

La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*

Por JUAN RAMON DE PARAMO ARGÜELLES

Madrid

El trabajo publicado recientemente por José A. Ramos Pascua sobre el concepto de regla de reconocimiento constituye un buen ejemplo de rigor analítico y capacidad expositiva sobre uno de los temas centrales de la teoría del Derecho, el problema de la identidad de los sistemas jurídicos. El autor expone los antecedentes más importantes que se han formulado para responder a esta cuestión (cap. I), describe el contexto teórico de la obra de Hart (cap. II), analiza la doctrina de la regla de reconocimiento (cap. III) y señala lo que considera puntos débiles de tal doctrina (cap. IV). En esta recensión me voy a limitar a comentar algunos aspectos parciales de su interesante libro, e intentaré señalar algunos puntos controvertibles que se derivan directa o indirectamente de las tesis sostenidas por Ramos con el ánimo de provocar su respuesta.

Creo que el problema fundamental que plantea el concepto de regla de reconocimiento es el de la vinculatoriedad jurídica, es decir, la tesis acerca de si las reglas jurídicas son razones autónomas para la acción. Y este problema surge en las primeras páginas del ensayo de Ramos, en particular cuando comenta el concepto de soberano de Austin (p. 25). Dice Ramos que la apelación a la voluntad del soberano como fuente de todo Derecho mantenida por Austin «es tanto como rebasar el ámbito de lo jurídico. Es tanto como fundamentar todo el Derecho en un concepto extrajurídico, en un concepto no normativo. Austin mantiene así una doctrina difícilmente conciliable con los principios básicos del positivismo jurídico, que claramente excluyen la posibilidad de que las fuentes del Derecho puedan estar más allá del mismo». Para reforzar esta tesis se cita la crítica de Kelsen a Austin, que viene a decir que al ser el concepto de soberano un concepto

* J. A. RAMOS PASCUA, «La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart», Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

descriptivo éste no puede fundamentar la vinculatoriedad jurídica. Quiero discutir aquí tres ideas que se derivan de lo expuesto por Ramos. En primer lugar, la cualificación descriptiva del concepto de soberano de Austin. Segundo, la tesis positivista de las fuentes normativas del Derecho. En tercer lugar, la presunta solución del problema de la vinculatoriedad.

Que el concepto de soberano de Austin sea un concepto descriptivo parece que no suscita dudas en las diferentes interpretaciones que se han ofrecido del mismo. Precisamente, una de las principales críticas de Hart al modelo teórico de Austin consistió en sustituir su idea descriptiva de soberano por la versión normativa de las reglas sociales. Hart nos recuerda continuamente que las reglas difieren de las órdenes respaldadas por amenazas, y que el Derecho puede ser mejor explicado en los primeros términos que en los segundos. Ahora bien, no creo estar tan seguro de la total ausencia de elementos normativos en la presunta versión descriptiva del soberano Austin. Si bien es cierto que entre el soberano y los súbditos sólo existen mandatos y hábito de obediencia, no es tan claro que las mismas relaciones existan entre los propios miembros del grupo dirigente, y esto se puede comprender sin recurrir a la idea de regla. El modelo coercitivo del Derecho basado en la idea de mandato o de orden respaldada por amenazas es compatible con actitudes no coercitivas mantenidas por individuos o grupos de personas. No es que de Austin se derive una *definición* normativa de soberano, sino que de su *descripción* coercitiva del Derecho no hay incompatibilidad conceptual con la existencia de actitudes normativas.

Tampoco veo que sea absolutamente necesaria la tesis de las fuentes normativas del Derecho para poder ser adscrito al positivismo jurídico. Precisamente se ha sostenido en algunas ocasiones la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la idea de que el Derecho, en última instancia, es una convención artificial que sirve para coordinar conductas y dirimir conflictos basados en prácticas sociales. Las actitudes normativas pueden provenir desde *fuera* del propio Derecho, y esto es perfectamente compatible con las tesis positivistas. Claro está que algunos positivistas, como por ejemplo Kelsen, usan un concepto de normatividad unido a la idea de vinculatoriedad jurídica al identificar *validez* y *fuerza obligatoria* del Derecho. Pero esta tesis es muy confusa, y aunque se han hecho muchas matizaciones de la misma, pone en peligro la idea básica de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

Por último, no veo cómo el problema de la vinculatoriedad jurídica puede quedar resuelto apelando al propio sistema jurídico. En sentido contrario, el profesor Ramos sostiene: «la obligatoriedad no es un rasgo que le venga dado a la norma por el hecho de ser válida, sino que es un rasgo que pertenece a la propia naturaleza de toda norma; aunque, naturalmente, no habrá obligatoriedad alguna si la norma no existe, esto es, si la norma no es válida» (p. 44). No entiendo muy bien qué quiere decir que las normas jurídicas válidas son obligatorias, o que la obligatoriedad es un rasgo que perte-

nece a la propia naturaleza de toda norma. Porque si por obligatoriedad se quiere decir capacidad de imposición coactiva, esta fuerza vinculante no es privativa del Derecho sino de cualquier orden respaldada con amenazas eficaces. Pero si por vinculatoriedad jurídica se entiende una obligatoriedad en sentido estricto, entonces las obligaciones jurídicas no serían sino una subespecie de las obligaciones morales. En el caso de las normas jurídicas válidas no serían las propias normas las que impondrían las obligaciones, sino otros elementos o componentes ajenos a las propias normas. Claro está que hay quien sostiene —como hace el propio Hart— que la obligación jurídica es un concepto autónomo y que es posible hablar de la normatividad del Derecho y mantener la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

La parte más constructiva y crítica del libro que se comenta está contenida en los capítulos tercero y cuarto. En el primero se describen los precedentes y la evolución del concepto de la regla de reconocimiento tal y como ha sido formulada por Hart, mientras que en el segundo se analizan críticamente lo que Ramos entiende como puntos más débiles de su teoría. En particular, creo que se destacan sobre los demás cuatro puntos fundamentales: la idea de que la regla de reconocimiento no contienen *todos* los criterios de validez jurídica, sino sólo algunos; la dificultad de concebir a la regla de reconocimiento como práctica social si de ella se pretende derivar deberes; la pretensión fallida de presentar el concepto de *aceptación* como algo que está libre de adhesión a principios valorativos; y por último, la ineptitud de la regla de reconocimiento para identificar todo el material jurídico.

Es evidente que la caracterización que hace Hart del concepto de regla de reconocimiento es imprecisa y ambigua, lo que hace dudar de su idoneidad para resolver el problema de la identidad de un sistema jurídico. En este sentido coincido plenamente con la crítica llevada a cabo por el profesor Ramos. Gran parte de esta ambigüedad radica en el doble aspecto que tiene la regla de reconocimiento tal y como ha señalado MacCormick; por un lado, *reconocer* es una operación cognoscitiva que implica conocer los criterios de validez jurídica identificadores de las normas que pertenecen al sistema, mientras que por otro, se indica que tales normas así identificadas tienen que ser *aceptadas* como criterios de un comportamiento correcto. Y esta aceptación de normas es una actividad práctica y no teórica. Por lo que el conocido punto de vista interno comprende tanto la actitud cognoscitiva —para conocer las normas— com la práctica —se aceptan una vez que están identificadas—. De manera que no es posible conocer los criterios en cuestión sin conocer cuáles son las normas que se aceptan y se usan. De modo que si la aceptación de normas implica sólo el uso compartido de criterios de identificación, no puede proporcionar una teoría acerca de cuáles son esos criterios en los sistemas jurídicos de que se trate.

Con independencia de estos problemas de imprecisión y ambigüedad, uno de los puntos centrales de la crítica de la tesis de la regla de reconoci-

miento ha consistido, como Ramos subraya, en presentar las dificultades que se derivan de su configuración como una práctica social, y en particular, como una práctica social de la que se pretenden derivar obligaciones y deberes. Coincidió con el argumento de Ramos que consiste en plantear las dificultades para concebir deberes a partir de prácticas sociales —argumento utilizado por Dworkin entre otros— y por otro lado, de la necesaria aceptación de que toda regla social obligatoria —y la regla de reconocimiento pretende serlo según Ramos— requiere, para cumplir su función, una adhesión valorativa por parte de sus destinatarios obligados. No obstante aquí es preciso retomar la idea de obligación que Hart sostiene para defenderla de la crítica de Ramos —y otros— de que, en última instancia, la idea de obligación exige un componente de carácter moral —lo que haría debilitar de manera muy seria la principal pretensión de la teoría jurídica de Hart, a saber, la idea de que el Derecho es una institución social que puede ser descrita con independencia conceptual de la moral—.

En una entrevista de Hart concedida a DOXA (n. 5), y publicada posteriormente al libro del profesor Ramos, Hart sostiene que su teoría de la obligación jurídica tal y como había sido formulada con anterioridad contiene algunos errores, en especial la presunción equivocada de que se analiza todo tipo de obligación como si surgiera de reglas sociales que son aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo social como guías de conducta y pautas de crítica, manteniéndose por exigencias generales de conformidad y presión sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse (p. 343). El problema consiste en que si bien esta teoría puede funcionar para explicar el origen de las obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario, no sirve para explicar las obligaciones jurídicas que surgen de las reglas legales emitidas por el poder legislativo y aplicadas por los tribunales. Por ello Hart rectifica en parte la versión anterior y sostiene que lo que «es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que esas reglas son respuestas legítimas o al menos permitidas por el sistema. De este modo, la presión y las exigencias no serán simplemente consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias normativas porque son legítimas en este sentido. Ahora considero que esta idea de una respuesta legítima a la desviación en la forma de exigencias y presión para la conformidad es el componente central de la idea de obligación» (p. 344).

De modo que en los términos de su nueva teoría las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas y principios morales. De nuevo se pretende salvar la idea de un concepto moralmente neutral de obligación jurídica que

permita ofrecer una versión descriptiva de la idea de Derecho sin necesidad de recurrir a ingredientes de carácter moral. De lo que no estoy muy seguro es de que la regla de reconocimiento sea una regla social obligatoria en lugar de una regla que confiere potestades o competencias (véase por ejemplo la opinión contraria de Ramos, p. 194: «... la regla de reconocimiento es un claro ejemplo de regla social obligatoria. Eso exige representarla como práctica aceptada para guiar la conducta, en relación a la cual es insistente la exigencia general en favor de la conformidad, y fuerte presión social aplicada sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo»). O mejor dicho: para Ramos —como para otros, como por ejemplo Ross o Nino— las normas de competencia son una expresión indirecta de normas de conducta, mientras que otra versión dice que las normas de competencia o secundarias son normas que establecen las condiciones de validez de las normas legales, es decir, normas que determinan los requisitos procedimentales para crear, identificar, modificar o aplicar normas legales. Ahora bien, la distinción entre reglas primarias y secundarias tal y como aparece en *El concepto de Derecho* es imprecisa y responde a criterios diferentes de distinción. Por ejemplo, se habla de reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes, reglas que regulan acciones que implican movimientos o cambios físicos y reglas que prevén actos que producen cambios normativos, y también reglas que se refieren a las normas que regulan la conducta de los individuos. A pesar de esta confusión creo que las reglas secundarias son condiciones necesarias de la validez de las normas, aunque pueden existir restricciones procedimentales o exigencias de contenido que tengan que ser cumplidas por las normas emitidas por una autoridad con el fin de que puedan funcionar como reglas del sistema. Pero, no obstante, si no se tiene una regla de competencia como punto de referencia difícilmente se podrá identificar a las reglas jurídicas.

Pero creo que lo determinante para distinguir el diferente papel que cumple la regla de reconocimiento de las reglas sociales obligatorias es la manera de incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Esto lo ha subrayado muy bien Raz, para quien si bien el Derecho guía la acción del titular de una facultad —guiando su decisión de ejercitar o no ejercitar esa facultad—, esta guía indeterminada es distinta de la guía que deriva de la regla que impone deberes y obligaciones. Porque las reglas que imponen obligaciones ofrecen razones independientes de las que el propio agente tiene para cumplir o no la citada regla. En cambio, las reglas que confieren facultades o competencias deben hacer referencia a las razones que el agente tiene para obtener o no el resultado que la norma le permite alcanzar.

Ahora bien, a pesar de la caracterización de la regla de reconocimiento como una regla secundaria que determina los criterios de validez jurídica, esto no invalida la tesis de considerarla como una regla social, esto es, como una regla que existe en cuanto que es aceptada por el conjunto de los aplicadores del Derecho y que prescribe a cada uno de éstos el usar, como fun-

damento de sus decisiones las reglas y los principios que satisfagan determinados criterios. En este sentido estoy absolutamente de acuerdo con el profesor Ramos al considerar a la regla de reconocimiento como una regla social que impone deberes a los jueces y aplicadores del Derecho —parece que la propia definición de juez implica conceptualmente el deber de aplicar los criterios de validez jurídica determinados por la regla de reconocimiento—.

Es evidente que las soluciones a este tipo de interrogantes dependen del punto de vista que se adopte respecto del concepto del Derecho. Y en esto no es muy explícito el profesor Ramos. Porque su crítica a un concepto demasiado estrecho de positivismo jurídico (por ejemplo, véase la p. 234) es, por demasiado obvia, ineficaz, sobre todo porque el concepto de Derecho de Hart está tan alejado de esta versión como lo está del modelo que Dworkin construye para ejercer su crítica. Porque la versión final que Ramos ofrece de los criterios que determinan las verdaderas fuentes del Derecho —unos criterios formales contenidos en la regla de reconocimiento de donde emanarían las normas jurídicas válidas y unas instancias materiales de donde procederían todo un «arsenal de pautas multiformes que, como la experiencia prueba irrefutablemente, operan también como Derecho» (p. 235) no invalida una teoría descriptiva del Derecho que sería compatible con una teoría normativa de la adjudicación. Porque lo que Ramos plantea es que, vista la incapacidad que la regla de reconocimiento tiene para dar cuenta de todas las normas y principios que operan como Derecho —es decir, que son usadas como fuentes justificativas de las decisiones judiciales—, hay que llegar a la conclusión de que «la pretensión positivista de juridificar las fuentes del Derecho resulta frustrada. En verdad, si en el orden jurídico existen normas inválidas, normas no identificables a partir de la norma de reconocimiento, que es la norma que regula las fuentes del Derecho y por eso mismo la auténtica fuente suprema, entonces ello implica que no todo el Derecho emana del propio Derecho, sino que cierto sector del mismo, más importante de lo que a primera vista pueda parecer, procede de otras esferas normativas como, por ejemplo, la moral, y pasa a funcionar como Derecho sin necesidad de bautizo jurídico alguno» (p. 235).

Frente a este tipo de conclusiones, creo que una versión descriptiva del Derecho que mantenga la tesis de la separación conceptual de la moral — como la versión de Hart sugiere— es compatible, primero, con la no juridificación exhaustiva de las disposiciones, normas o principios que operan como Derecho, con tal que las autoridades que usan estas disposiciones lo hagan en función de reglas de competencia; segundo, del hecho contingente de que los operadores jurídicos utilicen normas de carácter moral para justificar sus decisiones, no se deriva la tesis de la unión conceptual entre el Derecho y la moral, como Dworkin, y en este caso Ramos, parece indicar. Creo que de la imposibilidad de juridificación exhaustiva de las fuentes del Derecho por parte de la regla de reconocimiento no se deriva ningún argu-

mento que ponga en peligro una versión descriptiva del Derecho. Otra cosa es pensar que, en última instancia, la aceptación de una regla de reconocimiento por parte de los jueces implique un razonamiento justificativo de carácter moral.

Decía antes que las soluciones a este tipo de preguntas dependían del punto de vista que se adoptara respecto del concepto de Derecho. Uno puede consistir en ver el Derecho como una forma coactiva de organización social, como una convención artificial coactiva para dirimir conflictos; otro punto de vista puede subrayar el papel que cumple en la deliberación práctica y en la guía del comportamiento humano.

El Derecho entendido como una forma de razonamiento práctico no implica rechazar la idea del Derecho como institución social que organiza y disciplina la fuerza en una comunidad. A pesar de que son dos creencias excluyentes, quien sostiene el punto de vista social defiende habitualmente un concepto descriptivo de Derecho, mientras que los partidarios de la otra versión sostienen a menudo un concepto normativo. Otras veces se intenta, con mayor o menor éxito, versiones equidistantes, como la teoría de Hart del punto de vista interno, que trata de describir el uso normativo de esa expresión intentando reconstruir su significado descriptivo. Otras veces se ha defendido el reconocimiento de una pluralidad de conceptos del Derecho según los contextos en los que se opere. Creo que se puede defender un concepto normativo en el contexto del proceso de adjudicación —justificación y aplicación de las decisiones jurídicas— y, sin embargo, un concepto descriptivo en el proceso de identificación. Por eso sigo creyendo en las virtualidades explicativas del positivismo jurídico —con todos los matices y acepciones que se pueden ofrecer de este término— y en la separación del plano descriptivo del normativo, aunque ambos planos se entrecruzan en los procesos de argumentación y aplicación (*).

(*) Esta idea he tratado de desarrollarla en «Interner Standpunkt und Normativität des Rechts», en «Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie», Ernesto Garzón Valdés ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 99-115.