

## La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica:

H.L.A. Hart

Por JOSE MARIA RODRIGUEZ PANIAGUA

Madrid

Herbert L.A. Hart nació en Inglaterra, de padres judíos, en 1907. Fué profesor de Ciencia Jurídica General (*Jurisprudence*) en la Universidad de Oxford desde 1953 hasta 1968. Su primer libro lo publicó en colaboración con A.M. Honoré en 1959: *Causation in the Law* (La causalidad en el Derecho)<sup>1</sup>; pero su obra más importante es *The Concept of Law* (El concepto de Derecho), publicada por primera vez en 1961<sup>2</sup>. En 1962 dió Hart tres conferencias en la Universidad de Stanford, que a partir de 1963 se han publicado como libro con el título de *Law, Liberty and Morality* (Derecho, Libertad y Moral)<sup>3</sup>. Los restantes libros de Hart son colecciones de artículos: *Punishment and Responsibility* (Pena y responsabilidad) (1968); *Essays on Bentham* (1982); y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).

En uno de los artículos recogidos en la obra últimamente mencionada distingue Hart tres grupos de problemas como pertenecientes a la filosofía del Derecho: los referentes a definiciones y análisis, al razonamiento jurídi-

---

1. H.L.A. HART-A.M. HONORE: *Causation in the Law*, Oxford (University Press), 1959. De este libro dice M. Jori que «motivos evidentes de congruencia filosófica y estilística le han inducido a atribuir también a Hart todas las argumentaciones del libro, en especial las filosóficas».— M. JORI: «Hart e l'analisi del linguaggio», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IX, n.º 1 (junio, 1979), Génova (Istituto di Filosofia del Diritto), p. 208, nota 83. Sin embargo, en contra de esto, J.R. PARAMO: *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1984, p. 74, nota 215: «Los seis primeros capítulos, de contenido más filosófico y teórico, fueron escritos por Hart». Personalmente me ha manifestado que lo sabía por el propio Hart, aun cuando no me podía confirmar si se trata en realidad de los seis primeros, o tan sólo de los cinco primeros capítulos, que son los que constituyen la primera parte del libro.

2. H.L.A. HART: *The Concept of Law*, Oxford (University Press), 1961. (Citare en adelante esta obra con las siglas CL.) La traducción castellana, *El concepto de derecho*, es de G.R. CARRIO, Buenos Aires (Abeledo-Perrot), 1963. (La citaré con las siglas CD.)

3. H.L.A. HART: *Law, Liberty and Morality*, Oxford (University Press), 1963 (a partir de 1968 en la serie *Oxford Paperbacks*).

co, y a la crítica del Derecho<sup>4</sup>. Aún cuando se niega a tratar de las relaciones entre la filosofía del Derecho y la ciencia jurídica (*jurisprudence*) y la teoría del Derecho (*legal theory*), parece que los problemas que mejor encajarían en estas dos últimas serían los pertenecientes a los dos primeros grupos: los de definiciones y análisis y los del razonamiento jurídico. En todo caso, serán los que centrarán nuestra atención, ya que han sido estos temas los que le han valido a Hart la gran atención que le han prestado los teóricos y filósofos del Derecho de esta segunda mitad de nuestro siglo.

Su nombramiento para la cátedra de Oxford podía parecer sorprendente, y él mismo lo califica de «poco ortodoxo» en cuanto a los títulos o méritos que entonces tenía para obtenerlo<sup>5</sup>. Había ejercido la abogacía durante ocho años antes de la guerra, pero sin ningún título universitario específico de Derecho; después de la guerra venía enseñando filosofía en Oxford, pero sin ninguna especialización o concentración especial en la filosofía del Derecho<sup>6</sup>. Sin embargo, estas dos actividades (el ejercicio de la abogacía y la enseñanza de la filosofía), que a primera vista pudieran parecer tan alejadas, tenían un punto de confluencia: el lenguaje común u ordinario, de que no solo se sirven una y otra, sino que además constituía el punto focal de atención de la filosofía de Oxford de esa época; de donde resultaba una especial capacitación y una posible especialización filosófica para Hart: el análisis del lenguaje de los juristas.

En realidad no era solo la filosofía de Oxford la que se centraba en el análisis del lenguaje corriente, común, ordinario o cotidiano. También en Cambridge desde unos años antes había un grupo, dirigido o inspirado nada menos que por L. Wittgenstein, que ponía el mayor énfasis en el estudio de ese tipo de lenguaje. No están muy claras las influencias de un grupo sobre otro. Parece que Wittgenstein se desentendía de lo que se hacía en Oxford, e incluso llegó a afirmar que Oxford era «un desierto filosófico»<sup>7</sup>. Pero es inconcebible que los de Oxford pudieran hacer algo parecido con él. En efecto, Wittgenstein había pasado bastante tiempo en Cambridge, ya antes de la guerra, protegido y admirado por las dos grandes figuras filosóficas de allí: B. Russell y G.E. Moore; y, con un prólogo del primero, había publicado en edición bilingüe, de original alemán y traducción inglesa, en 1922, su *Tractatus Logico-Philosophicus*. En los años 1933-35 las enseñanzas de Wittgenstein en Cambridge se difundieron a través de unos cuadernos de apuntes de sus discípulos, el *Cuaderno azul* y el *Cuaderno marrón* (llamados así por el color de sus pastas), y algunas copias de ellos llegaron a Oxford<sup>8</sup>. En los años 1944-48 había reanudado su docencia, que se había

4. H.L.A. HART: «Problems of the Philosophy of Law» (1967), en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford (Clarendon Press), 1983, pp. 88-89.

5. H.L.A. HART: *Essays...* (cit. nota ant.), p. 2.

6. Fuera de un artículo, «The Ascription of Responsibility and Rights», publicado en *Proceedings of the Aristotelian Society* (1948-49), pp. 171-94.

7. Cfr. A.J. AYER: *Wittgenstein*, trad. cast. de J. SEMPERE, Barcelona (Crítica), 1986, p. 29.

8. A.J. AYER: *Op. cit.*, p. 20.

interrumpido en 1940, y, aún cuando la versión definitiva de su filosofía del lenguaje, adelantada por los *Cuadernos*, no se conoció hasta el año 1953, dos años después de su muerte, con la obra *Investigaciones filosóficas*, no se puede pensar que su figura y sus ideas pasaran desapercibidas, especialmente para aquéllos que prestaban atención preferente al estudio del lenguaje. En concreto, no pasaron desapercibidas para Hart, de quien sabemos que había conocido una de las copias del *Cuaderno azul*<sup>9</sup> y que posteriormente reconocerá en las *Investigaciones filosóficas* una de sus principales fuentes de inspiración<sup>10</sup>.

Uno de los puntos principales de la doctrina de Wittgenstein, y que Hart tiene en cuenta, es el de que las palabras o términos lingüísticos, no solo no tienen un significado independiente de la frase o proposición en que se usan<sup>11</sup>, sino que además ese significado y el sentido de la frase depende de las diversas modalidades en que se emplean. La diversidad de algunas de esas modalidades es obvia: así las de aserción (afirmación o negación), interrogación y mandato o imperio. Pero no son solo estas, ni tampoco se pueden señalar de antemano las diversas modalidades posibles, sino que estas aparecen (y desaparecen o se olvidan) en la actividad humana, con la vida: «La expresión» «juego de lenguaje» debe poner de relieve aquí que *hablar* el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida». Los juegos son también una actividad, una forma de vida y, por tanto, las diversas modalidades del lenguaje pueden representarse como «juegos del lenguaje»<sup>12</sup>: las diversas modalidades de los juegos representan las del lenguaje. La unidad del vocablo puede sugerir la unidad de la realidad, la uniformidad de los diversos juegos, la comunidad de caracteres. Sin embargo, cuáles serían estos caracteres? Hay que pensar en los juegos de tablero, de cartas, de pelota, de lucha o competición... ¿Qué tienen de común? ¿Acaso el entretenimiento? — Pero ¿qué clase de entretenimiento? — Parecen ser muy distintos a este respecto. ¿Acaso el ganar y perder? — Pero ¿qué ocurre entonces con los solitarios? ¿O con un juego de pelota cuando juega uno solo? ¿La habilidad? ¿O la suerte? — Son muy distintas y desempeñan un papel muy distinto en unos juegos y en otros. Y los juegos de corro ¿en qué coinciden con los anteriormente mencionados? Podemos decir que lo que explica que se designe a todos como juegos son ciertos parecidos o semejanzas, unas veces a gran escala y otras veces en detalle. Esos parecidos se superponen y entrecruzan, y no hay mejor expresión para caracterizarlos que la de «parecidos de familia»; «pues así es como se superponen y entre-

9. Cfr. N. MACCORMICK: *H.L.A. Hart*, Londres (Edward Arnold), 1981, p. 15.

10. Cfr. las citas en *CL*, pp. 234 y 249, y la larga referencia al final del trabajo sobre Ihering, en *Essays...* (cit. nota 4), pp. 274-7.

11. Esto ya lo había dicho en el *Tractatus*, 3.3: «Sólo la proposición tiene sentido; sólo en la trama de la proposición tiene un nombre significado».

12. L. WITTGENSTEIN: *Philosophische Untersuchungen*, I, 23.— Utilizo la edición, bilingüe, del Instituto de Investigaciones Filosóficas (UNAM), con la traducción castellana, *Investigaciones filosóficas*, de A. GARCÍA SUÁREZ y U. MOULINES, Barcelona (Edit. Crítica), 1988.

cruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc.»<sup>13</sup>. Los vocablos, pues, los términos lingüísticos pueden no tener los contornos bien delimitados; y, sin embargo, se utilizan. Podríamos delimitar esos contornos, trazar límites precisos para su utilización, por una razón especial, para una determinada finalidad. Pero generalmente no se hace, o tan solo de acuerdo a reglas, mediante reglas, que son a su vez poco precisas y que pueden modificarse, cambiarse, sobre la marcha. Es en el uso, en su empleo correcto donde los vocablos suelen precisar, configurar su significado<sup>14</sup>.

En conexión con estas ideas está la de F. Waismann<sup>15</sup>, de que el significado de los conceptos empíricos, es decir, de los que se refieren a la realidad conocida por experiencia, está en relación con esta, depende de lo que hayamos comprobado o verificado en la realidad a que se refieren. Supongamos que alguien nos dice que tiene un perro inteligente o capaz de pensar: comprendemos lo que nos quiere decir cuando nos relate los hechos, los comportamientos que le llevan a utilizar esa expresión. Si nos dijera que ladra, que corre o que es juguetón lo entenderíamos sin más, porque conocemos los hechos a que esas expresiones se refieren cuando están usadas de manera *normal*. Si los hechos, si las experiencias presupuestas no son las normales, necesitamos que se nos aclaren, y en relación con ellas entendemos el significado. De la misma manera que, en relación con ellas y con lo que esperamos que suceda en adelante, utilizamos cada uno de nosotros los términos de que nos servimos para comunicarnos con los demás. En los casos dudosos o indefinidos, modificamos el vocablo o término utilizado, a medida que lo verificado confirme que se trata de uno u otro objeto; y, al hacerlo, modificamos las expectativas de comportamiento que estamos designando: es decir, que no solo el vocablo, sino su significado viene determinado por las experiencias previas, por lo previamente verificado. Si conociéramos exhaustivamente los objetos, y lo mismo estos que las circunstancias en que actúan permanecieran sin cambios, podríamos predecir con seguridad el comportamiento posterior, fijar las expectativas de comportamiento, es decir, asignar a los conceptos un significado invariable, un uso fijo y determinado. Pero es claro que ninguna de esas dos condiciones se puede lograr, o por lo menos no es fácil de lograr de manera plena: ni el conocimiento exhaustivo de los objetos, ni la invariabilidad de su comportamiento. Esto quiere decir que el significado de los conceptos está abierto a sufrir modificaciones, a configurarse con distinto contenido: en la termi-

13. L. WITTGENSTEIN: *Op. cit.* (nota ant.), I, 66-67.

14. L. WITTGENSTEIN: *Op. cit.* (nota 12), I, 68-85.

15. F. Waismann fue uno de los pocos afortunados con quienes Wittgenstein accedió a discutir de filosofía, e incluso durante cinco años (1930-5) estuvo trabajando en la preparación de un libro que habría de dar a conocer las nuevas ideas de Wittgenstein; pero éste interrumpió su trato con él en 1935; y cuando en 1938 se vino a Inglaterra huyendo de los nazis, Waismann pasó a engrosar el grupo de Oxford, ya que su presencia en Cambridge molestaba a Wittgenstein.— Cfr. A.J. AYER: *Wittgenstein* (cit. nota 7), pp. 18 y 21-2.

nología de Waismann, que Hart recoge, quiere decir que son «porosos», o tienen una «(con) textura abierta» (*open texture*)<sup>16</sup>.

Otra de las doctrinas de Wittgenstein que Hart incorpora o tiene en cuenta, también en este caso a través sobre todo de la elaboración o ulterior desarrollo por parte de uno de sus seguidores, es la de la importancia de las reglas para explicar y comprender la vida social, y en especial el Derecho. Esta idea podemos verla incluso en la breve referencia que hemos hecho anteriormente a la filosofía de Wittgenstein en su última época. En efecto, veíamos su predilección por el estudio del lenguaje bajo la forma de «juegos de lenguaje», y claro está que en los juegos las reglas desempeñan un papel primordial. Pero además se nos decía que «la expresión “juego de lenguaje” debe poner de relieve aquí que *hablar* el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida»: forma parte, por consiguiente, está en relación con esa actividad o con esa forma de vida; actividad o forma de vida que tiene que ser social, puesto que el lenguaje es esencialmente comunicativo y no tiene sentido (al menos para Wittgenstein) como algo «privado». Además veíamos que el significado de las palabras recibe la precisión de su uso o utilización a través de reglas; reglas que, por consiguiente, equivalen a convenciones, acuerdos para entendernos con los demás.

Apoyándose en las sugerencias de Wittgenstein, el que desarrolló la tesis de la importancia de las reglas para entender la vida social fue Peter Winch<sup>17</sup>. Según él (de acuerdo con Wittgenstein) «la pregunta: ¿qué implica que una palabra tenga un significado? lleva a la pregunta: ¿qué implica que alguien siga una regla?»<sup>18</sup>. En consecuencia, llega a la conclusión de que «toda conducta significativa debe ser social, dado que solo puede ser significativa si está regida por reglas, y estas presuponen un medio social»<sup>19</sup>. Pero hay que distinguir entre reglas y hábitos. Estos presuponen

16. F. WAISMANN: «Verificabilidad» (publicado por primera vez en 1945), en G.H.R. PARKINSON (ed.): *La teoría del significado*, traduc. de P. VILLEGAS, Madrid (FCE), 1976, pp. 57 y ss. Las referencias de Hart a este artículo en *CL*, p. 249 y *Essays...* (cit. nota 4), pp. 274-5.

17. Con su libro del año 1958, P. WINCH: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, traducción castellana, *Ciencia social y filosofía*, de M.<sup>a</sup> R. VIGANO, Buenos Aires (Ammorrótu), 1972. Aun cuando se refiere a la vida social en general, no deja de advertir la especial significación de las reglas para el Derecho. (Cfr. p. 60). Sobre la importancia de la influencia de Winch en Hart cfr. las citas de éste en *CL*, pp. 242 y 249, y J.R. PARAMO: *Op. cit.* (nota 1), pp. 87 y ss.

18. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 32. Recuérdese la doctrina de Wittgenstein, a la que ya nos referimos anteriormente, de que el significado de una palabra sólo puede ser fijado por reglas que determinen cómo se va a usar.

19. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 108. La proposición de que una conducta «sólo puede ser significativa si está regida por reglas» se deriva de lo dicho en la nota anterior, aun cuando hay una ampliación o trasposición a la conducta en general de lo que anteriormente se decía sólo de las palabras del lenguaje; pero en cuanto significativos, en cuanto a tener un significado, pueden funcionar como equivalentes (lenguaje y conducta en general). La otra proposición, que las reglas «presuponen un medio social», es algo en lo que tanto Wittgenstein como Winch insisten: se podría decir que forma parte de su concepto de regla; y esto es válido, al menos en el sentido estipulativo, de informarnos acerca de cómo lo entienden, de cómo usan ellos ese concepto. Según Winch, «la noción de seguir una regla es, lógicamente, inseparable de la noción de *cometer un error*. Si existe la posibilidad de decir que alguien está siguiendo una regla, esto significa que se puede preguntar si está haciendo las cosas correctamente o no... Un error es una contravención de lo

solamente una explicación causal: el perro (amaestrado) que responde de determinada manera a ciertos estímulos lo hace así «a causa de lo que le ocurrió en el pasado». Así no se puede explicar la acción humana social, que, en términos de M. Weber, exige que «el sujeto o los sujetos enlacen a ella un *sentido* (*Sinn*) subjetivo». Esto es lo que hace a la acción «comprensible», es decir, no solo explicable desde el punto de vista causal, sino captable también desde el punto de vista de los «motivos» que le sirven de fundamento, que son la razón de su realización (y que nosotros mismos podemos representarnos o reproducir en nuestro interior). Pero una acción así, que procede de motivos, no de causas inexorables o constantes, es «relevante para nuestra conducta actual solo porque las acciones humanas ejemplifican reglas», es decir, porque son la realización de pautas de conducta que pueden seguir realizándose<sup>20</sup>. Estas pautas, a diferencia de los hábitos, implican que, de una manera u otra, se pueda evaluar la conducta, que se tenga una idea de lo que se hace y de lo que en cambio se podía haber hecho, al menos en el sentido de que esto «pueda» ser representado, pueda ser puesto ante la mente, es decir, que se tenga «posibilidad de reflexión». Lo cual tiene como consecuencia que el sujeto «puede defender lo que hizo cuando le argumentan que debía haber hecho algo diferente»<sup>21</sup>.

Winch se enfrenta a la tendencia de los que tratan de conocer la vida social sin tener en cuenta las ideas de los que participan en ella, de los agentes<sup>22</sup>, o bien tratan de estudiar «las proposiciones y las teorías» como «hechos experimentales», «desde fuera»<sup>23</sup>. Esta tendencia puede desde luego remontarse a la primera regla del método sociológico de E. Durkheim: «Considerar a los hechos sociales como cosas». Pero también alguna vez M. Weber, a pesar de que esto es contrario a su método de la «comprensión», «adopta el punto de vista externo y olvida tomar en cuenta el «sentido subjetivamente mentado» de la conducta que considera»<sup>24</sup>.

La atención a Wittgenstein y a sus continuadores no ha de hacernos olvidar que Hart era uno de los filósofos del grupo de Oxford, en el que ejercía una especie de dirección o liderazgo John Langshaw Austin. La influencia de este ha de darse, pues, por descontada; Hart la destaca al men-

---

que se ha establecido como correcto... El hecho de establecer una norma no es una actividad que se pueda adscribir a cualquier individuo completamente aislado de otros, ya que sólo el contacto con estos últimos posibilita el control de las propias acciones, control inseparable de una pauta establecida... No tiene sentido suponer que haya alguien capaz de establecer una norma de conducta puramente personal, si nunca tuvo alguna experiencia de la sociedad humana con sus reglas socialmente establecidas.— P. WINCH: *Op. cit.*, pp. 35-36.

20. P. WINCH: *Op. cit.*, pp. 46-61. La frase entre paréntesis está tomada de un texto de M. Weber que Winch no cita, pero que me ha parecido que puede ayudar a entender lo que él mismo quiere decir. El texto es de M. WEBER: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen (Mohr), 1973, p. 67.

21. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 63. Cfr. también los textos de nota 19.

22. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 90.

23. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 102.

24. P. WINCH: *Op. cit.*, p. 108-109.

cionarle en el breve prólogo de su obra principal<sup>25</sup>. Las doctrinas de Austin concuerdan en buena parte con las de Wittgenstein. Así coinciden en señalar que el significado de las palabras ha de buscarse en las frases o proposiciones de las que forman parte<sup>26</sup>; y en llamar la atención sobre los «diferentes usos del lenguaje»<sup>27</sup>. También coinciden en centrar su atención sobre el análisis del lenguaje ordinario, común o cotidiano, evitando en la medida de lo posible la contaminación o infección de este por la «jerga de las teorías extintas»<sup>28</sup>. Asimismo parece que coinciden en la conciencia y orgullo de estar haciendo «una gran revolución en filosofía y, dirían muchos, la más saludable»<sup>29</sup>.

Pero las diferencias no dejan de ser notables. El lenguaje que le interesa a Wittgenstein es el lenguaje, diríamos, «en acción», formando parte de la actividad y de las formas de vida, en las que se constituye y manifiesta, al mismo tiempo que puede servir para descubrir y manifestar esas formas de vida, en especial las sociales, las de la vida social; porque es el lenguaje de los agentes, de los que actúan y participan en esa vida social (como destacó especialmente P. Winch). El lenguaje a que se refiere Austin diríamos en cambio que es el lenguaje ya constituido, aun cuando desde luego no se trata de una cosa muerta, que no sea capaz de una ulterior transformación y acomodación. Las palabras son instrumentos o «herramientas», pero para la «percepción de los fenómenos», para el conocimiento de la realidad, que podemos ver captada en ellas y por ellas y para cuya captación podemos seguir agudizando esas herramientas. Y en general hemos de pensar que las distinciones y conexiones que sea conveniente hacer o establecer en la realidad habrán ya tenido acogida en el lenguaje a través de la vida de muchas generaciones; y esas distinciones y conexiones «seguramente es de esperar que sean más numerosas, más razonables, dado que han soportado la larga prueba de la supervivencia del más apto, y más sutiles, al menos en todos los asuntos ordinarios y razonablemente prácticos, que cualesquiera que plausiblemente usted o yo excogitásemos en nuestros sillones durante

25. Aun cuando J.L. Austin publicó muy poco en vida (tan sólo siete artículos) siendo todos sus libros publicados después de su muerte (1960), Hart podía conocer todas sus doctrinas, ya que asistía regularmente a las reuniones filosóficas que tenían lugar los sábados por la mañana bajo la dirección de Austin.— Cfr. N. MACCORMICK: *H.L.A. Hart* (cit. nota 9), pp. 15-16. Sobre la influencia de Austin en Hart cfr., además, aparte del Prólogo y la página 253 de *CL, Essays...* (cit. nota 4), pp. 274 y ss.

26. «Hablando con propiedad, lo único que tiene significado es una oración... El sentido en que una palabra... 'tiene un significado' es derivativo...: decir que una palabra... 'tiene significado' es decir que hay oraciones en las que ocurre que 'tiene significado'... Todo lo que el diccionario puede hacer cuando 'consultamos el significado de una palabra' es sugerir ayudas para la comprensión de las oraciones en las que ocurre. De aquí que parezca correcto decir que lo que 'tiene significado' en sentido primario es la oración».— J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, traducción de A. GARCÍA SUAREZ, Madrid (Revista de Occidente), 1975, p. 72.

27. Cfr. sobre esto *Op. cit.* (nota ant.), cap. 10, «Emisiones realizativas», pp. 217 y ss.; así como también J.L. AUSTIN: *Cómo hacer cosas con palabras*, traducción de G. CARRIO y E.A. RABOSI, Barcelona-Buenos Aires (Paidós), 1982.

28. J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 175.

29. J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 218.

una tarde»<sup>30</sup>. Es muy posible que esa percepción de la realidad que nos proporciona el lenguaje ordinario, con sus distinciones y conexiones «no sea la mejor forma de ordenar las cosas si nuestros intereses son más amplios o más intelectuales que los ordinarios», o si se ha plasmado sin tener en cuenta los recursos que proporcionan los nuevos descubrimientos o instrumentos científicos, «el microscopio y sus sucesores». «Y debe añadirse también que la superstición y el error y la fantasía de todos los géneros se han incorporado al lenguaje ordinario e incluso a veces soportan la prueba de la supervivencia (sólo que cuando lo hacen, ¿por qué no habríamos de detectarlo?). Ciertamente, pues, el lenguaje ordinario *no* es la última palabra: en principio en todo lugar puede ser complementado y mejorado y suplantado. Pero recordemos, *es la primera palabra*»<sup>31</sup>.

Las dos tendencias, pues, no obstante coincidir en su interés por el lenguaje común u ordinario, lo estudian de distinta manera. Pero esto no quiere decir que ambos modos no puedan combinarse o acumularse: tal parece ser el caso de Hart; sin que por lo demás podamos esperar que nos indique cuándo está siguiendo en concreto uno u otro.

Tampoco hemos de pensar que estas doctrinas mencionadas sean las únicas que influyen o están a la base de la teoría hartiana del Derecho. Así, por ejemplo, pudiéramos pensar que la concepción de Wittgenstein y Winch sobre el papel de las reglas en el lenguaje y en la vida social es la que explica el papel central que Hart les asigna en su análisis del Derecho; y, sin embargo, hay motivos para pensar que el influjo de juristas como Kelsen o Ross fue más decisivo<sup>32</sup>. Como Kelsen, entiende, frente a Austin (el jurista), que

30 J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 174.

31 J.L. AUSTIN: *Ensayos filosóficos*, p. 177. A continuación Austin añade en una nota: «Y olvidémoslos, por una vez y por un momento, de esa otra curiosa pregunta: ¿Es verdadero? ¿Podemos?». En esto, de nuevo vendría a coincidir con Wittgenstein.

32. El influjo de Kelsen aparece ya expresamente mencionado en la «Introducción» a la obra de J. AUSTIN: *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres (Weidenfeld and Nicholson), 1955, p. XI. (Sobre la fecha de publicación de esta obra, por parte de Hart, cfr. J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid (Tecnos), 1989, p. 172, nota 14). En la «Introducción» a *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) reconoce Hart que comparte con Kelsen «la convicción de que una de las tareas primordiales de la filosofía jurídica es la de explicar la fuerza normativa de las proposiciones del Derecho» (p. 18). Hay que advertir que la obra de Kelsen que Hart cita habitualmente es la *General Theory of Law and State* (1945), y que en esta obra Kelsen presta una particular atención a la crítica de la teoría de Austin, del Derecho como mandato o imperativo. Cfr. H. KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de E. GARCIA MAYNEZ, México (UNAM), 1969, pp. 36 y ss. y 72 y ss. Como ha advertido P.M.S. HACKER, en cambio en la *Teoría Pura del Derecho* (2.<sup>a</sup> edic. alemana de 1960) esa posición está «limitada y oscurecida de distintas formas». — P.M.S. HACKER: «Hart's Philosophy of Law», en P.M.S. HACKER-J. RAZ (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford (Clarendon Press), 1977, p. 10, nota 15. Creo que con más razón hay que decir que esa postura, sobre todo en cuanto crítica de la teoría imperativa o del mandato, se desvanece en H. KELSEN: *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien (Manzsche Verlags- und Universitätsbuchandlung), 1979; cfr. especialmente pp. 2 y ss. y p. 24. El influjo de los juristas escandinavos sobre Hart puede deducirse de la atención que éste les prestó, con varias recensiones de sus obras. Así, del libro de A. HÄGERSTRÖM: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, en *Philosophy*, 30 (1955), pp. 369-373; y del libro de A. ROSS: *On Law and Justice*, en *Cambridge Law Journal*, 17 (1959), pp. 233-240 (artículo recogido en *Essays...* (cit. nota 4), pp. 161-169). Este influjo se confirma por las múltiples referencias a ellos (los juristas escandinavos, en especial Ross) en diversas obras. Cfr. especialmente *CL*, pp. 10-11 y 233. Sobre esta cuestión cfr. E. PATTARO: *Elementos para una teoría del Derecho*, traducción de I. ARA PINILLA, Madrid (Debate), 1986, pp. 144 y ss.

el concepto de imperativo o mandato no es el apropiado para indicarnos lo que es el Derecho: que ese concepto debe ser sustituido en cuanto clave para la explicación del Derecho por el de regla o norma (*rule*). Y, como Ross (y también Kelsen), entiende, frente a los realistas americanos, que el Derecho no se explica adecuadamente en términos de predicciones o adivinaciones de lo que harán los tribunales y demás funcionarios encargados de aplicar el Derecho, sino en términos de proposiciones normativas, que influyen de hecho en las decisiones de esos funcionarios como guías de su conducta y en las que se ve la razón y justificación para esas decisiones.

En cambio, el influjo de la filosofía lingüística parece haber sido decisivo en su explicación de lo que ha de entenderse por regla o norma (*rule*). A este propósito Kelsen<sup>33</sup> había insistido en que una norma es un deber ser, que simplemente significa que «algo debe suceder», o que «alguien debe proceder de cierta manera», o incluso que «una norma es una norma» y nada más que una norma<sup>34</sup>. Por el otro lado, Ross proponía una reinterpretación de ese concepto en términos de la «ciencia empírica moderna», reduciéndolo a «hechos sociales», a «hechos empíricamente verificables»<sup>35</sup>. Frente a estas dos posiciones, Hart nos va a explicar lo que entiende por reglas o normas, pero sin incidir en ninguna reinterpretación científica ni filosófica. Va a seguir el lema dado por Wittgenstein para la filosofía lingüística: dejar las cosas como están, no interferir con el uso efectivo del lenguaje, sino sólo describirlo<sup>36</sup>.

Lo primero que hay que hacer es distinguir las reglas de los simples hábitos (se entiende sociales). Coinciden en ser prácticas generales, es decir, que se realizan por la mayor parte de los componentes del grupo (en las ocasiones en que hay lugar para esa realización). Pero se diferencian en que la regla (a diferencia del hábito, 1.º) lleva consigo que las desviaciones de la conducta exigida sean vistas de manera general como fallos o faltas expuestas a la crítica, y las posibilidades de desviación se encuentren con una presión en favor de la conformidad. 2.º) Esas desviaciones se consideran en general como buenas razones para la crítica, y ésta como justificada o legítima, lo mismo que las exigencias de fidelidad a la regla frente a las amenazas de incumplimiento. Es más, excepto una minoría de recalitrantes, esas críticas y exigencias se consideran en general como legítimas, es decir, como fundadas en buenas razones, incluso por parte de los mismos que las reciben. 3.º) Algunos, al menos, han de ver en la conducta exigida una pauta general del comportamiento del grupo. Esto exige una «actitud crítica

33. Independientemente de lo que haya que pensar de su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen* (cit. nota ant.).

34. Como relata Hart, en un sugestivo artículo sobre su discusión pública con Kelsen en la Universidad de California: «recalcando a voces que 'una norma es una norma' y nada más que una norma». — H.L.A. HART: «Kelsen Visited», en *Essays...* (cit. nota 4), p. 287.

35. Cfr. H.L.A. HART: «Scandinavian Realism», en *Essays...* (cit. nota 4), especialmente pp. 162 y 164.

36. L. WITTGENSTEIN: *Investigaciones filosóficas*, I, 124.

reflexiva» con respecto a esa pauta de conducta; y podemos designar a eso como el «aspecto interno» de las reglas, que está conectado con los dos caracteres anteriores, porque, a su vez, se despliega o manifiesta en ellos: en las críticas y exigencias y en el reconocimiento de su justificación. Todo lo cual tiene su expresión característica en la terminología normativa de «deber», «tener que», «haber de», «correcto» e «incorrecto»...<sup>37</sup>.

Hart se refiere expresamente a la postura de Winch como «similar» a la suya. Quizá sea oportuno subrayar que esta similitud se observa especialmente en el tercer punto, en el «aspecto interno» de las reglas. Esta similitud se acentúa en el ulterior desarrollo del contraste entre ese «aspecto interno» de las reglas y el «externo»; distinción que es de «gran importancia para entender, no sólo el Derecho, sino la estructura de cualquier sociedad». Al primero corresponde el que podemos llamar «punto de vista interno», que es el que adopta el miembro del grupo que «acepta y utiliza» las reglas como guías de conducta. Mientras que al segundo corresponde el «punto de vista externo» que es el propio de un «mero observador que no las acepta». Este, si adopta la postura «extrema», no podrá observar más que regularidades, tanto en la conducta que, efectivamente, es concordante con las reglas, como en las reacciones que provocan las conductas discordantes. A lo más que puede llegar es a relacionar esas reacciones con las conductas discordantes, también sobre la base de la regularidad con que unas siguen a otras. Este «extremo punto de vista externo» no puede explicar o dar cuenta del modo como ven su propia conducta los miembros del grupo que aceptan las reglas. En realidad, el que pretenda ser fiel a este punto de vista no podrá hablar propiamente de reglas, sino tan sólo de las regularidades de la conducta, predicciones, probabilidades y señales que pueda observar. Es decir, dejará de ver «toda una dimensión de la vida social de aquéllos a quienes observa». Esta es la dimensión propia del punto de vista interno, la de los que ven las reglas como tales (no como simples prácticas o hábitos). Hay un tercer punto de vista, intermedio entre los dos anteriores: el de quien, sin necesidad de aceptar las reglas él mismo, se refiere a que el grupo las acepta y al modo como son entendidas por los que las aceptan, desde el punto de vista interno<sup>38</sup>. Se trata de un punto de vista «no comprometido» con la aceptación de las reglas, sino «desentendido» (personalmente) de su aceptación o rechazo. Este es el punto de vista que puede adoptar, y es propio que adopte, un jurista, o un teórico del Derecho, cuando informan de normas vigentes, que se supone que son aceptadas por algunos o por muchos (y entre los cuales puede estar él mismo). Al hablar de esas normas puede perfectamente utilizarse el lenguaje normativo de «deber», «tener que», etc., que antes hemos visto que utilizaban los comprometidos con la aceptación de las reglas o el punto de vista interno<sup>39</sup>.

37. *CL*, pp. 54-56; *CD*, pp. 69-72.

38. *CL*, pp. 86-87; *CD*, pp. 110-112.

39. En la explicación de este tercer punto de vista he seguido a J. RAZ: *The Authority of Law*.

Desde luego, el esclarecimiento de lo que es el punto de vista interno requiere una explicación de lo que se entiende por «aceptar», de lo que entienden por aceptar las reglas los que las ven desde el punto de vista interno. Pero esa explicación tiene que ser diferente, según las distintas especies de reglas.

Una primera y decisiva diferenciación de éstas es la que distingue entre reglas obligatorias y no obligatorias. Hart no nos dice cuáles son estas últimas ni en qué consisten. Se limita a mencionar dos ejemplos: las reglas de la etiqueta y las del lenguaje. Por etiqueta no parece se haya de entender las reglas de la urbanidad en general, sino los convencionalismos establecidos en distintos ámbitos o ambientes sociales, más o menos distinguidos o elegantes. Entendidas de este modo, serían fórmulas o formulismos bastante definidos, lo mismo que son bastante definidas las reglas del lenguaje. Pueden considerarse como no obligatorias en cuanto tienen ante todo un carácter técnico. Son reglas, y por eso pueden usarse como fundamento para las críticas de los comportamientos incorrectos y expresarse estas críticas en lenguaje normativo: «debes quitarte el sombrero», «es incorrecto decir 'tú estar'»... Pero induciría a confusión decir en esos casos que se tiene una obligación o un deber.

Las reglas obligatorias incluyen en su concepto: 1) la exigencia general de atenerse a ellas es insistente y la presión ejercida sobre los que no lo hacen o amenazan con no hacerlo es considerable; 2) se las considera importantes para el mantenimiento de la sociedad o algún rasgo importante de ella; 3) pueden interferir con los deseos de la persona obligada, de modo que incluso puede considerarse como característica suya ésta de llevar con-

---

Essays on Law and Morality, Oxford (Clarendon Press), 1979, pp. 155-159. Puesto que Hart ha admitido expresamente esta rectificación a su doctrina y esta terminología, me ha parecido que lo adecuado era incorporarlas, aun cuando esto suponga apartarse de la exposición de su obra principal, a la que me atengo en general de forma fundamental.— Cfr. H.L.A. HART: *Essays on Bentham*, Oxford (Clarendon Press), 1982, pp. 154-155; y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4), p. 14. En este último pasaje dice también Hart: «Desde luego, los que hacen esos enunciados 'desentendidos' (o no comprometidos) tienen que entender el punto de vista de uno que acepte la regla, y así su punto de vista bien podría llamarse 'hermenéutico'». Con esto parece que está aludiendo a la crítica de N. NACCORMICK: *H.L.A. Hart* (cit. nota 9), pp. 36-40. Pero esta crítica va más allá de la referencia a los términos normativos de los juristas y su correspondencia con ese tercer punto de vista intermedio. Alude al intento de Hart (expresado en el prólogo a *CL*) de hacer también (aparte de una «teoría del Derecho») una «sociología descriptiva», e indica que esto tiene que ver con esa distinción entre los distintos puntos de vista, insinuando que el tercer punto de vista, es decir, el que MacCormick llama «hermenéutico», es importante también para el estudio (sociológico) de la sociedad. En cualquier caso, en otro lugar (pp. 29-30) este mismo autor conecta expresamente la «nueva vía para la explicación de las reglas sociales» seguida por Hart con el método «hermenéutico» y, consiguientemente, con la obra de Winch y, a través de ella, con la sociología de M. Weber. Y sobre esto quisiera por mi parte llamar la atención: que ese tercer punto de vista, el «hermenéutico», que, desentendiéndose de tomar posición, está referido al punto de vista interno o las actitudes internas de otros, tiene mucho que ver con el método de la sociología comprensiva de M. Weber: de representar o reproducir (*nacherleben*) en nuestro interior los motivos de las acciones que queremos estudiar (comprender).— Cfr. *supra*, nota 20.

sigo la idea de sacrificio o renuncia. Y, desde luego, la obligación no ha de entenderse en el mero sentido de «tener que» hacer algo o «verse obligado» a hacer algo. Estas expresiones son apropiadas cuando nos referimos a nuestra situación frente a un atracador; pero no sería apropiado decir que teníamos una «obligación» de entregarle el dinero<sup>40</sup>.

Estas reglas obligatorias o normas<sup>41</sup> presuponen la sociedad, la vida social<sup>42</sup>; pero nada más que la sociedad; pueden, por consiguiente, ser normas meramente consuetudinarias. Una sociedad que no conociera una ulterior diferenciación de las normas, que contara con normas sólo en este sentido de obligaciones sostenidas o apoyadas en la presión social, estaría en una situación «prejurídica»; o tal vez pudiéramos decir que contaría con un «Derecho rudimentario», porque no es fácil distinguir una situación de otra<sup>43</sup>; pero no estaríamos ante lo que Hart entiende propiamente por Derecho y que él quiere describir y analizar, atendiendo primordialmente a la «estructura característica de los sistemas jurídicos nacionales»<sup>44</sup>. Estos están esencialmente constituidos por normas de dos tipos: las meramente sociales, a las que Hart denomina «normas primarias» o «normas primarias de obligación», y las que denomina «normas secundarias». En una primera aproximación, por contraste de los caracteres más llamativos de unas y otras, puede decirse que las del primer tipo, «que bien puede ser considerado como el tipo básico o primario, requieren a los hombres para que realicen o se abstengan de realizar ciertas acciones, tanto si lo desean como si no. Las normas del segundo tipo son, en cierto modo, parasitarias o secundarias con respecto a las del primero; porque establecen que los hombres pueden, mediante ciertas palabras o acciones, introducir nuevas normas del tipo primario, o modificar o extinguir otras anteriores, o determinar sus efectos y controlar su actuación de diversas maneras. Las normas del primer tipo imponen deberes; las del segundo confieren poderes, públicos o privados. Las normas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo prevén actos que no acarrear simplemente movimiento o cambio físico, sino la creación o modificación de deberes u

40. *CL*, pp. 79-85; *CD*, pp. 102-109.

41. Puesto que el término *rule* utilizado por Hart significa lo mismo regla obligatoria que no obligatoria, hemos mantenido hasta ahora esta significación indiferenciada. Pero en castellano resulta poco apropiado hablar de reglas obligatorias, porque la palabra regla tiene más bien un sentido de regularidad, próximo al de los hábitos, o bien un sentido técnico; por eso, en adelante, para referirnos a las «reglas obligatorias» emplearemos la palabra «norma(s)».

42. Hart no desconoce la moral crítica, ya al escribir *CL*, y hace múltiples referencias a ella (Cfr., por ejemplo, *CL*, pp. 165, 178-180, 181, 252...); pero, desde luego, en su teoría del Derecho, que expresamente se declara «analítica», no crítica, no le interesa directamente esa modalidad de la moral, sino tan sólo la moral social, la vigente en la vida social. Por eso, no me parece correcta la opinión de R.N. Moles, de que el «punto de vista interno» no es otra cosa que la confusión de las dos clases de moral que Austin había distinguido (la moral positiva y la propiamente dicha a la que se refiere la ética); y que el propio Hart viene a reconocerlo «al reintroducir la distinción de Austin, en *Law, Liberty and Morality*.— R.N. MOLES: *Definition and Rule in Legal Theory. A Reassessment of H.L.A. Hart and the Positivist Tradition*, Oxford (Basil Blackwell), 1987, p. 236.

43. *CL*, pp. 91 y 84.

44. *CL*, p. 17.

obligaciones»<sup>45</sup>. En otro lugar, Hart reduce el contraste entre unas y otras a un solo criterio, diciendo que las normas secundarias «están en un nivel distinto que las primarias, porque todas ellas son *referentes* a esas normas; en el sentido de que, mientras las normas primarias se ocupan de las acciones que los individuos han de hacer o no, todas estas normas secundarias se ocupan de las mismas normas primarias»<sup>46</sup>.

Desde luego, no se ha de pensar que Hart pretenda establecer conceptos perfectamente definidos, con los contornos bien delimitados, para que no quepa duda de su significado fijo de antemano: no cabe esperar esto de quien se adhiere a la filosofía lingüística de Wittgenstein y de Austin, en particular en este punto concreto, del significado de las palabras o de los conceptos<sup>47</sup>. Cabe suponer más bien que lo que pretende es darnos una orientación, el «aire de familia» de uno y otro tipo de normas. Pero tampoco en esta línea ha estado muy afortunado, porque ha sido demasiado tajante, en especial en la contraposición «imponen deberes» - «confieren poderes», ya que al menos alguna de las normas que señala como secundarias impone también deberes<sup>48</sup>. Parece, pues, más indicado que insistir en la caracterización general, atender al sentido de las normas secundarias con respecto a las primarias y a las distintas funciones que cumplen, que es lo que determina los distintos tipos de normas secundarias que pueden distinguirse a su vez.

45. CL, pp. 78-79; CD, p. 101. Aun cuando el párrafo está antes de que Hart haya establecido la distinción entre reglas obligatorias y no obligatorias, he empleado en la traducción la palabra «normas», porque el contexto está referido al Derecho, y en este campo es habitual entre nosotros (todavía) hablar de normas y no de reglas.

46. CL, p. 92; CD, p. 117. N. Bobbio está de acuerdo con esta última caracterización, mientras que encuentra «más discutible» la que prevalece a lo largo del libro de Hart, y en particular la que se basa en que unas normas establecen obligaciones y otras atribuyen poderes.— N. BOBBIO: *Studi per una teoria generale del Diritto*, Torino (Giappichelli), 1970. p. 185; en *Contribución a la teoría del Derecho*, edic. de A. RUIZ MIGUEL, Valencia (F. Torres), 1980, p. 324. También J. Raz critica especialmente esta última caracterización.— Cfr. J. RAZ: *The Concept of a Legal System*, Oxford (Clarendon Press), 1970, pp. 147 y ss.; y *The Authority of Law* (cit. nota 39), pp. 91 y ss. Otros critican el conjunto de la diferenciación por parte de Hart. Así N. MACKORMICK: *H.L.A. Hart* (cit. nota 9), pp. 103 y ss.; J.R. PARAMO: *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho* (cit. nota 1), pp. 231 y ss.; P.M.S. HACKER: «Hart's Philosophy of Law» (Cit. nota 32), pp. 19-20. Este último termina por declararse partidario de considerar la distinción entre normas primarias y secundarias como una «distinción por enumeración».

47. Sobre Wittgenstein y su influencia en Hart, concretamente en este punto, cfr. CL, p. 234. Sobre Austin, cfr. J.L. AUSTIN: «El significado de una palabra», en *Ensayos filosóficos* (cit. nota 26), pp. 71 y ss.; y la coincidencia de Hart puede apreciarse por el texto de CL, p. 15.

48. Cfr. sobre esto en particular J. RAZ: *Op. cit.* (nota 46), p. 199; y P.M.S. HACKER: *Op. cit.* (nota 32), p. 23. Con posterioridad Hart ha reconocido explícitamente que la norma de reconocimiento (no obstante ser norma secundaria) «impone un deber».— Cfr. HART: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», en *Sistema*, 36 (1980), p. 7. Esta cuestión de si las normas secundarias confieren sólo poderes, sin imponer obligaciones, puede plantear el problema de si hemos de denominarlas «normas»; pero, como ya hemos señalado (en nota 45), en el campo del Derecho parece más propio hablar (en todo caso) de normas, y no de reglas. De cualquier modo, con respecto a la «norma de reconocimiento», la cuestión está resuelta, especialmente por esta manifestación de Hart a que acabamos de aludir.

El sentido general de las normas secundarias es el de ser un complemento de las primarias. Porque es claro que ese régimen de normas meramente sociales sólo puede dar buenos resultados en una comunidad pequeña y estrechamente trabada por lazos de parentesco, o por sentimientos y creencias íntimamente compartidos, y contando con que las circunstancias ambientales permanezcan sin grandes cambios. En cualquier otra situación, la vida de una sociedad humana sin normas oficiales sería insostenible a la larga, porque estaría abocada a graves inconvenientes. El primero sería el de la *incertidumbre* con respecto a las normas mismas que habrían de regir en esa sociedad. No estaría claro ni cuáles serían esas normas, ni menos el alcance de cada una de ellas. Otro inconveniente sería el de la *inmovilidad*. Los únicos procedimientos de cambio serían, por un lado, la lenta introducción de conductas que primero serían opcionales, luego habituales y, finalmente, obligatorias; y, por otro, el lento proceso de abandono de normas, cuyas infracciones primero serían severamente tratadas, luego toleradas y, finalmente, admitidas. Un tercer inconveniente sería el de la *ineficacia*. Esta estaría provocada, en primer lugar, por la dificultad de determinar en cada caso si las normas han sido o no violadas; y, en segundo lugar, por la dificultad de administrar los debidos correctivos a los que las violaran, tanto si se piensa en que sean los propios perjudicados los que los administren como en que sea el grupo en general.

El remedio para cada uno de estos tres inconvenientes son las tres clases de normas secundarias que Hart distingue, y que considera como otros tantos pasos para la constitución del «mundo jurídico»; sólo cuando se han dado los tres puede hablarse indiscutiblemente de un sistema jurídico. Y esa unión de normas primarias y secundarias es la que permite ver mejor el carácter propio del Derecho: es «la clave de la ciencia general del Derecho»<sup>49</sup>.

Al inconveniente de la *incertidumbre* pone remedio la *norma de reconocimiento*, que determina cuáles son las normas que se han de aplicar, las normas que se han de admitir como normas del grupo. Esta determinación puede llevarse a cabo de maneras muy diferentes. Una forma primitiva, que de hecho se ha practicado en muchas sociedades, es la de fijar por escrito, o gravándolos en un monumento público, bien el texto, bien una lista de las leyes. En los sistemas jurídicos desarrollados las normas de reconocimiento adoptan formas más complejas: «por referencia a alguna característica general de las normas primarias. Esta puede consistir en el hecho de haber sido promulgadas por un cuerpo especial, o en su prolongada vigencia consuetudinaria, o en su relación con las decisiones judiciales». Naturalmente, en el caso de ser varias las características, puede establecerse un orden de preferencia, como suele ocurrir habitualmente con la subordinación de la costumbre a la ley.

---

49. CL, pp. 89-91; CD, pp. 113-117 y pp. 101-102.

Para remediar la *inmovilidad* se establecen *normas de cambio*. La forma más simple que éstas pueden revestir consiste en autorizar a una persona o corporación para introducir nuevas normas o suprimir las anteriores. Pero puede esa autorización modificarse por diversos medios, entre ellos el de señalar el procedimiento que se ha de seguir para esa introducción o eliminación de normas. En esta tarea pueden intervenir también los individuos privados, modificando su particular situación con respecto a los efectos de las normas a las que están sometidos: con testamentos, contratos, etc. Esto, al fin y al cabo, no viene a ser sino un perfeccionamiento, bajo los cauces legales, de las posibilidades de compromiso y, por consiguiente, de creación de poderes o facultades, que entrañaba ya, aunque sólo con sanción moral (de la moral social), la institución de las promesas.

Finalmente, a la *ineficacia* de las normas meramente sociales o consuetudinarias hacen frente las normas de *decisión judicial*<sup>50</sup>. Lo primero que tienen que remediar es la dificultad de determinar si las normas han sido infringidas o violadas en un caso concreto; y el procedimiento mínimo para lograrlo consiste en atribuir a determinados individuos el poder de decidirlo autoritariamente, imponiendo su autoridad. En la mayor parte de los sistemas jurídicos se ha atendido también a los inconvenientes de la aplicación privada de las sanciones, remediándolos por medio de la «centralización de la presión social». En estos casos, se ha determinado también (al menos dentro de ciertos límites) por ulteriores normas («de decisión judicial»), las penas que corresponden por esas violaciones y se «ha encomendado a los jueces, en los casos en que han comprobado el hecho de la violación, el poder exclusivo de dirigir la aplicación de las penas por parte de otros funcionarios»<sup>51</sup>.

Hart presta una especial atención a la norma de reconocimiento. Tal vez por su importancia. En efecto, ella se refiere, no sólo a las normas primarias, sino a todas las normas del Derecho (primarias y secundarias). Las afirmaciones de Hart que pudieran interpretarse en el primer sentido, las de que las normas secundarias se refieren a las primarias, han de entenderse no en sentido exclusivo, sino sobrentendiendo «en último término»<sup>52</sup>. De modo que la norma de reconocimiento es la decisiva para constituir la unidad, el *sistema* del Derecho, lo que determina, entre otras cosas, una clara

50. Creo que estoy proponiendo una nueva traducción para la expresión «rules of adjudication». Lo corriente es utilizar la palabra castellana más parecida a la inglesa, no sólo con respecto a «rules», sino también con respecto a «adjudicación». Así G.R. Carrió (CD) y J.R. Páramo (obra cit. nota 1). Me parece, sin embargo, que esa palabra castellana («adjudication») suscita, al menos primordialmente, una significación distinta de la inglesa y del sentido que, en concreto, le quiere dar Hart. Otra traducción muy diferente es la de «reglas de enjuiciamiento». Así, J.A. RAMOS PASCUA: *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid (Tecnos), 1989, p. 123. A mi modo de ver, esta última traducción tiene el inconveniente de que la palabra «enjuiciamiento», especialmente entre los juristas, va demasiado asociada al «proceso» judicial, lo cual es sólo una parte del sentido de Hart.

51. CL, pp. 92-95; CD, pp. 117-121.

52. Así, H. ECKMANN: *Rechtspositivismus und sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtslehre H.L.A. Harts*, Berlin (Dunker-Humboldt), 1969, p. 65.

o definida diferenciación de sus normas de las de otro tipo (entre ellas las morales)<sup>53</sup>. Y si la combinación o unión de las dos clases de normas (primarias y secundarias) constituye «la clave de la ciencia general del Derecho»<sup>54</sup>, la norma de reconocimiento ha de ser la clave de la clave.

Esto no debe llevarnos a interpretarla en el sentido de la «norma fundamental» de Kelsen. El propio Hart nos advierte que esto sería «desorientador»<sup>55</sup>. Y, desde luego, cuando se pone a explicarnos la diferencia entre su norma de reconocimiento y la «norma fundamental» de Kelsen le sobran razones<sup>56</sup>. «Si se quiere buscar un correlato o paralelo de la norma de reconocimiento en la teoría del Derecho de Kelsen, no es la norma fundamental, sino la Constitución en sentido material la que hay que tener en cuenta»<sup>57</sup>. En esta línea está claramente la forma en que la norma de reconocimiento se presenta por primera vez en la obra de Hart<sup>58</sup>. Y en esta línea están también los antecedentes de la doctrina, que él mismo ha señalado<sup>59</sup> o que han puesto de manifiesto los que la han estudiado<sup>60</sup>.

Pero también sería desorientador asimilar la norma de reconocimiento de Hart a la Constitución escrita o a disposiciones similares a ella, como las del Título Preliminar de nuestro Código Civil referentes a las fuentes del Derecho. A esto puede llevar fácilmente la perspectiva de los países de Constitución escrita y de Derecho codificado<sup>61</sup>. Pero ésta no es la perspectiva de Hart. Para él la Constitución escrita no será más que una parte de los criterios para identificar el Derecho (al lado, por ejemplo, de la promulga-

53. *CL*, pp. 93 y 165.

54. *CL*, p. 79.

55. *CL*, p. 105.

56. *CL*, pp. 245-246; *CD*, pp. 310-311.

57. Así, H. ECKMANN: *Op. cit.* (nota 52), p. 125.

58. H.L.A. HART: Introducción a J. AUSTIN: *The Province of Jurisprudence Determined* (cit. nota 32), p. XII. Sobre las diversas exposiciones hechas por Hart antes y después de *CL*, cfr. J.A. RAMOS PASCUA: *Op. cit.* (notas 32 y 50), pp. 139 y ss.

59. El indica que su postura se parece más que a la norma fundamental de Kelsen a los «principios jurídicos últimos» de Salmond.— *CL*, p. 245; *CD*, p. 310. Estos principios últimos de Salmond «son, como la regla de reconocimiento y a diferencia de la *Grundnorm*, Derecho positivo, esto es, normas cuya existencia se puede verificar empíricamente».— Así, J.A. RAMOS PASCUA: *Op. cit.* (nota ant.), p. 136. Pero no comprendo cómo después de esta afirmación se pueden sostener las de la página siguiente: «La doctrina de la regla de reconocimiento es la auténtica heredera de la *Grundnorm*...» El argumento aducido, de que Hart «debilita su anterior afirmación» al proceder a «justificar por qué ha utilizado una terminología distinta de la kelseniana (en vez de explicarnos por qué utiliza una terminología distinta de la de Salmond)», no me parece válido: Hart necesitaba explicarnos las diferencias de su concepción con respecto a la de Kelsen, no porque efectivamente se asemejara más a ella que a la de Salmond, sino porque podía parecerlo y, sobre todo, porque es consciente de que la fama de Kelsen es muy superior a la de Salmond, por lo que resulta más oportuno dar explicaciones de la relación con la doctrina de aquél que con la de éste.

60. Me refiero a la estrecha conexión, tal vez incluso de origen, entre la doctrina de Hart y la de Hägerström a este respecto, puesta de manifiesto por el propio RAMOS PASCUA: *Op. cit.* (nota ant.), pp. 137 y ss. y por E. PATTARO: *Op. cit.* (nota 32), especialmente pp. 153 y ss.

61. Es lo que parecen sugerir las indicaciones de N. BOBBIO: *Op. cit.* y trad. cit. (nota 46), pp. 185 y ss. y pp. 324-325.

ción por un cuerpo legislativo y de los precedentes judiciales)<sup>62</sup>. «En su mayor parte» (*for the most part*) —nos dice— la norma de reconocimiento ni siquiera está formulada (*stated*), «sino que su existencia se *muestra* en la forma en que se identifica las normas particulares»<sup>63</sup>; se trata del «uso de normas no formuladas de reconocimiento, por parte de los tribunales y otros, al identificar normas particulares del sistema»<sup>64</sup>; «su existencia tiene que consistir en una práctica real»<sup>65</sup>. Se trata de una «cuestión empírica, aunque compleja, de una cuestión de hecho». «Si se lo controvirtiera, lo que queda así presupuesto pero no expresado podría ser establecido recurriendo a los hechos, esto es, a la práctica efectiva de los tribunales y funcionarios del sistema». Se puede llamar a eso *Constitución*, pero entendiéndola como «realidad viviente», como la Constitución que «es aceptada y efectivamente existe»<sup>66</sup>.

Desde esta posición hay que explicar la noción de validez jurídica y los problemas que plantea. Este es uno de los temas para los que la norma de reconocimiento es la clave inmediata. Porque decir que «una norma es válida no es más que reconocer que satisface todos los requisitos establecidos por la norma de reconocimiento y que es, por lo tanto, una norma del sistema»<sup>67</sup>. Las cuestiones de validez, según Hart, sólo se plantean «en el interior de un sistema de normas», y ahí precisamente es donde la norma de reconocimiento da la respuesta, porque proporciona los criterios con los que hay que juzgar «el status de una norma como miembro del sistema». Hacia el exterior, es decir, para juzgar el conjunto del sistema, incluida la norma de reconocimiento, no necesitamos la palabra «validez» ni la usamos «comunmente». En todo caso, Hart no está dispuesto a que se plantee la cuestión de la validez en esa dirección: «No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia norma de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta»<sup>68</sup>.

Qué sea esto de la aceptación es algo que ya comenzamos a ver a propósito de las reglas en general. Dijimos entonces que era la actitud que corresponde al que las ve desde el punto de vista interno, entendido éste en el sentido más estricto, de «comprometido». Pero dijimos también que el esclarecimiento de lo que es el punto de vista interno y la aceptación debería hacerse teniendo en cuenta las distintas clases de reglas. En efecto, antes, o independientemente, de la constitución de los sistemas jurídicos, la aceptación de las normas obligatorias (que son las reglas que más directamente nos interesan) tenía que ser muy distinta de la que tiene lugar una vez esta-

62. CL, p. 98.

63. CL, *ibid.*

64. CL, p. 99.

65. CL, p. 108.

66. CL, p. 245; CD, pp. 320-311.

67. CL, p. 100; CD, p. 129.

68. CL, p. 105; CD, p. 135.

blecidos esos sistemas. No habiendo nada que las unificara, las normas tendrían que ser aceptadas independientemente o por separado, y los disidentes, es decir, los que no las cumplieran más que por miedo a la presión social, no podrían ser muy numerosos, porque, de otro modo, esa presión social desaparecería<sup>69</sup>. Con la constitución de los sistemas jurídicos la situación cambia. La aceptación de la norma de reconocimiento supone aceptar indirectamente las demás, y, por consiguiente, éstas no tienen que ser aceptadas una por una. Además, el ejercicio de la presión social se ha reforzado y especializado por las normas de cambio (o legislación) y, sobre todo, por las de decisión judicial. La aceptación o adhesión interna a las normas ya no tiene que ser tan general, ni tan intensa, como si no existieran esas instituciones. Pueden incluso la mayor parte de los individuos adoptar una actitud más bien pasiva, o la de no obedecer a las normas más que por temor al castigo. Basta con que la desobediencia no sea general. Por lo demás, la misma adhesión (interna) al Derecho puede no estar motivada por razones morales, sino también por «cálculos de intereses a largo plazo, o por una preocupación desinteresada por los demás; o por una actitud heredada o tradicional no reflexiva; o el mero deseo de obrar como obran los demás»<sup>70</sup>.

La situación de los funcionarios es distinta. Los que (como tales) usan y aplican las normas y, en especial, la norma de reconocimiento, no sólo utilizan continuamente el lenguaje propio del punto de vista interno, sino que tienen que estar efectivamente comprometidos con ese punto de vista y aceptar las normas de una manera más activa, que no puede describirse adecuadamente con la palabra «obedecer». Para que la norma de reconocimiento exista «tiene que ser considerada, desde el punto de vista interno, como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas normas, en general tienden a apreciar críticamente tales desviaciones como deficiencias respecto a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes o públicos. No se trata solamente de la salud o eficacia del sistema jurídico, sino de una condición lógicamente necesaria para que podamos hablar de la existencia de un determinado sistema jurídico<sup>71</sup>. En cuanto a los motivos personales en los que se apoya esa actitud, no tienen por qué ser distintos de los que determinan la adhesión (interna) de los particulares. De hecho, Hart, cuando se refiere a esos motivos de los funcionarios, en concreto de los jueces, o los equipara a los de los particulares<sup>72</sup>, o bien señala otros similares<sup>73</sup>.

69. CL, pp. 89 y 113-114.

70. CL, pp. 109-199, 226; CD, pp. 140-146, 249-251, 285-286; *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4), p. 69; *Essays on Bentham* (cit. nota 39), pp. 145-147, 156-158, 160-161.

71. CL, pp. 99, 109-1114; CD, pp. 127-128, 140-146.

72. Así en *Essays on Bentham* (cit. nota 39), pp. 160-161.

73. «Los jueces pueden explicar o justificar su aceptación de las leyes promulgadas por los legisladores diciendo que ellos simplemente pretenden continuar con una práctica establecida, o que al asumir el cargo juraron continuarla, o que al aceptar el cargo de juez se comprometieron tácitamente a actuar de ese modo».— H.L.A. HART: *Essays on Bentham* (cit. nota 39), p. 265.

Se confirma, pues, por las explicaciones de lo que se ha de entender por aceptación de las normas y, en concreto, de la norma de reconocimiento, que la existencia de ésta es una «cuestión de hecho», aunque implique la referencia a normas y a actitudes interiores con respecto a ellas; se manifiesta en una «práctica real», una «práctica efectiva de los tribunales y funcionarios». Resulta así muy distinta de la «norma fundamental», que empezó siendo una «hipótesis» y terminó siendo más bien una «ficción» (en las propias palabras de Kelsen). Pero ambas se diferencian también en la función. La norma fundamental se presupone (en un sentido o en otro) para fundamentar o explicar la validez de todo el ordenamiento en su conjunto, mientras que Hart ni siquiera se plantea esta cuestión, se niega a plantearla: hacia el interior del sistema la validez (de las diversas normas) se explica por la norma de reconocimiento; hacia el exterior, no nos planteamos, no es necesario plantearse la cuestión. Podría tal vez pensarse, suponerse, que Hart aprendió de Kelsen a no repetir el intento, vistas las complicaciones (y el fracaso) que a éste le supuso. Pero se trata de una mera suposición (mientras no se sepa que Hart tuvo efectivamente eso en cuenta); y además de una suposición innecesaria, porque la actitud de Hart se puede explicar perfectamente por su conexión con la filosofía lingüística del lenguaje común u ordinario. En esa dirección apunta su indicación de que, para el conjunto del ordenamiento o sistema jurídico, ni necesitamos ni usamos «comunmente» la «palabra 'validez'». Esa podría no ser una razón definitiva desde la postura de Austin, ya que para éste el lenguaje ordinario es tan sólo «la primera palabra», y su horizonte puede ampliarse, «si nuestros intereses son más amplios o más intelectuales que los ordinarios». Pero recordemos que la posición de Wittgenstein es más radical: «La filosofía no puede, en modo alguno, interferir con el uso efectivo del lenguaje; puede, a la postre, solamente describirlo. Pues no puede tampoco fundamentarlo. Deja todo como está<sup>74</sup>. Claro que es posible que Hart fuerce un poco las cosas al atribuir eso al lenguaje ordinario (la despreocupación por la cuestión de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto). Pero aun así, aun suponiendo que Hart no pudiera contar con ese apoyo, no le faltarían otros, en la propia filosofía de Wittgenstein, que irían en la misma dirección (de desentenderse de esta cuestión de la fundamentación del sistema jurídico en su conjunto).

Estamos hablando del sistema jurídico, dando por supuesto que Hart, con su norma de reconocimiento, haya realmente logrado fundamentar eso, la reducción del Derecho a sistema. Sin embargo, la verdad es que también en ese punto no deja de tener problemas. Ya hemos visto que da por supuesto que en los Estados modernos la norma de reconocimiento es compleja; consta de varios criterios, generalmente al menos estos tres: Constitución escrita, promulgación legislativa, y precedentes judiciales. En otros casos, se tiene en cuenta la costumbre; en otros, como en Norteamérica, «los crite-

74. L. WITTGENSTEIN: *Investigaciones filosóficas*1, 124.

rios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales»<sup>75</sup>. Para que, a pesar de esta complejidad, se logre la unidad del sistema, esos criterios tienen que ser reducidos a unidad, al menos mediante la supremacía o jerarquía de unos sobre otros, y en último término de uno sobre los demás<sup>76</sup>. Pero esto no siempre se logra, ni en abstracto o en general, ni menos en concreto, en los casos concretos. Hart es consciente de la dificultad, hasta el punto de que es oscilante en utilizar el singular o el plural para la norma de reconocimiento: generalmente utiliza el singular, y expresamente dice que prefiere el singular, pero, no obstante, con frecuencia la palabra aparece en plural (*rules*)<sup>77</sup>. Realmente, dado «el énfasis en los órganos de aplicación del Derecho»<sup>78</sup> que caracteriza a la teoría de Hart (en especial en este punto de la concepción de la ley de reconocimiento) y dada la diversidad de esos órganos, la diversidad de materias a que atienden y las dificultades y la problematicidad de las soluciones que adoptan, parece difícil de rechazar la posibilidad de que, dentro de lo que se considera un ordenamiento jurídico, vengan a constituirse diversas normas de reconocimiento que no puedan ser reducidas a unidad; tanto más, cuanto que esas normas de reconocimiento no tienen por qué ser estables o permanentes, sino que pueden estar sometidas a variaciones u oscilación. Esta tesis cobra aún más vigor, si se tiene en cuenta la doctrina de Hart, que deriva de la de Waismann que expusimos anteriormente, de la «(con)textura abierta» de los conceptos y de las normas, que también afecta a la norma de reconocimiento.

Que a las normas se les haya de aplicar esa teoría de Waismann se deriva, en primer lugar, de que emplean conceptos empíricos, a los que hay que atribuir la condición que aquél les atribuía: que no pueden ser conocidos exhaustivamente, y menos de antemano, con anticipación, los significados que les corresponden, o les van a corresponder; y, en segundo lugar, se deriva de que el mismo propósito o finalidad de la ley está en relación con la determinación de ese significado. Por ejemplo, si en un parque se prohíbe la circulación de vehículos, es claro que lo que se quiere es preservar la paz o la tranquilidad; pero, a su vez, el grado en que ésta quiera preservarse depende de los vehículos que se han tenido en cuenta: si luego, por nuevas invenciones, o por lo que sea, se presenta la cuestión de si la prohibición es aplicable a objetos que no habían sido tenidos en cuenta,

75. CL, p. 199; CD, p. 252.

76. CL, pp. 98, 102... *Essays on Bentham* (cit. nota 4), p. 360.

77. P.M.S. HACKER (Op. cit. nota 32) cita un sólo caso: CL, 113; J.A. RAMOS PASCUA (Op. cit. nota 50, p. 175, nota 88) cita también CL, p. 63. Pero hay más. Sin salir de CL, por lo menos también pp. 93 y 99. Pero tal vez sea más significativa la expresa confesión de indecisión por parte de Hart, en la Introducción a *Essays on Bentham* (1982) (cit. nota 39), p. 18, y la misma concesión que hace en la discusión con Raz (a fin de facilitar la polémica), en la misma obra p. 155. Por su parte, tanto HACKER (Op. cit., p. 24), como J. RAZ (Op. cit. nota 39, pp. 95 y ss.) dos de los discípulos más próximos a Hart, optan decididamente por admitir que un sistema jurídico puede tener *más de una* norma de reconocimiento.

78. J. RAZ: *The Authority of Law* (cit. nota 39), p. 89.

no sólo es dudosa la aplicación a esos objetos del significado del término utilizado de «vehículos»; es dudosa también la finalidad o el propósito de la ley con respecto a esos objetos, si la paz o la tranquilidad que se quiere preservar se ha de considerar perturbada por el uso de esos objetos, por ejemplo, automóviles eléctricos de juguete.

Hart trata de poner límites a las consecuencias de esta teoría, distinguiendo entre «un núcleo de certeza y una penumbra de duda», tanto en el significado de los conceptos, como en el alcance de las normas<sup>79</sup>. Si esas zonas de «significado definido» y «casos discutibles» pudieran delimitarse de antemano por «la coincidencia en el uso convenido del lenguaje», tendríamos mucho conseguido con esas condiciones. Pero eso no se puede sostener, porque para usos especiales cambia el significado de los términos, lo mismo que cambia también en relación con el propósito de la norma. Resulta, por tanto que, en definitiva, no pueden reputarse «casos claros», es decir, de «significado definido», pertenecientes al «núcleo de certeza», más que los que obtienen un «acuerdo general de que pertenecen al ámbito o alcance de una norma»<sup>80</sup>. Queda así aclarado, o desechado, el sentido de expresiones más optimistas, que hablaban de «amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio*, no mediante un *standard* variable, sino mediante normas que exigen conductas específicas, y que sólo presentan una zona de (con)textura abierta»<sup>81</sup>. Se confirma, en cambio, que es más bien la práctica, la interpretación *a posteriori* la que determina cuáles son «los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación»: «son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general»<sup>82</sup>.

Esto lleva consigo, a su vez, que la aplicación de las normas generales se asemeje mucho a la aplicación de la analogía y de los precedentes judiciales. Porque se trata fundamentalmente de ver si el caso en cuestión «se asemeja 'suficientemente' al caso claro en los aspectos 'relevantes'»<sup>83</sup>. Lo cual quiere decir que el margen de discrecionalidad que le queda al intérprete en la aplicación de las normas puede ser «muy amplio». De manera que el hecho de aplicar la norma puede ser calificado como «elección»<sup>84</sup>.

Estas complicaciones se extienden a la(s) propia(s) norma(s) de reconocimiento, que, como Hart admite reiteradamente, participa(n) de la condición de «(con)textura abierta». La situación en ciertos casos puede parecer «paradójica», porque el llamado a resolver las dudas de una norma de reconocimiento derivada de la Constitución puede ser un tribunal que, a su vez,

79. CL, pp. 119-132; CD, pp. 152-169.

80. H.L.A. HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4), pp. 7-8, 62-68 y 106.

81. CL, p. 130; CD, p. 166.

82. CL, p. 123; CD, p. 158.

83. CL, p. 124; CD, p. 159.

84. CL, *ibid.*; CD, *ibid.*

deriva su competencia de la misma Constitución. Sin embargo, hay que suponer, y podemos suponer, que no todo es dudoso; «es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, que no toda norma sea dudosa en todos los puntos. La posibilidad de que haya tribunales que, en cualquier momento dado, tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de validez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del Derecho, que incluya las normas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí las originen su preciso ámbito y alcance»<sup>85</sup>. Pero, es posible que no todas las decisiones tomadas por esos tribunales estén cubiertas por una delegación previa de autoridad para tomarlas. Es más bien el éxito, el resultado, el que cuenta. Y «es posible que se acepte sin protestas una pieza muy sorprendente de creación judicial de Derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente*, y puede parecer auténtico, que los tribunales tuvieron en todo tiempo «inherente» una potestad de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa, si la única prueba a su favor es que la cosa tuvo éxito»<sup>86</sup>.

Cabe preguntarse, después de esto, qué queda de la norma de reconocimiento, no ya de su unicidad, sino de su virtualidad, de su función de dar unidad al sistema jurídico y explicar o fundamentar la validez de sus normas (dentro del conjunto, en su interior). La respuesta parece que tiene que ser que la norma de reconocimiento no logra plenamente su función. Pero, al menos, es la expresión del conjunto de las fuentes formales<sup>87</sup> que deben ser y son tenidas en cuenta, de manera primordial, en la solución de las cuestiones jurídicas, especialmente por los órganos de aplicación del Derecho. Estos deben prescindir en general, como de hecho prescinden, de atender al contenido de las normas y a la valoración crítica que merecen. La norma de reconocimiento las convierte en «razones perentorias» para la decisión, es decir, en motivos o fundamentos que «cortan la deliberación, el debate o la argumentación», porque tienen un valor en sí mismas, independientemente del análisis de su contenido<sup>88</sup>.

Pero, como en la configuración de la norma de reconocimiento ha puesto tanto «énfasis en los órganos de aplicación del Derecho»<sup>89</sup>, en la práctica de los jueces y demás funcionarios encargados de aplicarlo, no es extraño que Hart reconozca que la distinción entre las «fuentes formales» del Derecho y las «materiales», o «históricas» o «causales» «puede hacerse

85. *CL*, p. 149; *CD*, 189.

86. *CL*, pp. 149-150; *CD*, 190-191.

87. Cfr. *CL*, p. 246; *CD*, p. 312.

88. Ver especialmente el capítulo con que se cierra *Essays on Bentham* (cit. nota 39), escrito, al parecer, en torno a la misma fecha de publicación de esa obra (1982), especialmente, pp. 253 y ss.

89. Las palabras entre comillas son de Raz (cfr. nota 78), referidas a él mismo, pero también, explícitamente a Hart.

borrosa en la práctica efectiva». Esto se debe, en primer lugar, a la «considerable libertad en la interpretación» de los textos legales que tienen los tribunales. «Pero, a veces, el juez tiene mucho más que libertad de interpretación. Cuando él considera que ninguna ley u otra fuente formal del Derecho determina el caso a decidir, puede fundar su fallo, por ejemplo, en un texto del Digesto, o en la obra de algún jurista... El sistema jurídico no lo *obliga* a usar estas fuentes, pero está aceptado como cosa perfectamente correcta que lo haga. Ellas son, por tanto, más que meras influencias históricas o causales, pues tales textos son reconocidos como «buenas razones» para los fallos. Quizás podríamos llamar a tales fuentes jurídicas 'permissivas'<sup>90</sup>.

No está muy clara la situación de estas «fuentes permissivas», porque si lo decisivo en la configuración de la norma de reconocimiento es la práctica efectiva en la aplicación del Derecho, y esa práctica las admite o las aplica de hecho, ¿por qué no considerar a tales fuentes como auténticas fuentes jurídicas o formales? Naturalmente, con ejemplos particulares o concretos como los alegados en el texto anterior sería difícil configurar el contenido de la norma de reconocimiento. Pero se puede operar también con categorías generales referentes a los elementos o factores que, de hecho, tienen en cuenta los tribunales en sus decisiones. La más importante de estas categorías sería la de la moral. Ya vimos anteriormente que Hart considera que, en los Estados Unidos, la norma de reconocimiento «incorpora explícitamente principios de justicia y valores morales»<sup>91</sup>. En otra ocasión nos dice que no hay ninguna razón por la que la norma de reconocimiento «no pudiera identificar directamente ciertos principios por su *contenido* y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica. Tal referencia al contenido de los principios podría ser realizada en términos generales, por ejemplo, como principio de moralidad o de justicia, o en términos específicos, por ejemplo, el que a ningún hombre se le debería permitir beneficiarse de su propio mal proceder»<sup>92</sup>. Sin embargo, en otro lugar había precisado que lo que puede restringir el contenido de la norma de reconocimiento no es la lógica: «por lo que hace a la 'lógica' podría disponer explícita o implícitamente que los criterios que determinan la validez de las leyes subordinadas deben dejar de ser considerados como tales en el caso de que se compruebe que son objetables moralmente las leyes identificadas de acuerdo con ellos». Lo que habría que oponer a esto, se dice luego, no serían razones de orden «lógico», «sino la gran indeterminación de tales criterios de validez jurídica. Las Constituciones no invitan al alboroto adoptando esta forma»<sup>93</sup>. Esta última afirmación y la referencia

90. CL, pp. 246-247; CD, p. 312.

91. Cfr. *supra* nota 75.

92. H.L.A. HART: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», traducción de L. HIERRO, F. LAPORTA y J.R. PARAMO, en *Sistema*, 36 (1980), p. 8.

93. H.L.A. HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (cit. nota 4.), p. 361.

que anteriormente hace a la cláusula del «debido proceso»<sup>94</sup> parecen precisar en qué sentido admite Hart que la norma de reconocimiento en los Estados Unidos incorpora principios de justicia: no en general, sino con un determinado contenido.

Pero, aparte de lo que la norma de reconocimiento puede incorporar, todavía quedan casos que no se pueden solucionar de acuerdo a lo que Hart considera como Derecho. En esos casos admite él mismo que «el juez debe, algunas veces, salir fuera del Derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión». «Los poderes legislativos de los jueces son «intersticiales», y sujetos a muchas restricciones. A pesar de ello, tales restricciones desaparecerán en aquel punto en que el Derecho existente no acierte a imponer alguna decisión como la decisión correcta. En este punto el juez, para decidir el caso, debe ejercer su poder de creación de Derecho, aunque no debe hacerlo arbitrariamente: es decir, debe siempre tener algunas razones generales que justifiquen su decisión y actuar como lo haría un legislador consciente, decidiendo según sus propias creencias y valores»<sup>95</sup>. Estas «razones generales» y estas «creencias y valores» podrían precisarse en el sentido que Hart explica, en otro lugar, que han de tomarse las «razones para las decisiones» de los jueces, en los casos en que han de ejercer una «actividad creadora»: «intereses sociales e individuales, aspiraciones sociales y políticas, y pautas generales (*standards*) de moral y de justicia». Todo esto «puede formularse en términos generales como principios, directrices políticas (*policies*) y pautas generales de conducta (*standards*)»<sup>96</sup>. Pero esto ya no es el mundo en que se mueve la teoría del Derecho de Hart. Lo suyo es el campo de las normas, acotadas por la norma de reconocimiento. Esto otro, el mundo de los principios, las directrices políticas y los *standards*, es en cambio el terreno en el que prefiere moverse su sucesor en la cátedra de Oxford, el norteamericano Ronald Dworkin.

---

94. Se refiere sin duda a la cláusula del «due process of law», de la 5.<sup>a</sup> Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

95. H.L.A. HART: ¿«El nuevo desafío...» (cit. nota 92), pp. 8-9;

96. H.L.A. HART: *Essays...* (cit. nota 4), pp. 106-107.