de la crítica iusnaturalista planteada por Bentham (1839; 1983; 1966; 2008).

Comprender la coyuntura histórica de Kelsen exige mirar rápidamente los acontecimientos en medio de los cuales se forjó su obra. Recordar, por ejemplo, que cuando publica en 1911 la obra *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado* (Kelsen, 1987), ya anuncia en sus páginas el propósito de reconstrucción radical que se

propone de los elementos de la norma jurídica, insistiendo en la determinación formal de dicha norma como asunto prevalente para pensar un orden jurídico. Y esta prioridad, que impulsan a partir de 1914 los acontecimientos sobrevinientes de la primera Guerra Mundial, se convierte —según Paulson— en la obsesión por la cual trabajará Kelsen durante cinco décadas: la individualización de la norma jurídica (Paulson, 2011).

Particularmente, encuentro frágil este modo utilizado por Paulson para presentar un proyecto cuyo objetivo central es lograr una autonomía que brinde al sistema jurídico la capacidad para sostener su independencia frente a asuntos políticos. Al afirmar que el propósito de Kelsen fue la individualización de la norma jurídica, no parece que se abarca lo que es en realidad el objetivo de la empresa kelseniana, pues ésta hay que encuadrarla en el marco de las coyunturas político-sociales de la época. Ciertamente, ello no da para pensar que se tratara no más de una individualización de la norma dado que el contexto histórico que enmarcó su desarrollo fue de orden político y, más parcialmente, de orden moral. Lo que se observa es la constante preocupación metodológica, meta volante o estratégica, por la exigencia de consistencia y autonomía para un sistema jurídico.

La *Teoría pura del derecho* (2016; en adelante TDP) refleja de modo inverso, el plano de las desterritorializaciones: ante un plano referencial de acontecimientos donde se hace densa la cuestión política la TPD, se rebela haciendo efectivo ese deseo de depuración normativa que recorre su estructura.

Es este el panorama en el cual se cruzan planos que hacen de una teoría o de un paradigma dentro de una disciplina de conocimiento el lugar donde se forman *rocas*, constituidas a partir de distinto tipo de sedimentaciones de diversas procedencias y diversas propiedades. Por ello, en un esfuerzo por arribar a un *agenciamiento* en el derecho como intento por someter la fugacidad del acontecimiento, la TPD que propone Kelsen se centra en la consideración de la *norma positiva* como el objeto de estudio *exclusivo* de todo jurista. Y no es gratuita la inclusión de esta categoría en los componentes de dicha teoría. Podría decirse, a riesgo de simplificar mucho las cosas, que la empresa cuyo fruto fue la TPD, viene a ser la separación del derecho del ámbito de lo político, lo cual realiza llevando a cabo las siguientes críticas fundamentales: a) crítica al dualismo de la fundamentación iusnaturalista de un sistema jurídico y, b) crítica a la teoría tradicional jurídica en cuanto a la confusión entre persona física y sujeto de derechos.

Sin embargo, es justo ampliar el contexto histórico-teórico para comprender la génesis de tales críticas y su impacto en la reflexión iusfilosófica. En efecto, hacia las primeras décadas del siglo XX, el llamado atomismo lógico luego del despegue por Frege a fines del XIX, obtiene con Russell, Carnap, Ayer, entre otros, un auge significativo y floreciente en la filosofía anglosajona como una de las ramas exitosas del desarrollo de la filosofía analítica. Con Russell entra en contacto Wittgenstein quien, en cierta forma, cierra el plano correspondiente al agenciamiento de dicho auge.

En dicho contexto esbozado aquí a grandes rasgos, se mantiene una concepción de la filosofía como saber no-sustantivo, es decir, no positivo, o sea, como simple

preparación para la ciencia. Es en ese escenario en el cual se ubica la indagación por los límites del conocimiento y el rol del lenguaje considerado en todas sus dimensiones como el nicho de la actividad cuyo resultado es el *conocimiento*. Es sabido empero, que la conexión lenguaje-mundo en la especulación filosófica se remonta a los tiempos de la Grecia antigua, prosigue a lo largo de la Edad Media y se incrusta de lleno en el sentir de algunos filósofos modernos. Aunque desborda el objetivo de este artículo dar cuenta de esa dimensión pragmático-lingüística en toda su extensión, por exigencia metodológica del enfoque elegido se ha de partir de referencias situadas en un pasado reciente, teniendo en cuenta que, en el siglo XX, al decir de algunos filósofos y lingüistas, se produce el *giro lingüístico* en filosofía, que desecha el enfoque instrumental del lenguaje en la reconstrucción del pensamiento filosófico a favor de la dimensión pragmática del mismo lenguaje, como ocurre en *Investigaciones Filosóficas* (Wittgenstein, 2017), obra póstuma de Wittgenstein publicada en 1953, quien se dedica a mostrar en clave lingüística, la actividad filosófica misma en toda su desnudez y dependencia del lenguaje. Es este trabajo de Wittgenstein el encargado de poner en tela de juicio, es decir, cuestionar la labor desarrollada por Russell, Ayer, Carnap, entre otros –y su propio trabajo, además– acuñando para ello, nociones tales como *formas de vida*, *juegos de lenguaje*, entre otras.

Cuando asumimos la dimensión pragmática, lo que constituye a algo como lenguaje es el continuo y eficaz entendimiento que generan entre miembros de una misma comunidad los gestos, las miradas, los silencios; de que en tanto haya una aceptación y cumplimiento de expectativas de quienes participan en la situación de comunicación, puede afirmarse que aquello *funciona*. Funciona, en tanto que es útil, está activo y es adecuado para lo que se usa. Funciona, en tanto es capaz de cumplir una tarea determinada. Y, ¿cuál es esa función en dicho contexto? Para los propósitos de la comunicación, es el entendimiento, la comprensión de las pautas o criterios y el comportamiento consecuente con la observación de dichas pautas o criterios.

Siguiendo con el entrecruzamiento de planos disciplinares y dejando ya esbozado el contexto de surgimiento de la TPD, nótese que hacia mediados del siglo XX, se hace visible la actividad de la Escuela de Frankfurt, por una lado, y de la Escuela de Oxford (Stadler, 2011), por otro, la cual constituye una línea de reacción contra los filósofos del Círculo de Viena, principalmente porque el trabajo de los primeros, los de Frankfurt, se nutrirá de manera preponderante del análisis de las transformaciones en el seno de la sociedad. Para quienes se pregunten por la pertinencia de estas menciones, dada la aparente disparidad entre una escuela y la otra, recordemos que en este artículo se indaga para establecer las posibles fuentes de origen de la tesis de la regla del reconocimiento y el espectro es amplio.

Estas razones justifican ampliar el contexto del problema en estudio son entre otras que, por ejemplo, en el cuestionamiento a Bentham y Stuart-Mill, Hart reenvía la atención a la necesidad de hallar argumentos distintos para soportar la idea de una norma básica y consistente capaz de dar sistematización a un conjunto de normas

particulares. Y es aquí donde intervienen los textos de Winch, porque es en Winch donde aparece, para Hart, el componente para comprender la acción social: el conocimiento de los criterios que guían las prácticas o evalúan las mismas; es decir, puntos de referencia que sirven de apoyo para evaluar la justeza de un comportamiento. Afirma Winch (1990):

con arreglo a sus propias normas se mantiene la vida organizada en una comunidad, llámese primitiva, adelantada o contemporánea. No quiere esto decir que no cambie la regla: lo que no cambia es su formulación, pero sí el sentido expresado en ella (p. 63).

Siguiendo la línea del análisis de Hart a las reflexiones de Bentham podemos afirmar que su lectura proporciona elementos que arrojan nueva luz sobre tesis desarrolladas en *El concepto de derecho*. En la disección de las conexiones propuestas por la teoría benthamiana, es posible vislumbrar el modo como se va configurando progresivamente la demarcación de hitos que conforman el punto de partida de la teoría hartiana. Porque, tal como afirma Mañalich (2012):

La crítica a la concepción imperativista de la legislación va asociada a la defensa de una tesis ontológicamente pluralista acerca de los componentes de la infraestructura del sistema jurídico, que renuncia a entender las reglas que confieren potestades como meros *fragmentos de normas* (p. 572).

Esto es, que en la ruta metodológico-crítica hartiana trazada para el análisis de la postura imperativista, no sólo se incluyen argumentativamente los puntos de inconsistencia que presenta en su cuerpo doctrinal la tesis desarrollada, mostrando la precariedad de las razones en que se funda, sino que, a la vez que se trabaja con un tipo de argumento que va presentando las razones específicas que sostienen dicho análisis, al tiempo se van introduciendo poco a poco alternativas categoriales de orden pluralista y consecuentes con el modo *como* funcionan las instituciones sociales en el seno de un orden determinado.

Esos son los retos de Hart: apartarse de una idea metafísica de validez jurídica, de una concepción monista del derecho, pero también de una explicación sicologista de los elementos de la noción de obligación al tiempo que cuestiona, de modo radical, una idea de lo jurídico signada por la coerción. Porque, en esta evaluación de la noción clásica de obligación emparentada con la idea de obediencia, se cuelan elementos del ámbito moral convencional o tradicional no compatibles con el modo de relación peculiar, pero no necesaria, que él irá tejiendo para dar cuenta de esta imbricación de asuntos morales y jurídicos. Éste es el punto neurálgico donde se ubica la apuesta hartiana: mostrar la autonomía de un orden jurídico, pues éste es capaz de prevalecer aun cuando gravite sobre él la acusación de injusto; o, por el contrario, mostrar la posibilidad de existencia de órdenes jurídicos apoyados en reglas morales que contribuyen a su existencia, mediante la exhortación a seguir las reglas jurídicas.

La crítica inicial de Hart a la teoría imperativista tiene como objetivo desvirtuar el modelo simple que asemeja la norma jurídica a órdenes y amenazas (Austin, 1994). En la Primera lección de *The Province of Jurisprudence Determined* (Austin, 1994) realiza el jurista inglés una aproximación al concepto de norma jurídica a partir del método de eliminación. Procede concediendo, en principio, la existencia de varios tipos de reglas o leyes, y distingue la ley de dios de las leyes humanas. En este último grupo hace clara la presencia de dos subgrupos: las leyes dictadas por superiores políticos y aquellas dictadas por aquellos hombres no políticamente superiores. Entre estas últimas ubica a las leyes que él denomina *leyes impropriadamente, pero por rigurosa analogía* denominando a este grupo *moralidad positiva* (Stadler, 2011). De esa forma las leyes que interesan a la jurisprudencia, es decir a la Teoría del Derecho, son las pertenecientes al Derecho Positivo. Y éstas se ubican en el primer grupo de las leyes humanas, es decir en el grupo de las leyes dictadas por superiores *políticos*. En la aclaración de términos que a continuación hace, lleva a cabo la equiparación de sentido entre orden, deber y sanción a los que llama *términos correlativos* conectados de modo inseparable (Austin, 1994). A la base del término *sanción* presenta la noción de *daño* o *castigos*, pero más adelante, aclara que los castigos son una especie restringida en el ámbito de las sanciones. De la misma manera, las leyes o reglas son una subespecie dentro del campo de las órdenes. Complementaria a esa clasificación de las leyes, avanza Austin la distinción entre lo que es el carácter específico de una ley o regla, a saber, la noción de una orden o mandato genérico y no una orden particular u ocasional.

Como es posible apreciar, aquí aún no se está pensando en el Derecho como un conjunto sistemático de leyes positivas separadas de lo político. Por tanto, la noción de orden está estrechamente vinculada a la idea de mandato imperativo, dictado por un superior político, en un sentido claramente hobbesiano. No existe, por tanto, una alusión siquiera lejana a la idea de regla en términos sociales, es decir, como una pauta generalizada de comportamiento que se sigue o se prescribe para alcanzar aquella dimensión del *Orden* que aparece en el lema de Augusto Comte (Stadler, 2011). No es esa la idea de orden que aquí aparece.

Cuando indagamos en los componentes de la idea de superioridad en Austin, explícitamente nos señala que el sentido de dicha idea de superioridad está en la idea de poder: “poder de infligir a otros un daño o un dolor...o (poder) forzarles a ajustar su comportamiento a los deseos de uno mediante el temor a ese daño” (Austin, 1994, p. 193). Tal vez nos hayamos acostumbrado demasiado a ver en los desfiles militares, donde reina la uniformidad, ese despliegue del poder monumental de un gobierno, dictadura o de un regimiento militar. Entonces, la idea del orden como *obediencia al unísono*, como la expresión máxima del poder político, sugiere la posibilidad de poner a marcar un paso al mismo tiempo a cientos de miles en un regimiento, o la capacidad de una organización llena de numerosísimos miembros ubicados en centenares de departamentos o sitios de producción, para suministrar en un momento preciso, en un instante, un informe de rendimiento de cada dependencia.

El orden social, el orden mundial, el orden jurídico son expresiones que cargan con la impronta positivista de *orden y progreso*, pero definitivamente aquí se trata de una noción de orden que alude a la radical organización de los elementos de un todo: no un caos, sino un universo de ideas, y en este caso, de leyes.

2. Crítica al agenciamiento: La Teoría Pura del Derecho

En este momento es preciso volver a Kelsen, pero bajo la lupa de Hart. El carácter de supuesto gnoseológico de la norma fundamental en Kelsen ha sido apreciado críticamente por muchos tratadistas y, sobre todo, se cuestiona su capacidad para dotar de sistematicidad a los órdenes jurídicos particulares; sin embargo, su alcance es tal que llega a afirmarse que “sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica” (Cracogna, 1987, p. 148). Esta tesis aparentemente fuerte del profesor Cracogna hace necesario recordar que Kelsen distingue de modo taxativo entre la TPD y la Ciencia Jurídica, y su presentación de la norma fundamental está ligada de modo inequívoco al contexto de la TPD siendo dicha norma fundamental su sustento extrajurídico.

¿Por qué afirmaría Cracogna que sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica? ¿Quizá porque su tesis particular final se sitúa en el campo axiológico? ¿Quizá porque, al igual que Kelsen, no desconoce el peso significativo que tienen tanto los valores más próximos al universo jurídico como los imperantes en el universo extrajurídico? Dado que se parte del supuesto gnoseológico, algún contenido debe haber en dicho supuesto que pueda llegar a hacerse visible, como huellas o rasgos en la composición estructural de la norma jurídica. Sólo así podría interpretarse como realmente categórica la afirmación citada.

Para colocar en contexto la lectura crítica de Hart respecto a la norma fundamental, es preciso señalar la dimensión lógica y epistemológica en general de la TPD. El aporte de la *dimensión lógica* —que es la elección metodológica kelseniana— se aprecia, por ejemplo, en el capítulo dedicado al análisis de la norma jurídica. La distinción analítica entre *acatamiento*, como mandato dirigido al sujeto, y *aplicación*, mandato dirigido al órgano estatal y sus funcionarios, es de utilidad porque expone explícitamente el carácter de la *obligación* kelseniana. En su búsqueda de separación de lo moral y los juicios jurídicos, Kelsen opta por dar la primacía al problema de la aplicación (Paulson, 2011) del derecho.

Con ello, desestima la cuestión del *acatamiento prima facie* como la nota distintiva de la *obligación* jurídica, (lo que en Hart es prioritario, al abordar el punto interno del derecho) porque por esa vía su propósito de hacer viable la teoría de la separación entre derecho y moral tendría que entrar a resolver múltiples problemas que le llevarían forzosamente a tener que adentrarse en las motivaciones o decisiones del sujeto que supone el *acatamiento*, y con ello, emplearse a fondo en la escisión de los asuntos morales. Pero si miramos bien, el *acatamiento* es la cara en penumbra de la aplicación, porque en el ejercicio de aplicación va implícito el *acatamiento* en cabeza

del funcionario. Un juez aplica la sanción a la conducta antijurídica, no en uso de una facultad libremente ejercida, sino en acatamiento a una función a la cual ha sometido su voluntad en cuanto funcionario público. Por otra parte, la *dimensión epistemológica* tiene en Kelsen la esperada conexión con su dimensión metodológica: una persistente vocación por el entramado lógico-deductivo que hace de las normas jurídicas categorías tales, que en su formulación rinden tributo al principio clave del ordenamiento en Kelsen a saber, el de imputación, dado que éste es el principio *sine qua non* para la concreción de la *aplicación*, dimensión reinante en dicha teoría.

La dimensión epistemológica en la TPD es una apuesta a la noción de derecho como orden sistemático ligada a la pretensión de universalidad, tan cara al pensamiento ilustrado y a los filósofos que intentan reparar el ideal de la Modernidad (Habermas, 2008). Dado el horizonte teórico que distingue el ejercicio de reflexión en Kelsen, su noción de norma fundamental va a estar subsumida en esa dimensión epistemológica. Aunque una Constitución —en el sentido jurídico que hemos destacado en nuestra investigación— es la Norma entre las normas, aquella de la cual deriva todo el desarrollo legislativo, hay una que le es previa: la norma fundamental que echa raíces por fuera del contexto de un sistema jurídico. Una norma —que no es Norma— y que no reclama sitial dentro del ordenamiento. Pero ¿por qué no lo reclama? Kelsen dice categóricamente que su teoría es una teoría sobre el Derecho —el cual es el derecho positivo para su segunda elección definitiva en el acotamiento de su teoría— y el problema de los fundamentos desborda cualquiera aproximación, dadas sus premisas y elecciones básicas iniciales (Kelsen, 2016).

Teniendo en cuenta esta contextualización de su teoría y la categorización prevalente en la misma, ya estamos en mejores condiciones para comprender a qué llama Kelsen normas primarias y secundarias, y contrastar con Hart.

Normas primarias y secundarias en la Teoría Pura del Derecho

En el Capítulo tercero de la TPD aparece la noción de norma *primaria* y *norma*, pero tales definiciones hay que situarlas debidamente en el contexto teórico-formal de esta teoría. En el enfoque del derecho como un orden coactivo, una norma primaria es aquella que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción (Kelsen, 2016); su condición de primaria la da el hecho de hacer explícito el principio de imputación. Por su parte, la norma secundaria es aquella que enuncia la conducta aceptada que no es objeto de sanción. Si seguimos la línea interpretativa de Kelsen, la norma secundaria sería lo que él llama en páginas anteriores normas *jurídicamente indiferentes* dado que no comportan el elemento coactivo.

En el caso de Kelsen no existe una suerte de *patrón de correspondencia* entre las normas primarias y las normas secundarias. Ellas no responden a la idea de complementación dado que una norma primaria es completa, acabada y, de existir una norma secundaria relacionada, ésta no hace sino reafirmar la potestad de la anterior, es decir, de la primaria para imputar la sanción a la conducta ilícita, pero desde una postura

meramente declarativa. Esta división de normas no parece proyectar una distinción relevante para el sistema jurídico. Sólo reafirma la calidad de la norma primaria.

En el esquema lógico provisto por la norma jurídica positiva que ya vislumbra Kelsen en *Problemas Capitales* (1987), se manifiesta la doble faz de la norma en tanto puede ser aplicada o acatada: es éste, a nuestro modo de ver, el punto de inflexión donde se situará Hart en el esfuerzo teórico que le lleva a la explicitación de su tesis central. Es esta distinción —pero con otro contenido— la tomada en la teoría hartiana como fuente para el concepto descriptivo del derecho como unión de reglas primarias y secundarias. De esto no se infiere que, al dividir las reglas del derecho en primarias y secundarias, adoptando la denominación ordinal ya utilizada por Kelsen al desarrollar su noción de normas jurídicas positivas, estemos afirmando que el contenido de las normas primarias y secundarias de Kelsen con las reglas primarias y secundarias de Hart sea equivalente. Nada más lejos de la intención de ambos juristas.

En esa línea, las dimensiones del acatamiento y la aplicación acaparan la atención. Y al revisarlas se observa que, si aplico una lente de precisión a las conductas representadas por dichos términos, el asunto se resuelve en una sola especie, y ésta se llama *Obligación*. No se trata de un doble efecto: es la conjunción de un doble rol, el del agente judicial y el ciudadano de “a pie”, el cual es susceptible de verse reflejado en la norma. O, para decirlo con términos de extracción kelseniana: es la dualidad de conductas en las que converge la norma lo que hay que mirar.

Obligación y *Authoritas* en la norma fundamental de Kelsen

Pero la pregunta que se nos impone ahora para retomar el hilo de nuestra indagación es: ¿cómo relacionar este carácter de la norma fundamental (que no es jurídica) con las nociones de obligación y aplicación insertas en la consideración de la norma fundamental kelseniana?

Entre *authoritas* y obligación no existe escisión para Kelsen. Obligación, en sentido estricto, es la que corresponde al agente judicial en tanto él es el encargado de aplicar la norma; obediencia, lo que se espera del ciudadano común. De modo que en Kelsen se enfatiza es el componente de la autoridad que ejecuta o realiza el derecho a través de su aplicación. Sólo quien tiene autoridad puede aplicar la norma. Así, la noción de obligación aparece escindida en dos horizontes: uno, el que corresponde a la obediencia primaria, rasa, del sujeto de derechos visto aquí como el ciudadano particular; otra, la que corresponde a la obligación en razón de las facultades y autoridad devenida que es la del funcionario que aplica la norma y que es el encargado de tomar la decisión judicial. En Kelsen, lo que constituye obediencia del sujeto particular es el producto de un *acto de voluntad*, por el cual el ciudadano reconoce como propio y particular de la sociedad en la que vive a ese determinado orden jurídico.

Dado que mi propósito es hallar algún tipo de conexión o de contraste entre la norma fundamental —regla de reconocimiento al modo Kelsen— y la noción de Regla de reconocimiento, pretendo ahora abrir en perspectiva diacrónica cuáles

son esos otros recursos que pueden dar cuenta de la construcción de la Regla de reconocimiento.

3. De norma fundamental a regla de reconocimiento

Dado que el propósito de nuestra investigación es caracterizar lo que a su vez entiende Hart por algo parecido a norma fundamental, es conveniente retomar los hilos del profesor Kelsen para comprender a qué contesta Hart en su tesis de la Regla de reconocimiento.

En principio digamos que el lugar que se asigna a la norma fundamental en la TPD es el de “ser la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas” (Kelsen, 2016, p. 112). El desarrollo que hace el maestro Kelsen de esta idea controvertible y controvertida deja ver los altos y bajos de un terreno en el cual derrapa la noción de esta hipótesis básica. En efecto ha afirmado que es una hipótesis básica que hace posible “los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos” (Kelsen, 2016, p.112), la cual sólo puede delimitarse como *un supuesto gnoseológico que hace posible concebir como unidad un conjunto de normas cuya existencia se justifica porque sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica*. Por lo tanto, esta noción desempeña un papel constitutivo como categoría en sentido kantiano. “No es una norma puesta por ningún legislador humano ni tampoco una norma de Derecho Natural” (Cracogna, 1987, p. 148).

En el desarrollo propuesto por el profesor Cracogna, el supuesto gnoseológico de la norma fundamental o norma básica *conlleva la afirmación de la presencia de un juicio de valor*. En síntesis, de conformidad con la TPD, la norma fundamental no es susceptible de juicios *jurídicos* de valor –los únicos que la ciencia del Derecho admite como objetivos– por no hallarse aquélla subordinada a otra norma jurídica. En cambio, sí es posible “formular a su respecto juicios de justicia, que son de naturaleza subjetiva” (Cracogna, 1987, p. 151). El punto de referencia de Kelsen es palabras más, palabras menos, una ficción: no es un elemento de procedencia iusnaturalista, pero tampoco una norma emitida por una autoridad particular. Pero, según Cracogna, la clave para comprender la naturaleza de tal norma, nos la da la exposición de Kelsen sobre la distinción entre juicios jurídicos de valor y juicios de justicia. Afirma Kelsen que los juicios emitidos sobre normas jurídicas positivas son juicios jurídicos de valor, pues declaran la conformidad de la norma de que se trate con aquella otra que le sirve de soporte. Ahora bien, los juicios de justicia son los juicios particulares que cualquier persona puede hacer respecto a los contenidos de ciertas normas positivas, y que son juicios de naturaleza subjetiva, sin cabida en el ámbito de un sistema jurídico. Por tanto, no puede ser objeto la norma fundamental de juicios jurídicos, por rebasar dicho ámbito. Pero sí puede serlo de juicios de justicia. Y es aquí donde el profesor Cracogna acude a una segunda distinción: la de norma fundamental en sentido abstracto y en sentido concreto.

Esta perspectiva abstracto-concreta le permite arribar a la consideración en virtud de la cual, aunque supuesto gnoseológico y desprovista del título de norma jurídica positiva,

hay un contenido en el mencionado supuesto (esto es, en la norma fundamental de Kelsen) que es prescriptivo, el *llamado a la obediencia a un orden jurídico determinado*. Llamado que viene validado por el principio de efectividad expresado por Kelsen como principio de la norma básica general. Si esto es así, el llamado a obedecer las normas de un sistema jurídico determinado implica el sometimiento a un valor que en este caso es el valor del orden. Esta es la conclusión a que arriba el profesor Cracogna (1987). Lo que no logro entender es cómo un supuesto gnoseológico (ahora llamado “norma en sentido concreto”), supuesto que sólo puede ser objeto de juicios de justicia, calificados como juicios subjetivos por Kelsen, puede suministrar un principio de efectividad; ¿de dónde puede provenir el llamado a la obediencia que pregona Kelsen y que acepta Cracogna, cuando dicha norma no porta una justificación que le imprima la fuerza que se espera para ejercer autoridad y promover la obediencia?

Sólo si me circunscribo al contexto estrictamente teórico en el que se ubica la *Teoría Pura del Derecho* puedo comprender parcialmente esta postura de Cracogna poco concluyente. Pero en ese sentido, aceptar como *fundamentadas debidamente* las constituciones de Estados y las leyes particulares y decisiones judiciales derivadas de ellas, constituciones apoyadas en ese evasivo valor del Orden débilmente soportado por la norma fundamental en Kelsen, riñe con una noción de formas de vida. Riñe con la autonomía reclamada por los grupos humanos históricamente para darse normas de convivencia armónicas con un estilo o hábitos de convivencia.

Justificar, encontrar razones para la elaboración de una teoría jurídica que privilegia la forma, se convierte en tarea cómoda cuando podemos recorrer aquellos planos de la historia en que se produce cierta secuencia de desterritorializaciones que comprometen una idea de orden y autonomía política. Lo que ocurre con la TPD es lo propio de una tarea urgida por los acontecimientos y la reconfiguración necesaria brotada de procesos de avance en el orden de las relaciones entre ámbitos de decisiones políticas y jurídicas. Podemos poner en cuestión el supuesto gnoseológico de norma fundamental suministrado y desarrollado en la TPD, pero nunca prescindir de tal teoría de forma radical, puesto que fue la mejor respuesta en un momento dado, para la aparición de relaciones inéditas entre grupos al interior de la sociedad europea para su época de surgimiento. Por tanto: ¿No sería, más bien, que fue un *principio de contexto* el que dio la fuerza necesaria para la consolidación exitosa de dicha teoría? ¿Por qué logró un presupuesto del tipo norma básica kelseniana constituirse en guía de acción que orienta a jueces al aplicar, a legisladores al legislar y a ciudadanos al acatar normas en las diversas dimensiones de su vida interpersonal? ¿Qué se encuentra en el trasfondo de dicha aceptación?

En esa línea discursiva bajo la cual planteamos esta pregunta, podemos afirmar que cuando se habla de un supuesto gnoseológico como condición de posibilidad de una concepción sistemática, lo que queda claro es un referente kantiano en la ruta de Kelsen. Este primer Kelsen, sigue la ruta crítica del kantismo al incorporar el *como si* de la *Crítica de la Razón Pura* a su reflexión sobre la validez de la norma jurídica positiva (Kant, 1995).

Lo característico de una ciencia jurídica, esto es, una disciplina del conocimiento cuyo objeto sea la norma jurídica, es el estudio de éstas y la elaboración de un método para desarrollar dicho estudio. Tal empresa arranca con un propósito: el de caracterizar la naturaleza y relaciones de normas llámense sociales o morales, que permiten delimitar el universo de las normas jurídicas. El trazarnos el objetivo de caracterizar ese universo a través de la explicitación de las relaciones entre los diferentes tipos de normas sólo tiene un sentido: dotar de unidad ese complejo que en síntesis está constituido con base en la necesidad de proporcionar guías de conducta a una comunidad humana. Porque, aun cuando pueda señalarse su autonomía *prima facie* frente a las restantes normas, es en la identificación de sus estrechas relaciones con aquellos grupos de normas donde hallamos la razón de ser de la norma jurídica.

Para la ciencia jurídica, a mi modo de ver será prioritario identificar el nexo que semeja puente levadizo, anclado por un lado en normas constitucionales que proclaman el derecho a la vida, por ejemplo, y la disposición jurídica que restringe ciertas conductas que pongan en peligro ese derecho, y por otro en las condiciones de posibilidad de la convivencia humana. Pero tal tarea no podrá emprenderla si queda acotado su objeto a solo el acceso a la norma jurídico positiva. Por tanto, requiérese un replanteamiento de la noción de derecho, si aspira a cumplir con su objeto la denominada ciencia jurídica. No importa que algunas conductas no estén, por ejemplo taxativamente señaladas como funciones públicas dentro de un código administrativo, para que una autoridad de ese tipo que tiene a su cargo la salud pública y enfrenta una epidemia, emita una decisión cuyo propósito es colocar bajo control la situación, cobijada por una facultad que le autoriza a actuar de esa manera, limitando incluso con su decisión derechos constitucionales que declaran libertades individuales que, en dicho momento, pueden reñir con la situación de salud pública creada.

He allí la importancia de la ciencia jurídica, a mi modo de ver. Ella será la portadora y eventual descubridora de las *reglas de derecho sustanciales* implícitas en las relaciones que se establecen entre diversas normas jurídicas positivas. Son estos aportes de la teoría del derecho en Kelsen, a saber, la distinción entre el objeto de estudio de la ciencia jurídica (aún con la circunscripción a la norma jurídica positiva en que insiste) y el objeto de análisis del sistema, así como la determinación de la estructura del sistema, los que abren una puerta para el derrotero hartiano, pues trazan una línea expedita que prepara el terreno para la consideración de la posibilidad de dotar de autonomía el estudio de las normas, ya no como meras normas jurídicas positivas, sino como reglas de derecho esta vez con respecto a sus parientes de crianza, que serían las normas morales.

Son las *reglas de derecho*, entonces las que declaran la naturaleza unitaria de un conglomerado de normas que, por su distribución prolija en los diversos frentes en los que se realiza la actividad judicial, puede incluso desdibujar su sentido y orientación. Por ello las *reglas del derecho* vienen a jugar un rol de importancia relevante: porque

son capaces de dar sentido a la más abstrusa de las normas positivas, ubicándola en el lugar que le corresponde, haciendo explícitas sus relaciones con las demás normas y con las condiciones de su formación en un momento dado.

Para algunos estudiosos de la TPD, como hemos visto en párrafos anteriores, la existencia de un grupo de normas jurídicas alcanza unidad sistemática gracias a un criterio fundamental de orden axiológico, un tipo de valor denominado *Orden*, que se expresa en la prescripción de niveles jerárquicos a las normas que lo forman. A través del valor *Orden*, se hace posible organizar los diferentes frentes de la vida social en una comunidad dada. Es dicho Orden la premisa mayor en *Las lecciones del Espíritu Positivo* (Comte, 1984). Pero ¿qué distancia hay entre la noción de orden y la noción de regla? ¿Cuál es la naturaleza de esta noción de Orden en cuanto a su procedencia? Obviamente, la idea de orden aquí aludida es la misma noción derivada de la visión en virtud de la cual objetos, sucesos, personas, se agrupan en función de sus similitudes, sean éstas de atributos, o de movimiento, o de efectos. Cuando algo está ordenado, decimos, *está cada cosa en su puesto*.... Ese *su puesto* indica que se halla en el lugar correcto. ¿Correcto de acuerdo con qué? De acuerdo con un referente previamente fijado. Cuál sea la naturaleza de tal referente, no debe importar describirla en detalle. Pero para el caso de la TPD, es claro que se trata de un referente asociado a la construcción lógica de conceptos.

Trazado este amplio panorama de motivos y razones en la elaboración de la TPD, pasemos ahora a caracterizar cuál es ese eje de la discusión entre Kelsen y Hart, que es de interés propiamente para lo que aquí hemos identificado como problema de esta investigación. Para ello, hay que encuadrarse en principio en la diferencia cardinal entre los dos autores. A mi modo de ver, el eje en el cual se apoya esa diferencia cardinal es, antes que conceptual, metodológico. Y para justificar esta aseveración, afirmo que la elección metodológica es clave para la distinción entre normas y reglas.

4. Obligación y *Authoritas* en una regla de reconocimiento

Reglas primarias, reglas de obligación

Identificadas por Hart en el mundo pre-jurídico, podríamos decir que *prima facie* las reglas primarias y las reglas de obligación envuelven por igual tanto hábitos de obediencia como aceptación. Pero, a juicio del profesor Hart, estas nociones, a saber, “obediencia, hábitos, amenazas, generalidad son nociones simples que impiden entrar a profundidad en lo que es característico del derecho” (Hart, 2011, p. 193). En efecto, han sido objeto de cuestionamiento en los capítulos II, III y IV del *Concepto de Derecho* (Hart, 2011) al realizar el examen crítico de la teoría imperativa del derecho. De modo que es prístino cómo desde el examen de los elementos constitutivos de la teoría imperativa, y su ambigüedad para determinar el rol de los que ejercen como funcionarios públicos, su concepto de autoridad anclado en la sumisión a las órdenes del soberano, comienza a filtrarse la imagen de una regla que da cuenta de ese carácter social de lo normativo que subvierte la dupla obediencia-obligación en un sistema dado.

En el esfuerzo desplegado por distinguir las reglas de las morales, Hart dedica buena parte del capítulo V a las características distintivas de reglas primarias y secundarias. Pero esta tarea no culmina aquí, porque en el capítulo VIII va a elucidar los alcances de la regla de reconocimiento y allí, al abordar el problema de la validez, vuelve a dar cuenta de las características de las reglas de obligación, porque debe referirse al aspecto interno de las reglas para señalar dicho alcance. Allí inicia llevando a discusión las teorías que señalan conexión necesaria entre Justicia y Moral.

Hay que detenerse en varios aspectos de las características señaladas porque allí pueden estar algunas claves para la pregunta de investigación que orienta esta búsqueda. Por ejemplo, ¿es la obediencia un presupuesto para la aceptación de la regla primaria? (Hart, 2011, p. 68). No, responde Hart, al presentar la situación hipotética donde en una comunidad imaginaria, manda el soberano Rex. Y su argumento es que la obediencia es “una relación personal que se entabla entre el ordenador y quien obedece” (Hart, 2011, p. 66), la cual, de volverse regular y dado un tiempo probablemente extenso, podrá formar el hábito de la obediencia.

Lo que hace de las reglas de obligación reglas primarias no es la importancia expresada en la intensidad de la presión social que las acompaña, tampoco es la intensidad del sacrificio que supone para los intereses particulares de los ciudadanos observar la regla que ha sido aceptada. Menos el hecho de que sus ciudadanos o miembros del grupo social en que ellas operan vean la señal o el distintivo que mueve a seguir la regla como una cuestión de deber, concebido éste como el cálculo predictivo de la posibilidad de sanción. Lo que realmente las constituye como tales reglas es su capacidad de aportar razones para actuar de una determinada manera, es decir, su aptitud para *mover* a un tipo específico de comportamiento a cada cual. Pues si analizamos el aspecto interno de ellas, éste no se encuentra en el hecho escueto de su observancia por un grupo de individuos, visto tal asunto como un comportamiento regular, repetitivo de las personas. Lo que resalta el profesor de Oxford es el modo como ellas, las reglas de obligación son *introyectadas por las personas de un grupo social*. Y esto ocurre cuando dichas personas entablan una relación de compromiso con la regla que los lleva a asumirla como pauta de su propia acción, y no sólo como el referente asociado a la expectativa de lo que otros harán.

Comprender que algo que nace como una idea, un credo, una escuela, aporte razones para actuar, facilitaría la tarea de descubrir cómo actúan los elementos de dichas reglas primarias en el comportamiento de las personas. Y como evidencia en las ideas señalaremos su apropiación: en la apropiación de una idea doy el paso a la consideración de su consistencia, su adecuación al marco de ideas en el cual surge, su idoneidad para apoyar ese mismo marco y le concedo en razón de tales características la condición o el estatus de plausible. Esta evaluación favorable predispone mi voluntad a aceptar tal idea como pauta de acción. En el marco de un determinado credo político o religioso, baste como evidencia la asunción deliberada y expresa de los signos o posturas justificadas por aquel credo, sea religioso, moral o político; en una escuela

de pensamiento, como evidencias podrían notarse motivaciones capaces de apoyar un determinado esfuerzo argumentativo a favor de postulados básicos de esa escuela. Son estos caminos distintos de acceso para aceptar algo: como motivaciones o como razones válidas para ser aceptadas como guías de comportamiento.

De forma relativamente similar surgen razones para actuar frente a aquellas normas establecidas posteriormente cuyo propósito es aportar una sistematización a aquel conjunto inicial, dotándolo a la vez de mayor nivel de eficacia. A mi modo de ver las reglas atraviesan diversos estadios en su proceso de formalización y algunas serán plenamente constituidas y surgirán como el producto de procedimientos establecidos y surtidos deliberadamente para la promulgación de dichas reglas, otras sólo tendrán el alcance de regular una práctica ya existente. Y hay otras cuyo carácter no es el de regular comportamientos previos o estimular la formación de nuevos patrones. Estas últimas, las constitutivas, son las reglas que estarían a la base de las reglas primarias de obligación. Pero ¿qué análisis me permite el concepto de reglas constitutivas? Si las reglas en el sentido propuesto por Hart se derivan de la práctica, ¿cuáles son las reglas constitutivas? ¿Tiene esta noción de reglas alguna conexión con la noción de principios? ¿Proviene los principios legales de algún tipo de reglas constitutivas?

Cuando aludimos a *principios*, que de acuerdo con Dworkin (1999) nos tienen completamente rodeados, pues los profesores de derecho los enseñan, los historiadores los celebran y los textos los citan, teniendo ellos un peso específico, “¿estamos realmente refiriéndonos a entidades extrajurídicas?” (Dworkin, 1999, p. 89). ¿No se trata de una noción transitiva derivativa de situaciones empíricas originarias? ¿No se tratan entonces los principios, de un contenido especial de reglas primarias que, no se atienen a la concepción de reglas de Dworkin, a saber, no funcionan como estándares del *todo o nada*, pero que igual están insertos en la noción de reglas primarias de obligación, como aquellos estándares que la convivencia y la búsqueda de lo razonable para mantenerla, dictan a una comunidad jurídica? Sobre esta caracterización volveremos más adelante.

Al afirmar que algo es capaz de aportarme razones para actuar estaré afirmando que dicho algo tiene la fuerza y el contenido que mueve a mi entendimiento a apoyarse en ello, en dicho algo para definir o elegir el modo de comportamiento apropiado. Porque si lo que me otorga son razones, sugiere tal cosa que tal “algo” está potenciado para movilizar mi pensamiento. Pero, ¿cómo lo hace? ¿Está aludiendo este mover a la necesidad de someter instintos básicos de los individuos? Podría responderse que en parte apela a un hecho externo y, en parte, a convenciones provenientes de la necesidad de someter tales instintos básicos.

Una regla primaria existe en razón de una práctica constitutiva, es decir, una práctica generadora de la necesidad de someterse a ella, a su imperio en ese mundo sencillo y pre-jurídico. Aunque en dicho mundo pre-jurídico aún no se encuentren reglamentados los procedimientos sancionatorios expeditos para las transgresiones, las sanciones toman formas graduales que pueden ir desde la persuasión a la coacción para cumplir la regla, hasta la aplicación del *ojo por ojo*. Lo que equivale a decir que,

aún no definida una forma específica de sistema de sanciones, las reglas existentes, correspondientes a juegos de lenguaje propios de cada grupo, serán aplicadas en tanto las reglas primarias sean transgredidas. Por tanto, no basta, o no es suficiente, repite hasta la saciedad Hart, con el referente de la norma penal para pretender dar cuenta del modo de existencia de las reglas primarias

En la discusión con los representantes de la teoría del derecho concebida como algo compuesto por órdenes y amenazas, Hart echa de menos la dimensión interna de la regla. Así, expresa:

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo (Hart, 2011, p. 113).

Lo anterior deja claro que no está pensada la distinción entre punto de vista interno y externo como escisión de lo uno y lo otro, o como opción excluyente de lo uno o lo otro. Es decir, que no se trata de pensar en una sociedad donde el hábito de la obediencia es la única opción posible. Se admite de entrada que, guardadas las proporciones, esto es, que haya una mayoría que comparta el punto de vista interno en cualquier sociedad, pues es lo que otorga autoridad al sistema jurídico, coexistan bajo el mismo cielo los puntos de vista interno y externo. No se trata de pensar, llevados por el ejemplo del autor al remitirnos al punto de vista externo, que realmente se trata de alguien que se encuentra por fuera de aquel sistema. Es que puede hallarse dentro del mismo marco y seguir la regla, por diferentes motivos, a saber, porque realiza el cálculo predictivo de la probabilidad sancionatoria concomitante a su transgresión. O porque, puestas en balance, su mejor opción para poder cumplir con su bagaje de intereses particulares lo presenta la opción de vivir en un grupo relativamente estable, que sólo exige cumplir unas reglas básicas para poder desplegar en él acciones que conlleven a la realización de metas individuales y particulares.

Entonces ¿responden las reglas de obligación a la nominación de “reglas constitutivas”? Y, en razón de ello ¿responden esas reglas primarias a lo que nosotros hemos dado en llamar reglas básicas, es decir, pueden considerarse comprensivas hasta cierto punto, de los contenidos mínimos de derecho natural? Según Hart, no se requiere que todos las acepten, pero sí se hacen obligatorias para todos, aun cuando exista una minoría que juegue su obediencia en el cálculo de probabilidades. Y es este rasgo lo que las hace reglas constitutivas.

5. Reglas secundarias: De obligación y de conferir facultades

En esta relectura de Hart surge una duda fundamental que coloca en cuestión la distinción hartiana entre reglas primarias y secundarias, por lo menos en lo que atañe

a la regla de reconocimiento. La noción de obligación, en la acepción acogida por una teoría empírica de reglas, puede presentarse como un duro reto para hacerla evidente en una práctica dada. La existencia de ese elemento sustancial para comprender la noción de regla nos conduce a los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el argumento que permite señalar obligación en la existencia de una práctica que llega a constituirse como regla? ¿Cuál es el punto de partida de esa práctica? Frente a tales interrogantes podemos responder diciendo que la presencia de una actitud reflexiva frente al comportamiento del cual se trate dicha regla, la expectativa que genera para los participantes, la constatación que otros la siguen, la crítica o censura que genera su incumplimiento son elementos que dan pie a afirmar que estoy ante una regla obligatoria.

Y, si he llegado de lejos, quizá por razones de maridaje, pretendiendo integrarme a un grupo social determinado donde rigen estas reglas, puedo concluir ya pasado un tiempo cuáles son las reglas que rigen al interior del grupo. Aunque por mi condición de foránea, puedo en algún momento sentir que hay un peso excesivo de obligación en la observancia de una regla determinada, y me decida a no observarla, ello no será razón para que los integrantes del grupo creen que es pertinente liberarse de la obligación ya establecida. Es decir, para el grupo mayoritario que sigue la regla porque la ha aceptado intrínsecamente, la desviación o transgresión en que incurran otros miembros no se constituye en razón para apartarse de dicha regla.

Pero en este caso específico nos interesa solventar el sentido de obligación en la regla de reconocimiento. La obligación en el caso de las reglas de reconocimiento surge del mismo compromiso expresado en la práctica frente a las reglas primarias. Si bien ha afirmado Hart su condición de regla secundaria, lo que se entiende como que pertenece al grupo de reglas que hacen posible el mantenimiento del orden rudimentario propuesto básicamente por las reglas primarias, las características de una regla de reconocimiento, frente a las de cambio y adjudicación difieren en aspectos sustanciales, aun cuando comparten otros. Entre los primeros están: a) La forma de despejar incertidumbres; b) el estatus frente a las reglas primarias; c) su carácter de regla cuyo rango de acción abarca fuentes variadas de derecho; d) la relación de dependencia directa respecto a la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural.

La forma de despejar incertidumbres

¿Qué tipo de incertidumbres anidan en el seguimiento a simples reglas primarias? ¿Cuáles son los propósitos de buscar despejar incertidumbres? ¿Cómo opera la regla de reconocimiento para producir certezas? En el seguimiento de reglas anidan las incertidumbres propias de la constatación de que no todos los ciudadanos, aceptan con actitud reflexiva dichas reglas; que algunos y a veces, no tan pocos, lo hacen desde una actitud externa, que no es garante todo el tiempo del ajuste del comportamiento a dicha regla. En la actitud externa, no es prioritario el compromiso por el interés público. Son relevantes para el mero observador sus intereses particulares, ya que sólo en atención a ellos ha decidido permanecer en dicha comunidad para así cumplir sus ambiciones.

La expectativa del ciudadano promedio frente a los potenciales transgresores crece a medida que se aprecia la tensión generada por sus transgresiones. El no saber cuándo y cómo se producirán ellas, el no saber cuáles de dichas normas que sostienen la convivencia valen como reglas de obligación y por tanto poder exigir con mayor presión o rudeza su cumplimiento, engendra incertidumbre.

Si la certeza equivale a conocimiento válido o efectivo, produce una sensación de tranquilidad relativa, aunque se trate de la certeza de un peligro inminente, pues equivale a sentir que ya uno sabe a qué atenerse con respecto a algo y en el caso del peligro inminente, dispara la acción; asimismo puedo afirmar que, en el plano de la vida cotidiana, las certezas generan una cierta sensación de seguridad.

En el corazón de la tesis hartiana que da vida a las reglas secundarias, reposa la demanda de seguridad de Hobbes: aquí, se aprecia más claramente la resonancia hobbesiana, porque el interés personal, la ambición, el amor hacia sí mismo y a los miembros del grupo familiar o más cercanos en los afectos es, a mi modo de ver, considerada de forma más atenuada en Hume pero se presenta más arquetípica en *Leviatán*. Por ese motivo soy de la opinión de que, en este aspecto el sustrato teórico humeano, a pesar de su aparente crudeza, no logra conducir de modo cómodo una idea de validez mediada por la necesidad de erradicar incertidumbres que es *grasso modo*, el título principal de reconocimiento de un sistema jurídico.

Incetidumbre como ausencia de certeza

Llamo certeza, como señalé antes, a una situación de apropiación de conocimiento efectivo o válido, evento u objeto que me aporta una convicción respecto a ese algo, sea convicción de sus atributos, propiedades o de sus alcances. A mi modo de ver, esta forma de plantear el surgimiento de las reglas secundarias involucra de modo persistente la noción de seguridad, entendida ésta como uno de los mínimos requerimientos que las determinaciones naturales del ser humano imponen como principio de convivencia.

Ordinariamente la búsqueda de bases para este rol de la regla de reconocimiento se centra en el describir cómo se hace una práctica: a través de una acción repetitiva de un tipo de comportamiento seguido por las personas que se perciben como integrantes de un conglomerado social, que comparten una normatividad la cual aceptan y que han convertido ciertos patrones de esos comportamientos en guías para la acción, que son portadores de una actitud reflexiva frente al comportamiento propio y de otros, y una censura o presión ante quienes las incumplen.

Dado que todo se realiza en este primer momento como meramente sujeto a la buena voluntad de las personas, quienes no son *ni ángeles ni demonios*, esta tendencia ambivalente del grupo en tanto grupo humano hace cada vez más común el conflicto, el cual suele surgir entre quienes observan la regla en detrimento de sus intereses particulares y quienes no lo hacen. Tales situaciones dan origen a la formación de reglas secundarias. Pero su modo de surgimiento dista mucho de la descripción anterior. A

mi modo de ver y sin desdeñar su carácter de reglas prácticas, me atrevo a afirmar que no hay tal similitud en el modo de darse las reglas secundarias. Creo que aquí se hace pertinente mirar, por ejemplo, no sólo una teoría asociada a los actos de habla que promueven la intencionalidad de los actos humanos, sino hacia la tesis de los presupuestos mínimos que podrían considerarse como una base empírica de derechos naturales en una sociedad de humanos.

Afirmo que, en la elucidación del modo de darse reglas secundarias, la cuestión analítica de los enunciados, que como factor de análisis de las reglas puede conservar su alcance y vigor metodológico, no es la clave exitosa para desentrañar o justificar la naturaleza y función social de las reglas secundarias. Y sí se hace necesario recurrir a algunas de las fuentes teóricas de Hart, en este caso a Hobbes y a Hume, para comprender esos roles de las reglas secundarias.

Conclusiones

Abordar una aproximación a los estudios desarrollados por Hart previos a la elaboración de una tesis como la regla de reconocimiento desde la perspectiva provista por Deleuze y Guattari supone hacerse cargo de la impronta histórico-crítica que se hace visible a lo largo de su obra. Pero en lo que atañe a esta tesis, cuyas fuentes hemos intentado desglosar, es claro que no es posible emprender su estudio ignorando o relegando algunos de los componentes que forman parte de sus fuentes iniciales. A la pregunta, a qué responde Hart con la regla de reconocimiento, no puede dársele una respuesta unívoca que satisfaga al crítico profundamente arraigado en un sólo ángulo de la investigación socio jurídica, ius filosófica o ius política. Responder de ese modo es cortar de un tajo diversos ámbitos del conocimiento que están presentes en toda la tesis cumpliendo un rol específico, ámbitos que han contribuido a que hoy, a sesenta años de la publicación de *El concepto de derecho*, aún encontremos formas de ratificar que existe una práctica típica de los operadores judiciales la cual configura una regla.

Agradecimientos

Gratitud indeclinable para mi director de tesis, Dr. Oscar Mejía Quintana; también al Dr. Jaime Ramos Arenas, en la Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá. En Universidad de Chile al Dr. Juan Pablo Mañalich; en Universidad de Granada a la Dra. Lilian Bermejo Luque.

Referencias

- Austin, J. (1994). Primera lección de La delimitación del ámbito de la Teoría del Derecho. En P. Casanovas y J. Moreso (trads.), *El ámbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (pp. 178-201). Grijalbo Mondadori.
- Bentham, J. (1839). *Deontología o ciencia de la Moral* (Tomo I). Librería de Mallen y Sobrinos.
- Bentham, J. (1966). *The philosophy of economic science - The Psychology of Economic Man*. The Royal Economic Society by George Allen & Unwin Ltd.
- Bentham, J. (1983). *Deontology together with table of the springs of action and the article on utilitarianism*. Clarendon Press. <https://doi.org/10.1093/actrade/9780198226093.book.1>
- Bentham, J. (2008). *Los principios de la Moral y la Legislación*. Editorial Claridad S.A.
- Comte, A. (1984). *Cursos de filosofía positiva. Lecciones 1 y 2* (A. Rodríguez Huéscar, trad.). Orbis.
- Cracogna, D. (1987). Norma fundamental y valor. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (77), 148-157.
- Deleuze, G. y Guattari, F. (1993). *¿Qué es la Filosofía?* Anagrama.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, trad.). Editorial Ariel.
- Habermas, J. (2008). *Teoría de la Acción Comunicativa*. (Vol II). Taurus.
- Hart, H. (2011). *El concepto de derecho* (A. Perrot, trad.). Marcial Pons.
- Kant, I. (1995). *La metafísica de las costumbres* (T. Sancho, trad.). Rei Andes.
- Kelsen, H. (1987). *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado* (2.ª ed.). Porrúa
- Kelsen, H. (2016). *Teoría pura del derecho*. Géminis.
- Mañalich, J. P. (2012). Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A.Hart. *Zeitschrift fur Internationale Strafrechtsdogmatik*, (11), 571 - 585.
- Morris, C. (1985). *Fundamentos de la teoría de los signos* (1.ª ed.). Paidós.
- Nietzsche, F. (1972). *La genealogía de la moral: un escrito polémico* (A. Sánchez Pascual, trad.). Alianza Editorial.
- Nosnik, A. (1986). Las personas de James y Mead. *Estudios*, (7), 67-89. <https://doi.org/10.5347/01856383.0007.000169805>
- Patiño, A. (2006). *Comunicación y actos de habla*. Editorial Universidad de Caldas.
- Paulson, S. (2012). La interpretación débil de la autoridad en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. *Revista Derecho del Estado*, (29), 5-49.
- Stadler, F. (2011). *El Círculo de Viena: empirismo lógico, ciencia, cultura y política*. Fondo de Cultura Económica.
- Winch, P. (1990). *The idea of a social science and its relation to philosophy*. Routledge.
- Wittgenstein, L. (2017). *Investigaciones filosóficas* (J. Padilla Gálvez, Trad.). Trotta.