

A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y la moral.

H. L. A. HART
El Concepto del Derecho, p. 253.

I. NOTA INTRODUCTORIA

EL PROFESOR HART DA INICIO A SU OBRA *EL CONCEPTO DEL DERECHO* refiriéndose a la pregunta más constante en la filosofía jurídica: ¿qué es el derecho? La cual ha llevado a los estudiosos de este tema a desarrollar las más variadas y contrastantes respuestas. En la evolución del afán por encontrar la respuesta definitiva se ha recurrido frecuentemente a algunas otras preguntas, las cuales son consideradas por HART, no como errores, porque tanta insistencia en las mismas cuestiones debe tener algo de acertado. Así que el estudio minucioso de estas preguntas recurrentes y de la corriente de pensamiento jurídico predominante en Inglaterra, que es la de AUSTIN, constituyen el punto de partida, para que de los errores que se han cometido se elabore una teoría que explique al derecho en su justa dimensión, al menos la que HART debió considerar como tal.

Nuestro primer paso es seguir por el camino por el que el profesor HART ha llegado a la idea de lo que el derecho nombra, y de allí partir para estudiar la relación y/o distinción entre el derecho y la moral.

Varias son las cuestiones que debemos considerar para el estudio de la obra de HART y de la importancia que esta ha tenido en el pensamiento iusfilosófico contemporáneo, entre las que debemos destacar se encuentran las siguientes:

- a) Que al iniciar el estudio de la teoría de la clave de la jurisprudencia de AUSTIN, HART parte del análisis del pensamiento que mayor peso e importancia tuvo en el derecho anglosajón de su época.
- b) El cuestionamiento de la concepción tradicional que distingue entre el derecho que es, y el que debe ser, y que pone en evidencia las relaciones que existen entre el derecho y la moral, considerando la distinción

El positivismo de H. L. A. Hart

mencionada en cuanto aportación para diferenciar una moral buena de una mala, y a la buena como referente crítico del derecho¹.

- c) La tradición de pensamiento analítico que sustenta parte del pensamiento de la obra de HART, y que lo llevará a sostener una distinción conceptual entre el derecho y la moral, así como la teoría de la discrecionalidad, y la textura abierta de las normas.
- d) La pertenencia al pensamiento iuspositivista², la cual le proporcionará la dimensión teórica en la que su estudio se realiza, y en la que pone gran afán de no trastocar aquello que en el positivismo debe conservarse. De lo cual tenemos: el problema de juridicidad de las normas y su relación con el pedigrí, la propia idea de la separación conceptual entre el derecho y la moral, y la función de esta última como un criterio referente de crítica para el derecho³.

II. LA CRÍTICA A LA CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA DE JOHN AUSTIN

HART inicia su obra *El Concepto del Derecho*, planteando tres problemas que establecerán los derroteros por los cuales se desarrollará la obra en comento y gran parte de su pensamiento. Estos tres problemas de manera resumida se refieren a lo que se recurre con mayor frecuencia al dar una definición de lo que es el derecho.

¹ HART, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Depalma, 1962, Cfr: págs. 6-13.

² *Ibid.* Cfr. p. 16. Menciona cinco de los significados del positivismo contemporáneo, y hay que enfatizar que ni a HART ni a KELSEN se les puede considerar analíticos en el sentido de concebir sistemas normativos lógicamente cerrados.

³ *Ibid.* Las aportaciones de BENTHAM y AUSTIN a la distinción entre derecho y moral, son consideradas con mucho cuidado por parte de HART. Incluso demuestra que los mencionados juristas admitían que reglas morales formaran parte del sistema normativo, y que la distinción era de carácter científico a fin de distinguir el derecho de otras reglas, aún cuando no admitieron los puntos de intersección entre derecho y moral. Cfr: especialmente págs. 11, 12 y 27.

Derecho y moral. Estudio introductorio

- 1) Que la característica más destacada del derecho en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana ya no son optativos sino obligatorios⁴.
- 2) Es difícil distinguir entre las conductas no optativas impuestas por el derecho, y las que la moral impone, pues ambas comparten vocabulario y la idea de justicia parece unir las⁵.
- 3) Casi nadie pone en duda que un sistema jurídico consiste en reglas, pero el problema es ¿qué son las reglas?

La pregunta de ¿qué es el derecho? lo lleva inmediatamente a referirse al pensamiento de AUSTIN⁶, y en especial a su idea de la clave de la jurisprudencia. De la cual dice que AUSTIN ha participado también de la pretensión de reducir lo que se designa con la palabra derecho a una definición en la que se encierre todo lo que del derecho se pueda decir. Pero este deseo siempre ha sido frustrado, pues a nadie ha satisfecho y todos los sistemas creados en torno a la construcción de esta definición han sido criticados de reduccionistas.

Por su parte HART critica el modelo de derecho de AUSTIN, pues de esta manera hace *tabula rasa* en el pensamiento jurídico anglosajón, y una vez deconstruido éste, crea su propia explicación de lo que el derecho nombra: como sistema de reglas primarias y secundarias, aparato de interpretación, aplicación y funcionamiento.

La cuestión importante para HART de deconstruir la clave de la jurisprudencia de AUSTIN, es: primero fortalecerla de tal manera que pueda prever las correcciones que sus defensores puedan hacerle; y después encontrar los puntos insostenibles que le permitirán aprender de los errores cometidos, con el propósito de no repetirlos y construir su propia explicación.

⁴ HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998. p.7.

⁵ *Ibid*, p. 8.

⁶ Tratamos el pensamiento de AUSTIN solo en cuanto HART lo refiere para elaborar su *Concepto del Derecho*, de tal manera que muchos temas importantes quedan sin ser tratados, tales como su concepción del derecho como un sistema, así como su distinción entre la jurisprudencia particular y la general. *Vid.* AUSTIN, John. *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*. Trad. Felipe González Vicen. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981. *Cfr.* págs. 23-37.

El positivismo de H. L. A. Hart

Para ello, se avoca a tratar temas que son recurrentes en el pensamiento iusfilosófico, y que si en verdad han sido recurridos, es porque no todo puede ser equivocado. Entre estos temas se encuentran los siguientes:

El derecho como órdenes coercitivos, o la idea de órdenes respaldadas por amenazas. La cual quizá debido a su propia simpleza, tuvo un gran auge en la teoría del derecho anglosajón.

[...] si consideramos primero, en detalle, las deficiencias de la concepción que ha dominado en tan gran medida la teoría jurídica inglesa desde que AUSTIN la expuso. Me refiero a la pretensión de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción de orden respaldada por amenazas, que el propio AUSTIN denominó “mandato” (*command*) [...] ⁷.

A esta pretensión de la clave de la jurisprudencia “órdenes respaldadas por amenazas”, le siguen otras más que se articulan a esta clave de la jurisprudencia, que hacen consecuente y explicable el pensamiento de AUSTIN respecto de lo que para él es el derecho. Estas ideas son: las de “soberano ilimitado e ilimitable” y “hábito y obediencia”. Estas al ser analizadas por HART desentraña sus inconsecuencias, limitaciones, y enseñanza, para decir lo que el concepto del derecho es. Veamos cómo deconstruye cada una de las ideas de AUSTIN, y con que fines lo hace.

1. LA CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA

De fondo está la cuestión del origen del derecho y la crítica que HART hace a la teoría que utiliza el modelo de las órdenes coercitivas para el análisis del derecho. En realidad es el modelo seguido por AUSTIN para explicar el origen del derecho (creado por un soberano que dicta órdenes respaldadas por amenazas) que HART considera insostenible, ya que no en todos los sistemas normativos existen solo reglas creadas por el soberano que son utilizadas por los tribunales para resolver las controversias. También se aplican costumbres que no necesariamente son aceptadas de manera expresa por la legislatura, y que empero no es prohibida su aplicación.

⁷ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*, Op. Cit. en nota 4, p. 20.

Derecho y moral. Estudio introductorio

No solo es insostenible esta teoría que pretende explicar el origen del derecho como órdenes respaldadas por amenazas, sino además también la forma en cómo concibe a las reglas de derecho (o su significado -lo que designan-) Afirmar que son órdenes respaldadas por amenazas significa que las reglas jurídicas son órdenes coercitivas. Esta descripción del derecho puede considerarse como un antecedente del pensamiento de Kelsen, en cuanto que él concibe al derecho como un orden coactivo⁸, y a la coacción como un elemento que diferencia la norma jurídica de cualquier otra norma de otro sistema normativo⁹.

Sin embargo, se debe reconocer que la idea y necesidad de autoridad es imprescindible para la explicación del derecho, pues aún cuando llevada al extremo la clave de la jurisprudencia es reducida a la orden dada por un asal tante: “[...] entrégume el dinero o disparo [...]”¹⁰. Se debe ver que el mandato no es una apelación al miedo, sino al respeto a la autoridad¹¹. Y este respeto a la autoridad no debe ser confundido con la idea de hábito de obediencia, donde la primera refiere a cuestiones de un mínimo de moral, que adelante trataremos, y que hacen que la mayoría de las normas sean obedecidas porque se considera que es lo que debe hacerse; y por otra parte la idea de hábito, que como la propia voz lo indica, remite a la conducta que un grupo realiza de manera reiterada.

Mencionábamos que la crítica también se dirigía a la forma en cómo esta teoría concibe el derecho, que es como órdenes coactivas, la cual HART de manera expresa refiere en tres puntos que a continuación analizaremos en comparación con lo propuesto por John AUSTIN y Hans KELSEN. Aunque no debemos de perder de vista que la discusión de HART es directamente con AUSTIN y la corriente de pensamiento que él representa, que ha sido hasta su época la que mayor peso ha tenido en la jurisprudencia inglesa. Veamos lo que dice al respecto:

⁸ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Novena edición. Trad. Roberto J. Vernengo. México, Distrito Federal. Porrúa, 1997. Cfr. págs. 44-48.

⁹ *Ibid*, Cfr: p. 47.

¹⁰ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*, Op. Cit. nota 4. p. 24.

¹¹ *Ibid*, p. 26.

El positivismo de H. L. A. Hart

Primero, aún una ley penal, que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación diferente al de las ordenes dadas a otros, porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado y a los demás.¹²

Afirmar que las órdenes son dadas a otros significa que quien las da, queda excluido del cumplimiento de las mismas, lo cual no existe sino en un gobierno absolutista donde el déspota sea el legislador y último juez. Por ende, todos los beneficios obtenidos en seguridad y certeza a favor de los ciudadanos a quienes se dirigen estas leyes son dejados de lado. Sus defensores aducen que se debe entender al legislador (soberano que dicta las normas) en su doble aspecto, uno el de soberano ilimitado creador del derecho, y el otro en su carácter de ciudadano que también debe observar las leyes.

Esto no convence a ninguno de los detractores que no conciben la posibilidad de la existencia de dicho soberano como fuente creadora del derecho, y que sostienen que el origen del derecho por mas atractiva que suene esta forma de explicarlo, es más compleja, pues en ella se involucran cuestiones sociales y psicológicas que es menester recurrir a ellas para poder desentrañar lo que esta voz designa.

En segundo lugar, otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades; no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho.¹³

En la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen, esta afirmación de que la norma no siempre imponga deberes y obligaciones, sino en ocasiones faculte potestativamente a los ciudadanos para realizar actividades diversas (crear dichas obligaciones y deberes a su arbitrio), no se contrapone a considerar que el derecho sea un orden coactivo.

El derecho es coactivo en el sentido no de que todas las reglas impongan una sanción si la conducta que se realiza es contraria a la ordenada, sino que la sanción es el referente que se realiza solo por el concurso y aplicación de diferentes reglas que implican: las sustantivas, adjetivas y orgánicas (conside-

¹² *Ibid*, p. 61.

¹³ *Ibid*.

Derecho y moral. Estudio introductorio

rando aún a la costumbre.) Entiéndase esto en el supuesto si <A> es debe ser , donde <A> son todos los supuestos establecidos por diferentes reglas entre las que algunas otorgan esa facultad de dar libertad a la voluntad de los ciudadanos para crear obligaciones que una vez que existen se integran al mundo regido por el derecho, y son las consecuencias jurídicas: sanción.¹⁴

Y aquí la aportación que HART hace, es en el sentido de que el derecho no puede ser explicado por la existencia solamente de reglas que establezcan imperativos respaldados por sanciones, puesto que también hay reglas que sólo facultan a los ciudadanos a realizar determinados actos, potestades y facilidades como él las denomina, la cual “[...] queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas [...]”¹⁵.

Y de esta crítica surge la explicación del derecho como el concurso en forma de sistema normativo de dos tipos de reglas: las primarias, en las que “[...] se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no [...]”; y las secundarias, que “[...] establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. [...]”¹⁶

En tercer lugar, aunque sancionar una ley es en ciertos aspectos algo análogo a dar una orden, algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben su estatus jurídico a ningún acto consciente de creación de derecho¹⁷.

El derecho es un sistema de control social, que como tal tiene su origen en la propia sociedad, y en lo que ésta tiene por costumbre. Se puede admitir que exista algún sistema normativo que solo considere derecho a aquello que previamente ha sido sancionado, pero en la mayoría de sistemas jurídicos no existe impedimento alguno para que lo que es costumbre como tal no deba ser utilizado por los tribunales al momento de dirimir una controversia.

¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Op. Cit. nota 8. p. 64.

¹⁵ Hart, H. L. A. *El Concepto del Derecho*, Op. Cit. nota 4. p. 35.

¹⁶ *Ibid.* p. 101.

¹⁷ *Ibid.* p. 61.

El positivismo de H. L. A. Hart

E incluso, el propio sistema normativo puede contemplar el que se recurra a la costumbre cuando la regla no forme parte de las reconocidas como jurídicas.

Una concepción formal dentro del positivismo sostendría que sólo es derecho aquella regla que ha sido incorporada al sistema mediante la sanción o el proceso de creación de leyes. La tradición realista lo explicaría argumentando que derecho sólo es aquel que es aplicado por los tribunales. Aquí la cuestión de fondo tratada por HART y detallada en el capítulo 6, es que es posible sostener una conexión entre la costumbre y el derecho, distinguiéndolas.

2. HÁBITO DE OBEDIENCIA Y EL SOBERANO ILIMITADO

La voz hábito en el sentido que AUSTIN le da, está íntimamente vinculada con la obediencia, concibiendo a esta como “hábito de obediencia”. Por lo que concluye que en cualquier sociedad que exista o haya existido no es posible explicar la obediencia del derecho por el simple hábito, pues en cuanto éste se contrapone a nuestros deseos o pretensiones, en ese momento dejamos de obedecerlo de manera espontánea¹⁸.

Concluye HART la crítica a AUSTIN de esta manera:

[...] los hábitos no son ‘normativos’; ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie.¹⁹ [...] La debilidad de la doctrina radica en que oscurece o desfigura el otro aspecto relativamente activo, que se advierte principalmente, aunque no en forma exclusiva, en los actos de creación, de identificación y de aplicación del derecho, realizados por los funcionarios o por los expertos del sistema²⁰.

Otro punto que atañe a la idea de hábito, es la noción simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano ilimitado, la cual no se sostiene o resiste la confrontación con la realidad.

Pues de la simple continuidad que el soberano que dicta las reglas debe tener, es menester introducirse un elemento ajeno a la propia definición de la

¹⁸ *Ibid*, p. 66.

¹⁹ *Ibid*, p. 75.

²⁰ *Ibid*, p. 77.

Derecho y moral. Estudio introductorio

clave de la jurisprudencia, esto para hacer posible el tránsito de Rex I a Rex II, y así sucesivamente. Esta regla existe en todos los sistemas normativos y el simple hábito no lo puede explicar en cuanto que los súbditos del nuevo Rex no lo tendrán si éste empieza a gobernar.

La clave de la jurisprudencia no puede explicar la continuidad del soberano ilimitado, si no es acudiendo a reglas ajenas que ya no forman parte de esta clave. Sólo de esta manera se puede tener la continuidad necesaria del sistema normativo.

Por otra parte la aceptación tácita del soberano de hoy respecto de las reglas dictadas anteriormente a él, trae la inconsecuencia de sostener que todas las reglas: las pasadas y las actuales son derecho, y que pueden aplicarse de manera indistinta. Pero para HART esta es la salida fácil ante la imposibilidad de explicar por qué algunas reglas antiguas se continúan aplicando.

En el mundo imaginario de Rex deben distinguirse las enunciaciones que éste haga con un carácter meramente personal de aquellas que haga con el propósito de que deban de ser obedecidas, las cuales serán las órdenes respaldadas por amenazas. Pero en la definición simple del derecho que reduce este a las órdenes antes mencionadas, no existe la regla que regule la distinción que deba de hacerse. En este tenor, se hace necesario entonces que el súbdito (ciudadano moderno) sepa distinguir una regla que lo constriñe a su cumplimiento de aquella que simplemente sea un hábito. Y esta regla que será la de reconocimiento, que junto con el sentido interno de las normas serán las que el ciudadano tendrá como instrumento para distinguir las reglas jurídicas de los hábitos y de las demás reglas sociales.

¿Qué debemos entender por lo ilimitado de Rex o del soberano en el caso de AUSTIN? Si concebimos que todo lo que diga debe ser obedecido, ya que constituyen ordenes respaldadas por amenazas, estamos entonces sujetos al peor de los gobiernos tiránicos, ya que “la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter del derecho en muchos Estados modernos en los que nadie cuestionaría que hay derecho.”²¹ De aquí que HART hable de límites no como deberes, sino como ausencia de potestades jurídicas, y resuma en los siguientes puntos las consideraciones importantes para la comprensión de un sistema jurídico.

²¹ *Ibid*, p. 85.

El positivismo de H. L. A. Hart

Primero: las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias en reglas que lo habilitan para legislar.

Segundo: para determinar que una regla sea derecho es menester remitirse únicamente a que ésta fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con una regla existente.

HART se está refiriendo a que no se puede legislar sino existen previamente reglas que establezcan esa potestad. Estas reglas son las que en su explicación del derecho como un sistema de reglas, donde las primarias establecerán las facultades; y las secundarias han de referirse a los derechos y deberes que los ciudadanos tienen.

En tercer lugar: para demostrar que estamos ante un sistema jurídico independiente, basta con demostrar que las reglas primarias y secundarias habilitan al legislador o confieren autoridad superior a quienes también tienen autoridad sobre otro territorio.

Cuarto: hay que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada, es suprema en el sistema.

Quinto: la presencia o ausencia de reglas que limiten al legislador es crucial, no así sus hábitos, que sólo ofrecen un medio de prueba indirecto para entender cómo legisla.

Debe considerarse al desarrollar todo lo que se refiera al soberano de que “[...] AUSTIN al elaborar la teoría, no identificó al soberano con la legislatura, ni siquiera en Inglaterra²² [...] pensaba, empero, que en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores [...]”²³ Empero, la crítica de HART es acertada, ya que es insostenible que se pueda identificar al soberano con el electorado, pues si el electorado es el que elige a la legislatura, y esta es la que crea las reglas (órdenes), entonces, no se puede identificar al soberano con los ciudadanos.

Estos argumentos contra la teoría “[...] son fundamentales en el sentido de que equivalen a la afirmación de que la teoría no es simplemente equivocada en el detalle, sino que la simple idea órdenes, hábitos y obediencia no puede ser adecuada para el análisis del derecho. Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas e ilimitadas

²² *Ibid*, p. 91.

²³ *Ibid*, p. 94-95.

Derecho y moral. Estudio introductorio

[...] ²⁴, esta es la referencia más clara que HART hace antes de desarrollar su propia descripción de lo que el derecho es.

III. LAS REGLAS JURÍDICAS Y LAS REGLAS SOCIALES

Plantea HART las siguientes interrogantes: ¿Por qué razón una costumbre es derecho? ¿En qué consiste el reconocimiento jurídico de la costumbre? ¿A qué debe su estatus jurídico una regla consuetudinaria, si no es a la orden de un tribunal que la aplicó a un caso particular, o a la orden tácita del supremo poder creador de derecho? ¿Cómo puede ser la costumbre derecho a semejanza de la ley antes de que el tribunal la aplique? ²⁵.

[...] Hay por cierto un punto de semejanza entre las reglas sociales y los hábitos: en ambos casos la conducta de que se trata tiene que ser general, aunque no necesariamente invariable [...] ²⁶ y hay tres diferencias salientes, las cuales son:

- 1) Los hábitos son cuestión de hecho en la que basta que converjan las conductas, aunque no exista ninguna regla, y tal convergencia no basta para constituir la existencia de una regla que exija esa conducta. A diferencia del hábito, la existencia de la regla social establece la pauta como criterio para que se haga una crítica a las conductas que se desvían en su cumplimiento.

De lo anterior surge la segunda distinción que HART hace:

- 2) La regla social convertida en una idea referente para la conducta da la pauta o patrón para la crítica a toda conducta que se desvíe de lo dispuesto en la regla. Pero ésta relación no sólo es de carácter unilateral como lo veremos adelante, sino que se retroalimenta, pues las reglas

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibid*, Cfr. p. 60.

²⁶ *Ibid*, p. 69.

El positivismo de H. L. A. Hart

sociales entre las cuales se encuentran las morales se convierten en vínculo que las liga con las reglas jurídicas en un margen para la crítica de las reglas del derecho en el plano deóntico, pues son referentes para criticar lo que el derecho debe de ser.

- 3) La tercera característica es de tal importancia, que sin ella no podríamos distinguir entre las reglas sociales y los hábitos, lo que denomina HART “el aspecto interno de las reglas.”²⁷

[...] el aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado como una simple cuestión de sentimientos [...] lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento, en tanto, que pautas o criterios de conducta comunes y que ella se despliegue en la forma de crítica [...]²⁸

Solo con el propósito de mencionar la diferencia de la *Teoría Pura del Derecho* con el pensamiento de J. AUSTIN, podemos ver que en el caso de Kelsen, tampoco existe el problema de que una regla cuyo origen es la costumbre forme parte del derecho, ya que reconoce que el origen del derecho también es social, y que como sistema social se alimenta de la dinámica de la vida de la sociedad, y de esta manera satisface las necesidades de regular los nuevos aspectos creados por los humanos. Pero sí enfatiza que dicha regla social sólo adquiere el carácter de una norma jurídica en cuanto ésta es integrada al sistema normativo. Pues la cuestión del pedigrí (origen formal del derecho -legislación-) y la connotación de la norma fundante son los factores determinantes para distinguir lo que es o no es derecho.²⁹

Otro problema de la distinción entre las reglas sociales y las jurídicas, es la cuestión de juridicidad. Las reglas sociales como se ha visto comparten con las jurídicas las características de: la generalidad; la convicción por parte de quienes las reconocen, de que deben cumplirse; y la sanción dentro del cuerpo social para quienes no las cumplan. La sanción puede ser desde la exclusión, hasta la física, o el descrédito.

²⁷ *Ibid*, p. 64.

²⁸ *Ibid*, Cfr. pp. 71-72.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho..Op. Cit.* nota 8. p. 23.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Pero a pesar de las características mencionadas, el elemento distintivo es la juridicidad, lo que le da el carácter de ser jurídica, y la pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias en el caso de HART (sentido de pertenencia), o el pedigrí.

Y es por estas razones por las que una regla social de gran arraigo puede no ser jurídica, y a la inversa, una regla en desuso puede ser jurídica. En un Estado donde el derecho es escrito esta diferencia es notoria, pues derecho en principio es el que se encuentra escrito en los compendios de leyes, códigos, reglamentos, y por lo tanto tiene ese carácter de ser jurídico. Y por lo tanto lo que no pertenezca o forme parte de ese cuerpo escrito es regla social o moral, pero no jurídica. En la mayoría de los casos las mismas reglas jurídicas establecen los lineamientos para que una costumbre (que puede ser una regla social manifestada mediante la costumbre) o principio general del derecho pueda ser aplicado al caso en que así se requiera.

La distinción entre las reglas jurídicas y las sociales nos lleva al de la regla de reconocimiento, y al aspecto interno y externo de las reglas, que es con lo que el ciudadano común cuenta para poder diferenciar entre ambas. Esta cuestión la trataremos en donde desarrollemos el tema de la regla de reconocimiento.

IV. EL DERECHO COMO SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y DE REGLAS SECUNDARIAS

Como hemos mencionado anteriormente, la crítica a la teoría de AUSTIN reforzada por el propio HART le servirá para explicar su idea del concepto del derecho. De la teoría de AUSTIN ha demostrado que se aleja notoriamente de la realidad que nombra, por lo que su nueva explicación de lo que se denomina con la voz derecho será apegada a lo que se nombra cuando ésta se emplea.

Dice HART:

El tema principal de este libro es que son tantos los actos distintivos del derecho y tantas las ideas constitutivas de la estructura del pensamiento jurídico que requieren para su elucidación la referencia a uno o a ambos tipos de reglas,

El positivismo de H. L. A. Hart

que su unión puede ser considerada con justicia como la “esencia” del derecho, aunque los dos tipos de reglas no aparezcan juntos dondequiera se use correctamente la palabra “derecho” [...] ³⁰

En adelante nos ocuparemos del estudio de lo que denomina el sistema de reglas primarias y secundarias.

1. LA NECESIDAD DE LA REGLA EN EL SISTEMA NORMATIVO

Tal como ha sido desarrollado en los apartados 1.1, 1.2 y 1.3 de este capítulo, ahora cobra sentido pleno la aseveración que hace HART al decir que el fracaso de la explicación del derecho dada por AUSTIN, es, ante todo, por la imposibilidad de concebir a la clave de la jurisprudencia, las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas como el elemento definitorio del derecho, pues su combinación no da la idea de regla.

Al tratar el tema de la regla, HART explica que se deben distinguir dos tipos de estas:

Las de [...] tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no [...] las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, publicas o privadas [...] ³¹

La cita es quizá larga, pero vale la pena, pues en esta HART de manera breve esboza su teoría del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias.

Sin el concurso de un sistema que combine las reglas primarias y secundarias, para HART no es posible explicar al derecho. La idea de AUSTIN de “órdenes respaldadas por amenazas” no permitía la explicación de aquellas normas que no imponían ningún tipo de deber, sino que solo establecían fa-

³⁰ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. p. 193.

³¹ *Ibid*, p. 101.

Derecho y moral. Estudio introductorio

cultades. Tampoco podría explicarse el aspecto dinámico del derecho, ni la introducción de nuevas normas, por lo que esto sólo es posible si concebimos al derecho como un sistema de reglas primarias que imponen deberes, y de las secundarias, que confieren potestades, aunadas estas a la existencia de reglas de cambio y de reconocimiento. En el caso de Kelsen, éste ha reducido las reglas secundarias a reglas complejas primarias, sosteniendo con ello que la estipulación de la sanción es la quintaesencia del derecho.³²

[...] una característica distintiva del derecho, sino la característica distintiva del mismo, consiste en la fusión de tipos diferentes de reglas [...]”³³.

2. EL SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS COMO CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA

El supuesto del que HART parte para la descripción del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias es “[...] que defenderemos la tesis general que la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que AUSTIN, erróneamente, creía haber hallado en la noción de ordenes coercitivas, a saber, ‘la clave de la ciencia de la jurisprudencia’ [...]”³⁴

Al iniciar su obra *El concepto del Derecho*, HART había hecho notar que los juristas habían constantemente discutido (en muchas ocasiones estérilmente) respecto de la definición del derecho, y que si han existido preguntas tan recurrentes, entonces vale la pena estudiarlas y tratar de responderlas. Así que el sistema de reglas primarias y secundarias constituye una parte esencial a la respuesta a esas preguntas recurrentes que tienen relación con la pregunta de qué nombra el derecho.

En la parte que se ha transcrito literalmente, HART pretende haber encontrado la clave de la jurisprudencia buscada por AUSTIN, empero encontramos que a HART no le obsesiona como a AUSTIN encontrar cual es la clave de la jurisprudencia, o el significado universal del derecho. Su pretensión es mos-

³² HART, H. L. A. *Derecho y Moral...* Op. Cit. nota 1. págs. 21 y 22.

³³ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. p. 61.

³⁴ *Ibid.* p. 102.

El positivismo de H. L. A. Hart

trar “[...] que la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca entre ellos [...]”³⁵

El sistema de reglas primarias y secundarias ha venido a formular una respuesta a la pregunta de AUSTIN de cuál es la clave de la jurisprudencia. Es probable que no en todos los casos se puedan encontrar estas características como constantes del derecho, pero al menos en los sistemas complejos actuales sí; por lo que el derecho como sistema de reglas primarias y secundarias nos dará mayores elementos para poder comprender lo que se nombra con la voz derecho: su estructura, funcionamiento y características.

Previo a la explicación del derecho concebido como un sistema de reglas primarias y secundarias debemos tratar el tema de la obligación, punto que ha sido de gran importancia para la mayoría de las teorías del derecho.

3. LA IMPORTANCIA DE LA OBLIGACIÓN PARA LA EXPLICACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

El punto de partida de HART al igual que había sido el de AUSTIN, es el de la obligación “[...] donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada [...] nosotros también partiremos de la misma idea [...]”³⁶

Además de la regla como elemento imprescindible del derecho (como sistema normativo), es la de obligación, pues HART, considera un acierto el iniciar el estudio del problema de qué es el derecho, por los problemas recurrentes del derecho, y de la teoría de AUSTIN, de allí que le dedique gran atención antes de iniciar la explicación del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias, y que diga “[...] El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla [...]”³⁷

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibid*, p. 107.

Derecho y moral. Estudio introductorio

La obligación impone un coto o límite a la conducta humana, pero cómo debe de ser entendida esta obligación, el análisis de la voz y su connotación permiten a HART el poder distinguir entre dos significados distintos que pueden encontrarse en esta voz, cuya consecuencia y efecto es distinto. Decir que alguien se “vio obligado”, y que “tenía la obligación de hacerlo”, aunque en ambas está mencionada la palabra obligación, sólo en la que refiere que se tiene la obligación la voz se usa en el sentido de estar constreñido al cumplimiento de lo ordenado independientemente de la voluntad del que se encuentra en esta situación. Decir se vio obligado, está ligada a la apreciación común de que de acuerdo a las circunstancias la persona debía de realizar la acción exigida.

Respecto de la reducción de que la conducta humana reaccione conforme a un cálculo de riesgo y beneficio para cumplir o no con la obligación sea esta en cualquiera de los dos sentidos antes mencionados, es aceptar que el derecho también puede ser reducido a una cuestión de predicción respecto de cual será el castigo que ha de recibir la persona que no de cumplimiento a lo obligado. Lo cual para HART no es posible de sostener, y a esta reducción opone dos objeciones.

La fundamental señala el hecho de que predecir que ocurrirá una sanción a quien realice determinada conducta; debe entenderse que la predicción refiere a la sanción como consecuencia y a la actualización del supuesto establecido en la norma como antecedente o causante.

De la segunda objeción HART dice que es más sencilla, parte del análisis lógico de dos proposiciones, una de ellas asevera lo siguiente:

[...] que una persona tiene obligación significa que era probable que él sufriera un castigo en caso de desobediencia [...] y la otra proposición con la que aparentemente guarda contradicción [...] sería una contradicción decir que dicha persona tenía una obligación, por ejemplo, la de presentarse a cumplir el servicio militar, pero debido al hecho de que consiguió huir de la jurisdicción, o pudo sobornar a la policía o al tribunal, no existe la mínima probabilidad de que sea aprehendido o de que se le aplique el castigo.³⁸

³⁸ *Ibid*, p.105.

El positivismo de H. L. A. Hart

No ocurre lo mismo en el caso de la predicción, en que no es posible sostener que: si una persona tiene una obligación a ésta le es correlativa una sanción. Esto es lo predecible, y si se contemplara la posibilidad de que existiendo la obligación, no existiera la sanción, o esta no fuera predecible, entonces, estaríamos ante una inconsecuencia de dicha teoría.

Empezar por el estudio y análisis de la obligación, antes que del derecho como sistema de reglas primarias y secundarias, es porque el concepto de obligación es imprescindible para poder entender lo que con la voz derecho se menciona, diferenciándolo de la gran diversidad de reglas sociales que existen (entre ellas resaltando por su importancia las de etiqueta y las morales).

Y este análisis se hace desde la distinción al seno de las reglas sociales “[...] Para comprender la idea general de obligación como necesario para comprenderla en su forma jurídica, debemos volver nuestra mirada a una situación social distinta que [...] incluye la existencia de reglas sociales [...]”³⁹

Retomando lo desarrollado en el apartado 2, debe de ser considerada la diferencia que se ha establecido entre reglas sociales y las reglas jurídicas, en lo que se refiere a la noción de: “el debía” y “el tenía el deber”, lo cual afirma que no es suficiente para poder comprender la connotación del concepto obligación en sentido jurídico. Así que inicia desde su origen, el cual es netamente social, pues es la sociedad, que mediante la presión social da origen a las obligaciones. Dice HART “[...] Cuando la presión es del tipo mencionado en el último término ‘culpa’, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral del grupo social. A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar preeminente [...] estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho [...]”⁴⁰

Se han mencionado dos de los conceptos que en el pensamiento filosófico del derecho han recibido la mayor de las atenciones y discusiones, los de: 1) sanción (castigo físico, o culpa); y 2) el de presión social.

Entre los antecedentes de la idea presión social, concepto que HART considera como ‘detrás’ de las reglas sociales, y que da origen a obligaciones, está el estudio de Kelsen, de concebir a las normas jurídicas con un origen primariamente social, y a la sanción (elemento clave del derecho) como el uso

³⁹ *Ibid*, p. 106.

⁴⁰ *Ibid*, Cfr. p. 108.

Derecho y moral. Estudio introductorio

de la fuerza socialmente organizado. “[...] la costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas [...]”⁴¹. El derecho como un orden y sistema social que regula positivamente la conducta humana. Y en lo que se refiere a la sanción como producto de la sociedad organizada, dice: “[...] Las sanciones estatuidas por un orden jurídico, a diferencia de las que consisten en la aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas [...]”⁴²

Aquí debe hacerse la distinción entre la connotación de una regla respecto de la cual “se debía hacer determinada conducta” y la que impone que “se tenía el deber de hacer determinada conducta”. Este sentido y connotación interna de las reglas marca la diferencia entre las reglas sociales y las reglas jurídicas. Unas imponen al nivel de sentimiento el sentirse constreñido a dar cumplimiento a determinado deber de tipo moral o social (reglas de etiqueta). Y el jurídico, que no deja el cumplimiento a la voluntad o sentido de responsabilidad de la persona que tiene el deber de realizar determinada conducta, sino que mediante la sanción como referente a aplicar en caso de no cumplimiento, constriñe al sujeto a hacerlo aún contra su voluntad.

Hay una relación estrecha entre la teoría de la predicción y el aspecto externo de las reglas, pues incluso uno y otro en determinado momento pueden significar lo mismo. Para el realismo jurídico y la teoría de la predicción, el derecho consiste en que habiendo una persona realizado una conducta indebida según lo establecido por una regla debe hacerse uso del cálculo para columbrar la sanción que ha de tener; hacer esto establece una relación de conexidad casi indefectible entre la conducta indebida, y el cálculo o predicción de la sanción que le será impuesta a dicha persona. Esta teoría de la predicción solo atiende a la regularidad cuando estos dos hechos se suceden (la conducta indebida y la sanción); dejando de lado todo el análisis y contenido de las normas en cuanto éstas imponen deberes y obligan a las personas.⁴³

En tanto el punto de vista interno de las normas se ocupa precisamente de las obligaciones y deberes impuestos a los ciudadanos, desde la perspectiva de quien debe cumplir con lo ordenado. Sea que se hayan ubicado en el supuesto de la norma (realizado la conducta indebida) o hayan voluntariamente creado deberes (materia civil), distinguiendo entre los deberes impuestos por

⁴¹ *Ibid*, Cfr. p. 23.

⁴² *Ibid*, Cfr. p. 46-47.

⁴³ *Ibid*, Cfr. p. 112.

El positivismo de H. L. A. Hart

las reglas sociales en general y los deberes (se tiene el deber) impuestos por las reglas jurídicas, deslindando el aspecto psicológico relativo al cumplimiento que existe en el deber que nace de las reglas sociales, y el sentido de la obligación al estar constreñido a dar cumplimiento a una conducta aun en contra de nuestra voluntad, forzado en su caso por el uso de la fuerza de la colectividad organizada.

4. EL MUNDO PREJURÍDICO Y EL MUNDO JURÍDICO

a) Mundo prejurídico o protoderecho

HART nos pide que imaginemos una sociedad primitiva donde exista un protoderecho formado sólo por reglas primarias, donde “[...]el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento, en términos de los cuales hemos caracterizado las reglas de obligación [...]”⁴⁴ Esto es, que las reglas que rijan a esta comunidad sólo han de ser de las del tipo que imponen deberes y obligaciones, faltando las que permitan su interpretación en caso de duda, y su aplicación en donde se considere la diferencia del caso específico.

Condiciones

De éstas reglas primarias, HART menciona como necesarias que existan las siguientes condiciones, las cuales se deben satisfacer para hacer posible la coexistencia en la comunidad:

- 1) “[...] las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen en general que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros[...]

⁴⁴ *Ibid*, Cfr. p. 113.

⁴⁵ *Ibid*. Cfr. p. 114.

Derecho y moral. Estudio introductorio

- 2) Para que una sociedad regida con estas reglas pueda subsistir requiere que los inconformes con dichas reglas sean una minoría respecto de quienes las cumplen, pues en el supuesto de tener las mismas fuerzas y capacidades haría imposible la coexistencia.
- 3) “[...] Sólo en una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales [...]”⁴⁶

Defectos

Defectos que HART señala de una sociedad regida solo por reglas primarias.

- I) Que las reglas no forman un sistema, sino solo pautas o criterios.
- II) “Falta de certeza”, pues en caso de duda no hay reglas para aclarar y disipar esas dudas.
- III) El carácter estático de las reglas.
- IV) El tercer defecto es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas.

b) Del mundo prejurídico al mundo jurídico: las soluciones

I) El remedio para la falta de certeza es la introducción de lo que llamamos ‘regla de reconocimiento’ (*rule of recognition*), esta regla nos permite identificar cuándo nos encontramos ante una regla jurídica, y cómo distinguirla de las reglas sociales y morales; para esto refiere a las cuestiones de ‘se tiene el deber’ y distinguirlo de ‘debía hacer’. Las reglas en un sistema de derecho moderno pueden ser de tipo muy complejo, pero puede considerarse como una de estas reglas de reconocimiento el paso que se dio cuando se escribieron las reglas, procurando con ello certidumbre para quienes iban dirigidas. HART menciona también la necesidad de concebir la estructura del derecho en una relación de jerarquía, en que unas reglas se impongan a otra cuando no pueda distinguirse con claridad cuál ha de aplicarse al caso concreto.

⁴⁶ *Ibidem*.

El positivismo de H. L. A. Hart

Para los problemas que existen en el mundo prejurídico, se proponen dentro de la concepción del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias, otras reglas que explican tanto el aspecto dinámico del derecho, como su juridicidad, éstas son las siguientes:

- a) El remedio para la cualidad estática del régimen de las reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos **‘regla de cambio’**. Ésta consiste en que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias y a dejar sin efecto las reglas anteriores.

La cuestión de fondo que se discute es que la necesidad de cambio social requiere que el derecho se adecue para poder seguir normando la vida en comunidad. Un sistema de derecho rígido terminaría por ser obsoleto a las nuevas necesidades. La solución es la existencia en el propio sistema de una regla que permita modificar las reglas primarias, es decir aquellas que imponen deberes y derechos, así como también modificar, derogar e incorporar o crear nuevas reglas secundarias que permitan la aplicación y mejor funcionamiento de las reglas primarias.

Si nos hacemos la pregunta de cómo funciona el derecho y pretendemos dar respuesta desde un punto de vista que incluya el externo y el interno, la respuesta sería que ciertamente de manera habitual las personas realizan determinadas conductas (como reflejo a determinados signos o exigencias) y que también a menudo las reglas son modificadas o se excluyen algunas y otras son incorporadas. Y ni el ejemplo de Rex ni el del mundo prejurídico dan respuesta u ofrecen solución a esta necesidad de cambio.

- b) El tercer complemento para remediar la insuficiencia de presión social difusa, consiste en la introducción de la **“regla de Judicación”**⁴⁷.

⁴⁷ HART, H.L.A. *Post Scriptum al Concepto del Derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. Utilizamos la voz “judicación”, en lugar de la que emplea el traductor de la obra de referencia, Genaro Carrió, “Adjudicación”, esto por las razones expuestas por el Dr. TAMAYO Y SALMORÁN: “En la tradición del *Common Law*, por *adjudication* se entiende: el acto de decidir o resolver una controversia jurisdiccionalmente [...] Aunque en ocasiones *adjudication* ha sido traducida como adjudicación la he desechado desde hace tiempo [...] porque esta palabra no corresponde a lo que significa *adjudication* en inglés. La

Derecho y moral. Estudio introductorio

Esta regla trae consigo las siguientes consecuencias:

- 1) Identifica a los individuos que pueden juzgar. Si el derecho está conformado como un sistema normativo, para su aplicación se requiere que exista una estructura que lo aplique y haga efectivas las sanciones que este impone mediante las personas facultadas, por ello es menester que este cuerpo se dedique a la aplicación y en su caso interpretación de las reglas a los casos concretos: un cuerpo judicial (o poder.)
- 2) Define el procedimiento a seguir. En esta se comprenden a aquellas reglas que establecen la procedibilidad de la acción intentada ante los tribunales para que una persona cumpla con un deber impuesto por una regla, y la determinación y calificación de esta vía intentada queda a cargo de quienes van a ser los jueces del procedimiento, los cuales deberán de sujetarse a las reglas previamente establecidas, y a los tribunales existentes. Que una regla establezca previamente el procedimiento procura certidumbre a las partes y a los ciudadanos sujetos a ese régimen jurídico.
- 3) Dice HART que “[...] aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales [...]”⁴⁸

Lo cual debe de entenderse distinguiendo entre los deberes en general a los que estamos constreñidos a dar cumplimiento en nuestro carácter de ciudadanos (reglas jurídicas que rigen los aspectos cotidianos de la vida) o condenados (mediante sentencia judicial), y el deber que le es impuesto a un juez para que conozca y juzgue determinados asuntos concretos.

Esto se semeja más a una facultad que a una obligación; aunque ésta facultad comparada con las que les son otorgadas a las personas para obligarse de acuerdo a su voluntad, encuentran analogía en que expresadas de esta manera ambas son correlativas de obligaciones. Por lo que la aclaración que HART hace parece frágil, pues en esta expresión de las reglas como otorgantes de facultades necesariamente le es correlativo la imposición de deberes

palabra correspondiente es ‘judicación’ [...]”. *Vid.* pág. XXVI, nota 45 al pie de página, del estudio preliminar del Dr. Rolando TAMAYO Y SALMORÁN.

⁴⁸ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. p. 120.

El positivismo de H. L. A. Hart

adquiridos en proporción correlativa al ejercicio de dichas facultades, por lo que se forma el binomio de derecho-obligación, y a la inversa, el cual no es analizado por HART, pero que para DWORKIN constituye una de las críticas al positivismo Hartiano.

V. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

1. CERTIDUMBRE Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

En el subtema IV, 4 apartado “B”, hemos mencionado de qué manera para HART la ‘regla de reconocimiento’ procura la certeza de que sepamos cuales son las reglas jurídicas distinguiéndolas de los diferentes tipos de reglas sociales que existen. La manera en cómo la regla de reconocimiento procura certidumbre, es porque mediante ella se puede identificar a las normas jurídicas por una marca que le es congénita, dicha marca puede ser:⁴⁹

- a) La de pertenencia al sistema normativo, esto es que la regla se encuentre escrita en algún texto revestido de autoridad.⁵⁰
- b) La marca distintiva de las reglas jurídicas que hace posible que la regla de reconocimiento pueda diferenciarlas de las demás reglas sociales se encuentra en el aspecto interno de las reglas. Este aspecto interno resulta también de la forma en cómo una regla es incorporada al sistema normativo, y que puede ser mediante su creación (proceso formal de creación de reglas) o su incorporación al sistema (cuando una regla de otro tipo ej. moral le es reconocido el carácter de regla jurídica incorporándola al sistema normativo.)
- c) Si de esta misma marca y del aspecto interno de las reglas jurídicas deviene su carácter de regla jurídica, se establece una íntima relación

⁴⁹ Para Lon L. FULLER, HART ha caído en una trampa en todo lo que se refiere al análisis de la “norma de reconocimiento”, al aplicar distinciones jurídicas (capacidades y obligaciones) que no tienen sentido a las actitudes que crean y apoyan un sistema legal. *Vid.*, Lon L. FULLER *La Moral del Derecho*. Trad. Francisco Navarro. México, Distrito Federal. Trillas, 1987. *Cfr.* págs. 153-161.

⁵⁰ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. *Op. Cit.* nota 4. *Cfr.* p. 118.

Derecho y moral. Estudio introductorio

entre la regla jurídica y el criterio de validez que determinara su pertenencia o no de dicha regla y su carácter o no de jurídica.

Dice HART “[...] Al proporcionar una marca o signo con autoridad introducida, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico[...]”⁵¹.

Se ha mencionado que las reglas al formar parte de un sistema normativo quedan marcadas, esto puede atribuirse: 1. A la forma en cómo se crean y se incorporan a dicho sistema; 2. Al reconocimiento de autoridad que tienen de parte de quienes se dirige y; 3. Porque en su ser traen el germen de la regla primaria de la que han emanado o a la que se refieren.

Existe una relación entre la pertenencia a éste sistema de reglas de derecho primarias y secundarias y la validez de las reglas que a éste pertenecen, de tal manera que en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a las que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.

Se pueden establecer analogías entre esta marca de la regla jurídica y el sentido de pertenencia de Kelsen, e incluso del origen de las reglas jurídicas. En el caso de la regla de reconocimiento de HART, KELSEN tiene una manera de identificar a las reglas de derecho de cualesquiera otras reglas, que es la norma fundamental⁵².

Estos paralelismos sólo nos sirven para saber qué tanto se asemejan o diferencian la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN y el sistema de reglas primarias y secundarias de HART, aún cuando la postura que asuman respecto a la separación entre el derecho y la moral sea muy diferente, lo que nos da a pensar que aunque dos sistemas de pensamiento jurídico puedan tener semejanzas se puede llegar a diferentes conclusiones. Aunque ya hemos anticipado que a HART no le preocupa el carácter científico del derecho y por ende no piensa en una pureza del derecho, no obstante su postura positivista le hace conservar ciertas distinciones entre el derecho y la moral.

Notas importantes a la regla de reconocimiento hechas por HART:

[...] En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla [...].

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona, España. Ariel, 2001, p. 85.

El positivismo de H. L. A. Hart

En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros [...].

[...] El uso, por los jueces y por otro, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno [...] ⁵³.

2. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LA VALIDEZ

La pregunta por la validez de una regla implica la utilización de al menos un criterio que permita determinar que una regla pertenece a un sistema jurídico y que está revestida de autoridad, por lo que se ‘tiene el deber’ de cumplir con lo que ésta impone. Se debe distinguir entre la validez de una regla y la validez de todo el sistema jurídico, pues la pregunta por lo uno no implica la del otro, de allí que por mencionarlo en una primera aproximación debamos diferenciar entre la validez y la eficacia.

La pregunta por la validez de una regla también nos lleva a cuestionarnos respecto de los fundamentos o mecanismos que otorgan juridicidad dentro del sistema normativo; esto es, a la pregunta por lo que hace que una regla sea de derecho, por el proceso de creación o incorporación de las reglas al sistema normativo.

La regla de reconocimiento es un mero criterio referencial para determinar la validez, y por ende pertenencia de una regla jurídica a un sistema de derecho, y no determina la eficacia de dicha regla, ni aporta elementos para estimar la validez de la totalidad del sistema de derecho.

El tema de la validez de las reglas jurídicas nos conduce al de las fuentes del derecho. Pues determinar con base en la marca que le es asignada a cada regla para determinar su carácter de jurídica y su pertenencia al sistema normativo es referir también a cuál sea su origen. De estos orígenes del derecho

⁵³ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. p. 127.

Derecho y moral. Estudio introductorio

HART no pierde de vista que las reglas en principio pertenecen al ámbito de la vida social de los seres humanos, y que el propio sistema normativo crea su forma de producción de reglas, así como mediante las reglas secundarias de judicación y cambio, determina la incorporación de aquellas cuyo origen es la costumbre.

Así, la regla de reconocimiento en combinación con las de judicación y cambio permiten incorporar, modificar, o crear una regla y asignarle su lugar dentro del entramado jurídico, o mediante una ordenación jerárquica de las reglas a fin de evitar contradicciones o incertidumbre respecto de cual sea la regla que se deba aplicar a un caso concreto. En sentido estricto la regla de reconocimiento es aquella que se utiliza para identificar las jurídicas de cualquiera otro tipo de reglas. Dice HART “[...] En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de fuentes de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja [...]”⁵⁴

Por qué razón los ciudadanos que identifican a una regla como jurídica por su sentido interno se saben constreñidos a su cumplimiento o al menos de que se tiene el deber, y la expresión: “[...] El derecho dispone que [...]”, a diferencia del punto de vista externo donde el ciudadano no se encuentra en la situación de tener el deber de, y la expresión con que nombra a las reglas jurídicas que reconoce como tales (en la utilización de la regla de reconocimiento sólo empleando el sentido externo de las reglas) diciendo que “[...] En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento [...]”⁵⁵

A la primera forma de expresión la denomina enunciado interno, y a la segunda enunciado externo. Ambas tienen que ver con la forma en cómo se usa la regla de reconocimiento. Ya habíamos mencionado que dicha regla implica el uso de los dos puntos de vista y que la utilización de uno solo daba como resultado una concepción distorsionada de las reglas jurídicas y del sistema normativo; este es el caso en el cual el empleo solo del punto de vista externo hace que se semejen la teoría de la predicción de la obligación y la teoría corriente que afirma que “[...] la validez de una regla es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial [...]”⁵⁶

⁵⁴ *Ibid.* p. 126.

⁵⁵ *Ibid.* p. 128.

⁵⁶ *Ibid.* p. 130.

El positivismo de H. L. A. Hart

Y es en este punto específico de la relación que algunos como es el caso de Kelsen establecen entre la validez y eficacia de la norma con la eficacia del sistema normativo. Lo cual es criticado por Hart, para quien es un error el considerar que es posible vincular la validez y eficacia de la regla con la eficacia del sistema normativo. Si el reconocimiento de las reglas que han de ser aplicadas por los tribunales y las que deben de ser observadas por los particulares tiene mucho del punto de vista interno de las reglas en cuanto a la adecuación de dichas reglas a la regla de reconocimiento, y sólo en la medida en que éstas se adecuan son consideradas como reglas jurídicas pertenecientes al sistema normativo. “[...] Decir que una regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto que es una regla del sistema [...]”, por lo que queda sin relación alguna la validez de la eficacia del sistema normativo. Podemos establecer la relación entre validez de la regla y su eficacia en lo individual, pero de esto no podemos inferir la eficacia de todo el sistema normativo.

3. CUESTIONES DISPUTADAS EN LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Hasta este momento suponemos que la regla de reconocimiento nos permite identificar cuál es la regla primaria a la que la secundaria se refiere, así como las propias reglas secundarias pertenecientes al sistema normativo. Lo que nos posibilita inferir que la regla de reconocimiento funciona como un criterio de validez y dota a cualquiera otra regla del sentido de pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias.

En este sentido podemos decir que la regla de reconocimiento es punto de conexión entre las reglas primarias y secundarias, en el que las primarias imponen deberes y confieren derechos de manera no limitada o específica, y las secundarias concretizan o lo hacen posible adecuando las reglas primarias a las cuestiones fácticas. En este sentido la regla de reconocimiento permite identificar cuales han de ser las reglas tanto primarias como secundarias que han de ser aplicadas a dicha situación práctica. La regla de reconocimiento tiene así una función unificadora y de cohesión dentro del sistema normativo.

Podemos admitir lo anterior al parecer sin problema alguno, empero, Hart prevé que este es uno de los puntos fuertes de su teoría, pero a la vez puede

Derecho y moral. Estudio introductorio

ser un punto débil, por ello se ocupa de mencionar los siguientes problemas como propios de la regla de reconocimiento:

Primero menciona refiriéndose a la regla de reconocimiento que su “[...] existencia es una cuestión de hecho [...]”⁵⁷, y que la validez de ésta oculta su carácter esencialmente fáctico. Lo cual es un supuesto del que debemos partir, y después pasa a los problemas.

[...] La primera dificultad es de clasificación, porque la regla que en última instancia se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para describir un sistema jurídico [...]”⁵⁸

Esto es porque la forma de clasificación de los juristas ingleses que le preceden es la de que las reglas debe de ser un hecho o ser derecho. HART dice que el problema es querer concebir a dicha regla última en una sola de estas categorías cuando pertenece a ambas. “[...] es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho[...].”⁵⁹

Menciona HART “[...] Un segundo conjunto de problemas surge de la oculta complejidad y vaguedad de la afirmación de que en un determinado país o en cierto grupo social existe un sistema jurídico [...]”⁶⁰

Para HART son las condiciones necesarias y mínimas para la existencia de un sistema jurídico, por un lado: las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema, que tienen que ser generalmente obedecidas; y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y judicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que

⁵⁷ *Ibid*, p. 137.

⁵⁸ *Ibid*, p. 138.

⁵⁹ *Ibid*, p. 139.

⁶⁰ *Ibidem*.

El positivismo de H. L. A. Hart

necesitan satisfacer los ciudadanos particulares, la segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema.

Aunque HART ha problematizado en estos temas que ya se han mencionado, esto no deja de lado nuestra interrogativa planteada de si la regla de reconocimiento ultima funciona en el sistema normativo de reglas primarias y secundarias como una hipótesis que le da unidad a dicho sistema.

Según el propio HART, sólo en condiciones normales es posible identificar a la regla de reconocimiento “[...] las condiciones normales de la armonía oficial, y especialmente, de la armonía judicial, únicas condiciones bajo las cuales es posible identificar la regla de reconocimiento del sistema [...]”⁶¹

La regla de reconocimiento es una de las aportaciones más importante de HART a la filosofía jurídica, y quizá pueda ser considerada como el fundamento último del sistema jurídico, con base en la cual se identifican las normas pertenecientes al sistema, deviene la validez de la normas⁶², y ayuda a explicar la obediencia al derecho. Empero, en este último punto ha tenido repercusiones diferentes, y en algunos casos contrarias entre sí. Partamos del hecho de que la regla de reconocimiento tiene relación estrecha con el punto de vista interno. Para el profesor HART, la obediencia del derecho estaría relacionada con las razones prudenciales o morales, que también pueden ser explicadas desde el punto de vista interno⁶³; este mismo sentido interno para otros autores no tiene nada que ver con cuestiones morales, sino que el derecho se cumple porque hay alguna razón para ello, la cual no es necesariamente moral.⁶⁴

⁶¹ *Ibid*, Cfr. p. 152.

⁶² DE PÁRAMO, ARGÜELLES Juan Ramón, *H. L. A. HART y la Teoría Analítica del Derecho*. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 245.

⁶³ GARZÓN, VALDÉS Ernesto. “Derecho y moral”. Publicado en *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Edición de Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA. Madrid, España. Trotta, 1996, p. 399.

⁶⁴ *Ibid*. p. 404. Véase este artículo para profundizar en el tema de las tesis de la vinculación y de la separación desde la perspectiva de la regla de reconocimiento y el sentido interno en HART.

Derecho y moral. Estudio introductorio

4. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO REGLA ÚLTIMA

HART dice que “[...] La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla última [...]”; aquí distingue entre el criterio supremo y la regla última, diciendo que el primero consiste en determinar qué regla es superior a otra, concebidas en una relación jerárquica de *supra* y/o subordinación. En tanto que la de regla última implica que ya no existe ninguna después de ésta a la que haya que remitirse para explicar la validez de las demás reglas de reconocimiento.

Entre el sentido interno de las reglas y la regla de reconocimiento como hemos visto existe un vínculo estrecho. Al grado que se puede establecer también una relación entre la aceptación que de las reglas de reconocimiento se tenga de parte de los jueces y los ciudadanos, y la validez de dichas reglas. Lo cual coincide con el punto de vista externo desde la perspectiva de lo reiterado que pueden resultar los actos, y por ende aceptados.

HART admite la crítica que algunos le formulan a la regla última de reconocimiento diciendo de ella que no puede demostrar su carácter de jurídico, ni tampoco su validez como las demás reglas de reconocimiento que lo derivan de esta última. A lo cual HART contesta que no puede aplicarse el criterio de validez a la regla última de reconocimiento como le es aplicado a las demás reglas de reconocimiento, y que dicha regla última funciona como un supuesto que debe ser aceptado. “[...] No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera [...]”⁶⁵

VI. EL ANÁLISIS LINGÜÍSTICO DEL DERECHO

El derecho en cualquiera de sus formas tiene íntima relación con el lenguaje, sea escrito, en el que se manifiesta mediante signos que forman palabras, ora-

⁶⁵ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. p. 135.

El positivismo de H. L. A. Hart

ciones y textos; u oral, en el que se expresa mediante sonidos que articulados en determinado orden cobran significado para quien los profiere así como para quien los escucha. Lo que lleva a afirmar a Arthur KAUFMANN que “[...] el tema de derecho y lenguaje son un tema clásico de la filosofía del derecho.”⁶⁶

El lenguaje como medio de manifestación del derecho, trae aparejado problemas, los cuales han sido tratados por la filosofía del lenguaje, así como por la teoría analítica del derecho. Previo a considerar a la teoría mencionada y la postura de HART respecto del lenguaje, es pertinente citar a FOUCAULT, que en su obra *Las Palabras y las Cosas*, realiza un estudio minucioso de los problemas del lenguaje desde el siglo XVI hasta la modernidad, donde afirma que “[...] Interpretar y formalizar se han convertido en las dos grandes formas de análisis de nuestra época: a decir verdad no conocemos otras [...]”⁶⁷. Durante los siglos XVII y XVIII, el lenguaje tuvo una característica nominalista, que como discurso refería al mundo como el primer orden de las cosas, luego en el siglo XIX el lenguaje adquiere espesor propio convirtiéndose en objeto de conocimiento, originándose con este espesor, por una parte el sueño positivista de mantener el lenguaje a ras de lo que se sabe, por otra la que tiene al lenguaje como ser propio, con realidad histórica. Es aquí en el retorno del lenguaje como problema que se inscribe el debate entre el derecho y su análisis lingüístico.⁶⁸

HART encontró que entre los problemas que el derecho enfrenta con el lenguaje, está el que el derecho como reglas se expresa con las voces coloquiales, queda atrapado en el lenguaje ordinario⁶⁹, esto aún cuando se exija un vocabulario especializado. De allí que la vaguedad propia de los lenguajes le sea inherente al derecho⁷⁰, lo que denomina “la textura abierta del lenguaje”.

⁶⁶ KAUFMANN, Arthur. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Trad. María José Fariñas. Madrid, España. Debate, 1992, Cfr: p. 221.

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las Cosas*. Trigésimo primera edición, trad. Elsa Cecilia Frost. México, Distrito Federal. Siglo XXI, 2004. p. 292.

⁶⁸ *Ibid.* Cfr: p. 288 a 303.

⁶⁹ KAUFMANN, Arthur. *El Pensamiento Jurídico... Op. Cit.* nota 66, Cfr: p. 229.

⁷⁰ Apud. DE PÁRAMO, ARGÜELLES Juan Ramón, *H. L. A. HART y la Teoría Analítica del Derecho*. Op. Cit. nota 62, p. 29, nota al pie de página número 77.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Además de los problemas que hemos señalado del lenguaje en la modernidad, HART vive en el contexto de la escuela de Oxford⁷¹. La cual se dedicó al análisis del lenguaje y al estudio de su estructura lógica⁷².

Muestra importante de ello es la importancia que en estos estudios tuvo el *Tractatus Logico-philosophicus* de WITTGENSTEIN, en el que podemos encontrar el planteamiento entre el decir algo de una cosa en el mundo, y el pretender definirla. Dicho en términos semejantes a los del autor referido: en la proposición lingüística ya hay algo que nos indica cuál es su sentido, y que es lo que en la imagen del mundo se proyecta. La proposición lingüística como construcción de lenguaje no es un amontonamiento de las palabras, es una articulación de los signos dotados de sentido y dirección, y sólo por ello es que mediante el lenguaje, el pensamiento se vuelve asequible y refiere a lo proyectado, a la imagen. Y los estados de cosas son expresables por la figuración y proyección, que en conjunto forman la imagen del mundo, la cual es puesta en el pensamiento por el lenguaje, medio a la vez por el que lo comunicamos.

Al nombrar las cosas, el lenguaje las hace visibles en nuestra imagen del mundo. La cosa que existe en sí, nos es inasequible, empero, lo que nombramos de ella, lo comunicable, su imagen marca los límites de nuestro entender y concebir de la cosa (en el estado de cosas y hechos). De tal manera que las propiedades y características de la cosa son resultantes de nuestra concepción de la cosa como forma e imagen. No es que en el hielo se contengan todos los pensamientos de lo frío, o que participe de ella; sino que es una manera de comunicar algo que distingue a esa cosa de otra, es nuestra imagen a la que nombramos frío, y al decirla comunicamos lo verificable y traducible a todas las lenguas. Nuestra imagen dicha de muchas maneras diferentes es semejante y por ello comunicable y traducible.

No se niega en ningún sentido que la materia, el mundo y sus características existan en el estado de cosas y en la cosa, sino que a ella siempre nos referimos e identificamos con proposiciones lingüísticas, las cuales nos permiten expresarlas y saber de ellas. Una propiedad no expresable es una no-

⁷¹ *Ibid.* Cfr; p. 16.

⁷² Para una referencia más amplia del ambiente en la Escuela de Oxford, léase la introducción del compilador A.J. AYER. *El Positivismo Lógico*. Tercera reimpresión, trad. L. Aldama [et. Al]. México, Distrito Federal. Fondo de Cultura Económica, 1986.

El positivismo de H. L. A. Hart

existencia, pues todo lo que se advierte y se piensa es expresable, puede ser acertado o no, pero es expresable.⁷³

HART con el análisis del lenguaje pretendió lograr la claridad que la filosofía anterior a él no había tenido, y en este propósito la teoría jurídica analítica y el iuspositivismo convergen en la búsqueda de claridad a la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho?, modificada sustancialmente por la pregunta ¿qué se nombra con la voz derecho?⁷⁴ que subyace a su teoría descriptiva. Empero, la labor descriptiva y valorativamente neutra que el análisis del derecho requiere es muy complicada, sobre todo cuando el objeto de estudio es un sistema normativo que puede tener relación muy cercana con elementos de carácter moral, así que en todo momento se corre el riesgo de dejar de hacer una teoría descriptiva y valorativamente neutra. Este afán descriptivo ha llevado a estudiosos de HART a decir que el análisis del lenguaje en su carácter neutro sirve solo para resolver algunos problemas básicos de la relación entre el derecho y la moral⁷⁵.

En *El Concepto del Derecho*, HART pretende hacer progresar a la teoría jurídica, perfeccionando las estructuras conforme a las cuales esta es concebida⁷⁶, no se detiene a definir al derecho, si no que parte de los usos habituales que este tiene, y desentraña las relaciones que con otros sistemas normativos morales y sociales guarda⁷⁷. Realiza también un análisis de los principales conceptos jurídicos: coacción, obligación, sanción, que a AUSTIN le permitieron crear su teoría jurídica y la clave de la jurisprudencia, y partiendo de ello describe al derecho como un sistema normativo de reglas primarias y secundarias.

Para la construcción del derecho como sistema normativo de reglas primarias y secundarias tiene gran importancia el uso de las palabras que refieren a

⁷³ Al respecto véase WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-philosophicus*. Versión de Jacobo Muñoz et. al. Tercera reimpresión. Madrid, España, 2002. Alianza Editorial

⁷⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho: Introducción a la Ciencia Jurídica*. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. p. 19.

⁷⁵ ORREGO, SÁNCHEZ Cristóbal. *H. L. A. HART, Abogado del Positivismo Jurídico*. Navarra, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1997. *cf.* págs. 273 a 287.

⁷⁶ *Ibid.* p. 298.

⁷⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho... op. Cit.* nota 74. p. 19.

Derecho y moral. Estudio introductorio

enunciados internos y externos. A partir de dichos enunciados la explicación del fenómeno social del derecho, de los deberes y derechos que mediante él se imponen, es realizada por el modo de habla de sus propios agentes.

Los problemas del uso del lenguaje para los diferentes actores que concurren en una determinada sociedad, tales como: los que se encuentran sujetos a ese orden normativo, los externos que no lo están, los abogados, y los jueces que lo han de aplicar, resultan de la mayor importancia para determinar el alcance de los diferentes sistemas de control social que existen, y poder determinar las características que le son propias al derecho.

Por otra parte, el análisis de la voces empleadas en el derecho sirve para determinar su connotación perteneciente a otros sistemas de control social, y con ello estudiar los conceptos de coacción, obligación, derecho, y sanción. Conceptos a los que el análisis clásico del iuspositivismo había fijado con un contenido propio de una voz instrumento creada a propósito para el derecho, desconsiderando sus raíces sociales y morales.⁷⁸

Concluyendo lo expuesto sobre este análisis lingüístico, podemos afirmar que la teoría analítica del derecho puede realizar una clarificación lingüística y conceptual de las voces que se emplean en el derecho, así como que tal teoría no solo tiene como finalidad el examen de los conceptos, sino de los fenómenos sociales que subyacen a los mismos.

VII. LA TESIS DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

¿Qué razones se tiene para denominar en HART la forma en cómo concibe la relación entre el derecho y la moral como una separación conceptual, y que no niega que históricamente hayan tenido un pasado común?⁷⁹

Veamos, de inicio se tiene que la voz derecho para HART nombra a un sistema de reglas primarias y secundarias, reglas de reconocimiento, sistemas de

⁷⁸ DE PÁRAMO ARGÜELLES J. R. *HART y la Teoría Analítica...* Op. Cit. nota 62. Cfr: p. 23 a 31.

⁷⁹ LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda edición, México, Distrito Federal. Fontamara, 1995. Cfr: p. 28.

El positivismo de H. L. A. Hart

interpretación y toda una estructura que se encarga de aplicarlo denominada función judicial. Pero también implica un mínimo de moralidad y ciertas analogías con las reglas sociales, por lo que HART comienza por distinguir entre lo que el derecho nombra y lo que las reglas sociales denominan, llegando a establecer diferencias entre ambas. Estas diferencias se dan al nivel de conceptos, porque en realidad no puede darse una separación absoluta y tajante entre lo que nombran el derecho y la moral, empero si alguna distinción es lograda a nivel práctico de cumplimiento y aplicación de las reglas jurídicas es empleando las reglas de reconocimiento.⁸⁰

Aquí la función de las reglas de reconocimiento es de vital importancia, ya que sin ellas se perdería toda posibilidad de distinción entre ambos sistemas sociales de regulación de conducta: el derecho y la moral.

No obstante esta distinción de que hemos tratado refiriéndonos al nivel práctico, parecería poco congruente con la afirmación de HART de que todo derecho debe tener un mínimo de moral para poder ser concebido como tal, y este es el punto toral de la cuestión entre la distinción conceptual, pues nos remite a cierta convergencia entre los dos sistemas normativos. De este modo, lo que puede sostenerse y resistir la crítica más perspicaz es una distinción entre derecho y moral a un nivel meramente teórico, estableciendo la necesidad de una conexión aún de carácter mínimo entre el derecho y la moral que la realidad jurídica (como sistema de regla primarias y secundarias) impone cuando se escudriña cuidadosamente algún sistema normativo, en el que siempre se encuentran elementos de carácter moral. Por mencionar algunas de las voces más empleadas en la legislación cuya connotación moral es evidente son: buena fe, rectamente, honestidad, castidad...etc.⁸¹

¿Cómo combinar entonces esta distinción conceptual entre el derecho y la moral con el mínimo de moral que un sistema normativo requiere para poder ser tal, y la postura positivista de HART? A esto trataremos de dar respuesta.

⁸⁰ *Ibid.* Cfr p. 11. Sostiene que el derecho tiene una fraseología prestada de la moral, y que fácilmente se pasa de una a otra sin percibirlo.

⁸¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "El principio de la buena fe en el derecho civil". publicado en *Revista De la Facultad de Derecho de México*, Tomo XXXII, julio-diciembre, 1982. Cfr págs. 607-649. Citado solo en cuanto se refiere al empleo de la buena fe en nuestro sistema normativo.

Derecho y moral. Estudio introductorio

En el desarrollo de su obra *El Concepto del Derecho*, HART enfrenta el ineludible problema de la relación o distinción entre el derecho y la moral⁸². Éste lo lleva a considerar desde las formas tradicionales en como la teoría del derecho a respondido a ello, hasta concluir con una separación que se da meramente en el plano del lenguaje. En este plano se aprovecha la textura abierta del lenguaje de las reglas jurídicas y morales, para penetrar en el análisis de la distinción específica de la justicia respecto de la moral, y por otra parte, el estudio de si es posible sostener a nivel teórico y práctico la distinción entre la obligación moral, y la obligación jurídica.

Los argumentos que HART aporta a esta discusión, son de gran relevancia en la filosofía del derecho actual, y de hecho establecen un vínculo que lo liga con lo que se discute en las obras que posteriormente estudiaremos. Como casi todo análisis teórico, también éste redundante en la concepción de la forma en cómo se integran y estructuran los sistemas jurídicos, y por ende en la práctica jurídica.

1. LA DISTINCIÓN DE LA IDEA ESPECÍFICA DE LA JUSTICIA DENTRO DE LA ESFERA GENERAL DE LA MORAL

Los valores de bueno o malo, son del tipo moral por excelencia, y casi nunca son empleados por los juristas al momento de criticar a alguna norma jurídica. En cambio los valores de justo e injusto sí son empleados para ello. Justo e injusto se vinculan más con el aspecto de la justicia distributiva, la compensativa, y la de asignación de deberes y obligaciones; en tanto, que solo lo hacen indirectamente con los de bueno y malo, al grado que se puede decir de una norma que: si es buena es justa, si es mala es injusta; pero no, que por ser justa es buena, o por ser injusta es mala. Pues justo e injusto son valores jurídicos específicos, en tanto que bueno o malo son valores morales de uso universal y no correlativos en todos los casos a los primeros.

⁸² Para David LYONS, debe distinguirse entre la moral positiva: como efectiva, aceptada y compartida por un grupo social, y la moral crítica, que es utilizada en el cuestionamiento de las instituciones. Y la distinción sería solo de la moral crítica. *Vid.* LYONS, David. *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*. Barcelona, España, Gedisa, 1998. p. 97.

El positivismo de H. L. A. Hart

La moral en HART es concebida en su efecto como la que crea “...entre los individuos una igualdad moral, en cierto sentido artificial para contrarrestar las desigualdades de la naturaleza...”⁸³ La justicia la explica como lo equitativo, la compensación, la distribución de derechos y deberes por igual. En el fondo todas estas formas se resumen en la justicia distributiva⁸⁴, y se constituyen en referentes para la crítica del derecho y sus reglas.

La justicia en este aspecto distributivo se refiere a la comparación entre el individuo y la generalidad, lo particular y lo colectivo son la media para la comparación de lo que debe ser equitativo, y por ende el referente para criticar todo aquello que no se apegue a este justo-equitativo.

Por su parte, lo justo fuera de este sentido que tiene en la justicia distributiva, puede recibir uno muy diferente en la justicia formal; que es aquella que identifica lo justo como lo que resulta de la aplicación igual de la misma regla al mismo caso y circunstancias, y lo injusto como la aplicación desigual. Este es el sentido más desvinculado de lo que lo justo como dimensión de la justicia tiene de pertenencia a la moral, ésta en el sentido de lo bueno y malo.

Pues a pesar de ser categorías diferentes lo bueno, malo, lo justo e injusto, usar la voz justo e injusto considerando el vínculo tenue que hay con lo bueno y malo, repercute en darle a aquellas una connotación de mayor alcance en lo que se refiere a lo que debe ser en beneficio de todos o de alguien en particular, y es lo que lo convierte en referente para poder ser crítica del derecho. Esto no ocurre si solo se tiene a lo justo en su sentido estricto cuya connotación es ser equitativo, esto es, en cuanto que la aplicación de las reglas sea del mismo modo para todos los que se encuentren en el mismo supuesto.

Por otra parte como HART lo anota, el bien común como valor moral puede no coincidir e incluso imponerse al valor de lo justo (como equitativo), y con el propósito de ejemplaridad se puede considerar que es correcto que a alguien se le aplique una pena más severa que a otros en las mismas circunstancias, si esto redundaría en un mayor bien común.

⁸³ H. L. A. HART, *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4, p. 205.

⁸⁴ LYONS, David. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica, Op. Cit. nota 81. Cfr: págs. 99-102. Crítica a la justicia distributiva analogándola con la formal en el sentido de que tratar los casos iguales de la misma manera, no establece una conexión necesaria en tratarlos justamente, salvo que el trato igual sea la justicia.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Lo anterior nos remite a la naturaleza de la moral, la cual según HART, es la de crear un equilibrio artificial para protección de los más débiles, y que dicho equilibrio se debe concebir dentro del contexto cultural, y los de tiempo y espacio. Lo que nos sugiere que encontrar los valores universales de la moral es más complicado de lo que pudiera pensarse

A pesar del tenue vínculo que en ocasiones pueda existir entre los valores de la justicia y los morales, estos últimos por sí solos no pueden ser referentes para la crítica del derecho, pues como hemos visto, no existe una correlación precisa entre lo bueno y lo justo.

Podemos a pesar de estas conexiones que en determinados momentos pueden existir entre los valores morales y los de justicia, sostener que sí se distinguen unos de otros, aun cuando la separación sea casi de tipo conceptual. Pues por el contrario sostener la pureza de los valores de justicia respecto de los morales es concebir a esta como algo ajeno a la moral, y cuya pureza caería por su propio peso en cuanto se circunstanciara en una sociedad de carne y hueso, y no en una ficticia. Pues la realidad impone relaciones más complejas de lo que en ocasiones se pueden describir con el lenguaje y separar a nivel teórico o de discurso.⁸⁵

Para concluir esta parte, resulta interesante esta aseveración de HART:

La justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas como son tratados clases de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia para la crítica del derecho [...] Pero los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia...⁸⁶

⁸⁵ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. Cfr: págs. 193-208.

⁸⁶ *Ibid*, p. 208.

El positivismo de H. L. A. Hart

2. ¿ES LA OBLIGACIÓN JURÍDICA UNA OBLIGACIÓN MORAL? PUNTOS DE CORRESPONDENCIA Y DISTINCIONES

Normalmente para el ciudadano común no existe una clara distinción entre las reglas morales y las jurídicas, e incluso a nivel de teoría del derecho, esta distinción no es tan clara, sobre todo, si partimos de considerar el origen social de ambos sistemas normativos, y de que la moral en el mundo prejurídico precede al derecho. Se puede decir que ambas tienen algo en común, empero, se puede hacer una distinción considerando algunos criterios que adelante referiremos.

La obligación jurídica y el deber moral tienen para HART las siguientes semejanzas:

1. Se refieren a lo que ha de hacerse o no en circunstancias que se repiten cotidianamente.
2. Lo que las reglas exigen son acciones u omisiones simples que no requieren de habilidades especiales.
3. Su cumplimiento está dentro de lo que puede hacer cualquier adulto normal.
4. Su cumplimiento es cosa común, por lo que esto no es causa de premios o elogios.

En tanto que las reglas morales y jurídicas y de deber tienen en común:

- a) Ser concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo, y sustentadas por una seria presión social que procura la conducta regular.
- b) Se refieren a conductas que se repiten constantemente.
- c) Formulan exigencias que tienen que ser satisfechas por cualquier grupo humano para poder convivir.
- d) En ambas encontramos algún tipo de prohibición a la violencia a las personas o a la propiedad, exigencias de honestidad y veracidad.

Las distinciones que se pueden señalar entre las reglas jurídicas y las morales, se señalan las siguientes:

Derecho y moral. Estudio introductorio

La importancia. Una regla moral aun cuando su sanción a diferencia de la jurídica no sea impuesta por el Estado, si conserva su carácter de constreñir a la persona a su cumplimiento, pues el reproche o formas más serias de exigir su observancia se manifiestan en la sociedad o grupo que vela por su cumplimiento. Dicha norma moral implica un sacrificio de la libertad individual, la presión social a modo de castigo que mencionamos, y que su importancia sea aceptada como algo necesario e imprescindible.

Una regla jurídica puede no gozar de la aprobación y sentimiento de necesidad o utilidad a la sociedad a la que se le aplica. Sin embargo, el que ésta forme parte del sistema normativo por ser originada en un proceso de creación de leyes le da esa validez y legitimidad en cuanto a origen se refiere, y la dota del sentido de pertenencia que una norma tiene al formar parte del sistema normativo.

De tal manera que la regla jurídica a diferencia de la moral su validez no deriva del consenso de la sociedad a la que se le aplica, en tanto la regla moral si.

Inmunidad al cambio deliberado. Recordemos que las reglas primarias y secundarias que integran el sistema normativo tiene dentro de éste a aquellas reglas que les permiten ser modificadas, derogadas, o crear nuevas reglas; la denominada “regla de cambio”. Esta se refiere al procedimiento de creación de leyes que en cada sistema normativo existe para los efectos mencionados, ésta misma regla es la que le da el dinamismo que el derecho como sistema normativo requiere a fin de poder adecuarse a la regulación de las conductas que se van originando con el cambio de las sociedades.

En cambio, no existe en la moral algo parecido a la “regla de cambio”, porque en este caso las modificaciones se conectan directamente con los usos, hábitos y costumbres, aún cuando haya algunas conductas que convertidas en reglas jurídicas parecen ser perennes por referirse a cuestiones indiscutiblemente necesarias para la vida en común. Pero en general, las reglas morales al modificarse o crearse nuevas, son resultado de un proceso lento que difícilmente puede ser controlado por un cuerpo legislativo.

Carácter voluntario de las transgresiones morales. Que la intención sea lo único que cuente en la moral es erróneo, la moral también se ocupa de lo que acontece en la modificación del mundo concreto en que vivimos, y no se debe confundir el que la intención sea importante para la moral, en el sentido

El positivismo de H. L. A. Hart

de que la persona que realiza la conducta se hace merecedora de la sanción moral en razón de su intención, y el que solo por eso se deje de considerar el que no haya tenido las precauciones necesarias a fin de evitar causar el daño o perjuicio. Para el derecho, sobre todo en tratándose de la materia penal, la intención al menos para la corriente finalista⁸⁷ es de suma importancia, pues esta determina la culpabilidad de quien realiza la acción, aún cuando el resultado se produzca por una acción de descuido. La diferencia es que no es la sanción del sentimiento de culpabilidad el castigo que recibe quien realiza la conducta antijurídica, sino la sanción que el Estado impone a través de sus instituciones penitenciarias.

La forma de presión moral. Esta característica es la única considerada por Kelsen en la distinción que hace de las normas jurídicas y las morales, pues se refiere a la sanción. Por su parte Hart no limita la distinción en este punto, pues como hemos leído anteriormente éste aparece en último término solo para confirmar la distinción.

En concreto, se diferencian porque la sanción moral se refiere sobre todo al reproche, a la descalificación social, y la falta de paz e inquietud que trae consigo el ser reprobado socialmente por el grupo al que se pertenece, esto sin considerar la sanción religiosa que en algunos casos puede estar ligada íntimamente a la moral. En cambio, la sanción jurídica es impuesta por el Estado mediante el poder judicial y hecha cumplir por el uso de la fuerza institucionalizada, sea por el propio poder judicial, o como en la materia penal por el poder ejecutivo. La caracteriza, que a falta de cumplimiento voluntario, se emplea la coacción, que es el uso de la violencia mediante los instrumentos que el Estado proporciona para dar cumplimiento a lo ordenado por un Juez.

3. EL CONTENIDO MÍNIMO DE MORAL

Son características fácticas y menos filosóficas de las que parte el desarrollo del derecho natural: el propósito de supervivencia como motivo para que los humanos vivamos agrupados en sociedad, sustraernos del peligro, daño, enfermedad y procurarnos seguridad, beneficio y cura. En estas se encuentran

⁸⁷ LÓPEZ, BETANCOURT Eduardo. *Teoría del Delito*. Sexta edición. México, Distrito Federal. Porrúa, 1998, p. 8.

Derecho y moral. Estudio introductorio

elementos que son comunes a cualquier sistema normativo, y moral, por lo que se puede decir de un contenido mínimo del derecho natural.

Sin ese contenido mínimo de moral, dice que las reglas jurídicas no podrían llevar a cabo su propósito de hacer posible la supervivencia.

Asevera también, que sin ese contenido los hombres no tendrían ninguna razón para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntaria, sería imposible obligarlos a su cumplimiento mediante coacción.⁸⁸

De fondo se encuentra el problema de cuál es el fundamento de la vinculación de las reglas jurídicas. Pues HART inteligentemente se refiere primero a lo que hay en común entre la moral y el derecho natural, donde las relaciones entre el derecho y la moral se sostienen de manera más fácil, o con menor complicación; sea por un vínculo metafísico (las reglas son buenas por su origen divino), o racional (las reglas jurídicas solo son tales cuando expresan algún valor de justicia.) Empero esto no evita la cuestión primordial de cuál es la manera de sostener la vinculatoriedad de las reglas jurídicas desde la concepción positivista de HART, a la vez que se sostiene una separación conceptual del derecho y la moral.⁸⁹

La respuesta a esta pregunta es contestada por HART refiriéndose en principio a la conexión que existe entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, de las cuales refiere que no están en conflicto con aquellas que se apoyan en objetivos o propósitos conscientes, mencionando las siguientes:

(i) Vulnerabilidad humana.

La mayoría de las reglas jurídicas y morales tienen en común ser formuladas de manera negativa a modo de prohibición de hacer algo que resulte perjudicial para los humanos.

⁸⁸ H. L. A. HART. *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4, p. 241.

⁸⁹ LAPORTA, FRANCISCO. *Derecho y Moral*. Op. Cit. nota 78. Cfr págs. 38-39. A diferencia del autor en mención, consideramos que HART sí concibió el carácter complejo de la norma, por ello su esfuerzo por separar solo conceptualmente el derecho de la moral.

El positivismo de H. L. A. Hart

(ii) Igualdad aproximada.

Tiene en común la moral y el derecho, que ambos impongan abstenciones y concesiones mutuas a efecto de salvaguardar a los más débiles a manos de los más fuertes, estableciendo una igualdad artificial.

(iii) Altruismo limitado.

No es la discusión de si el hombre es bueno o malo por naturaleza, pero se enfatiza que históricamente está probado que su comportamiento no es lo uno ni lo otro totalmente.

(iv) Recursos limitados.

En un sentido económico se refiere a la escasez de los bienes que son necesarios para la subsistencia.

(v) Comprensión y fuerza de voluntad limitados.

Pueden existir varias razones que se tengan para la obediencia de las reglas, entre estas se encuentran: a) aquellas que lo impulsan a uno a observarlas por el interés que persigue el beneficio que se recibe por su cumplimiento; o b) porque tales reglas sean los ideales a seguir. Pero siempre está latente la posibilidad de imponer su propio interés a lo ordenado en las reglas, aún cuando son más los que obedecen que los que no lo hacen, es menester sanciones “[...] no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen [...]”⁹⁰

Estos puntos que HART muestra⁹¹ como comunes al derecho natural y a la moral, refiere que también deben de ser considerados por el iuspositivismo. La concepción de lo que el derecho nombra se debe alejar de la dicotomía que tiene a la sanción como el elemento primordial que se expresa con la voz derecho, o como una exigencia que le es congénita al sistema jurídico. Pues es comprobable que no todas las reglas jurídicas establecen sanciones, ni que este sea el elemento distintivo del derecho.

⁹⁰ H. L. A. HART. *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4, p. 244.

⁹¹ *Ibid.* Cfr. págs. 240-246.

Derecho y moral. Estudio introductorio

Respecto a los puntos comunes entre derecho natural y moral refiere seis formas de una pretendida relación, estas referidas a la tesis del contenido mínimo de la moral en el derecho natural. Son las siguientes:

(i) Poder y autoridad.

Comúnmente en los sistemas normativos el poder del hombre sobre el hombre no es suficiente para el cumplimiento de las reglas jurídicas, y requiere apoyarse en alguna convicción moral, o sentido de obligación moral. Se puede estar en los extremos de que alguien aún cuando considere a la regla inmoral la cumpla, o quien no realice lo ordenado en una regla por considerarlo inmoral; por lo que el contenido moral normalmente funciona como un motivante para el cumplimiento de lo ordenado.

(ii) La influencia de la moral sobre el derecho.

Los sistemas normativos modernos reciben una gran influencia de la moral aceptada como de ideales más amplios, y según HART, ningún positivista puede negar que estos son hechos “[...] Si es esto lo que se quiere decir al hablar de conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida [...]”⁹²

(iii) Interpretación.

La búsqueda de un principio general aceptable como base razonada de la decisión lleva al juez a la elección entre principios que normalmente pertenecen a un mismo sistema moral, lo cual hace necesario tal y como lo veremos en la obra de Ronald DWORKIN la explicitación de su uso y aplicación mediante la argumentación.

(iv) La crítica del derecho.

El empleo de la moral como referente para la crítica del derecho nos conduce al problema de cuál es la moral que se ha de considerar para

⁹² *Ibid*, p. 252.

El positivismo de H. L. A. Hart

ello, tema que HART no desarrolla, y que en sí es demasiado difícil y prolijo.

(v) Principios de legalidad y justicia.

La justicia en su aspecto distributivo y la inequidad van de la mano. Pues la primera no implica sino el trato de los iguales en iguales circunstancias, porque el solo aspecto formal de la justicia que es considerado por HART, efectivamente redundaría en la inequidad, no así cuando a la justicia se le da un contenido perteneciente a la moral (como lo deseado -el bien-) y más ajustado a la necesidad concreta como realización de lo más valioso (términos que en verdad encierran una gran dificultad para ser explicados, pero que en alguna otra parte trataremos de hacerlo.)

(vi) La validez jurídica y la resistencia al derecho.

El tema de la validez jurídica, del cual se han ocupado muchos de los filósofos del derecho contemporáneos, es un tema difícil y de respuestas disímiles. En el caso de KELSEN la validez deviene de la eficacia de las normas, en el caso de HART, del pedigrí y sentido de pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias. En ambos casos esta validez le da a la regla su connotación de juridicidad, por ello es tan importante definir lo que por validez se debe entender.

HART considera que si bien han existido equívocos respecto a restringir este concepto de validez, o identificarlo con la medida de todas las reglas jurídicas, este afán es sincero y no tiene más deseo que la búsqueda de la claridad y explicitación de los sistemas normativos. Y en las posturas que se han asumido, las hay autosuficientes y autoreferentes del sistema normativo, a las que denomina “concepto de derecho restringido”, y por el contrario HART sostiene la que denomina “concepto del derecho más amplio”, la cual agrupa y considera:

[...] como “derecho” todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos

Derecho y moral. Estudio introductorio

considerar que es una moral verdadera o esclarecida. Si adoptamos el concepto más restringido, excluiríamos del significado de “derecho” esas reglas moralmente ofensivas [...]⁹³

La postura adoptada por los juristas Bentham y AUSTIN de distinguir entre el derecho que es y el que debe ser, fue en parte para evitar la anarquía que resultaría si todas las reglas previo a su cumplimiento debían ser aprobadas por la conciencia moral de quienes debían cumplirlas. Pero que esto no debe sobreestimarse, y por el contrario debe admitirse al concepto más amplio del derecho como el más idóneo, y admitir a la moral como referente crítico del derecho.

Estamos en el *quid* del asunto que hemos planteado, pues dice la tesis positivista que “el derecho puede tener cualquier contenido”, siempre que se respete la forma (aspecto formal de los sistemas normativos), pero los hechos demuestran que derecho y moral lejos de ser algo totalmente ajeno e irreconciliable, en lo elemental se semejan y tienen objetivos comunes: la supervivencia y salvaguarda de la vida humana en colectividad.

VIII. LA ZONA DE CERTIDUMBRE Y LA ZONA DE INCERTIDUMBRE JURÍDICA

HART para el estudio de lo que hemos denominado la zona de certidumbre y la zona de incertidumbre jurídica, parte de los dos grandes sistemas normativos que rigen al mundo occidental. A saber, el de la regla escrita y el del precedente, así como de las distinciones entre el “núcleo de significado” y “la zona de penumbra”. Aportación realizada por la escuela norteamericana del realismo jurídico.⁹⁴

En ambos se encuentra presente el problema del lenguaje, la razón es elemental, si consideramos que el lenguaje es el medio por el cual nos comunicamos, y que fuera de esta forma de comunicación que ciertamente no es segura

⁹³ *Ibid*, p. 258.

⁹⁴ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. cfr: págs.162-169.

El positivismo de H. L. A. Hart

del todo, no tenemos otro medio para ello. También HART hace referencia a que un sistema de interpretación al utilizar términos generales, requiere nuevamente de otra interpretación para poder desentrañar su significado, pero de ser esto así, él mismo conviene en que sería inútil todo intento por comunicarnos.

Podemos afirmar que para HART, si toda lectura o interpretación del mundo requiere de un criterio previo, ese criterio en el sistema normativo es dado por el sentido subjetivo y objetivo de los ciudadanos y ajenos que fijan su mirada y rigen su conducta con esas reglas; y el significado y connotación de la norma se sabrá mediante el empleo de la regla de reconocimiento.

Antes de estudiar lo que HART dice respecto de la interpretación, veamos lo que el filósofo Michel FOUCAULT dice en su obra *Las palabras y las Cosas*:

[...] de hecho no existe ni aún para la más ingenua de las experiencias, ninguna semejanza, ninguna distinción que no sea resultado de una operación precisa y de la aplicación de un criterio previo [...] Los códigos fundamentales de una cultura -los que rigen su lenguaje, sus esquemas preceptivos, sus cambios, su técnica, sus valores, la jerarquía de sus practicas- fijan de antemano para cada hombre los órdenes empíricos para los cuales tendrá algo que ver y dentro de los que se reconocerá. [...] ⁹⁵

La filiación analítica de HART le hace desconfiar del lenguaje una vez que es pasado por el tamiz del análisis de las voces que lo conforman, e incluso habla de una crisis de la comunicación ⁹⁶.

Empero en la practica se sabe que no todo el tiempo desconfiamos del lenguaje ni no la pasamos analizando sus implicaciones y confusiones de su generalidad, hay hechos conocidos a los que las reglas se aplican sin dudar, son los que denomina “casos claros”, de estos dice “[...] son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios [...]” ⁹⁷ También menciona los casos reales difíciles, en los que no es posible solucionarlos como si hubiera una única respuestas

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Las Palabras y las Cosas*. Op. Cit. nota 67. p. 5.

⁹⁶ H. L. A. HART, *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. Cfr: p. 159.

⁹⁷ *Ibid*, p. 158.

Derecho y moral. Estudio introductorio

correcta. Por lo que entre el formalismo y el escepticismo jurídico, HART encuentra que en la historia de los sistemas normativos casi todos han pasado por épocas donde algunos de los extremos se acentúa mas que el otro, pero por lo general ambos se encuentran combinados formando así una zona de certidumbre referida a los casos comunes, y otra zona de incertidumbre donde se ubican los casos difíciles.

En un análisis exhaustivo del lenguaje las fronteras marcadas entre los grandes sistemas normativos occidentales quedan borradas, pues el derecho escrito también se vale del uso del precedente a través de la jurisprudencia que sirve a modo de ejemplo en como el juzgador debe resolver el caso concreto que se le presenta y para el cual las reglas establecidas parecen no estar lo suficientemente claras.

Recordemos que las tesis jurisprudenciales si son confirmadas en cinco casos iguales resueltos de la misma manera sin que haya uno en contrario darán como resultado que se cree jurisprudencia, la cual están obligados a observar los tribunales de nuestro país. Esto evidencia hasta que punto la repetición en las soluciones de casos concretos a través de las conductas reiteradas procura certeza en el modo en como los demás juzgadores deberán de resolver los casos análogos que se les presenten. Y esto también tiene que ver con la seguridad jurídica de los gobernados, pues al conocer la forma en como se han resuelto los casos anteriores pueden aducir argumentos en su favor, pero recordemos que esto no confirma la teoría de la predicción jurídica.

1. ESCEPTICISMO JURÍDICO

Los argumentos que HART esgrime contra la teoría jurídica mecánica y la teoría de la predicción, son: 1. Tenemos el poder de la decisión; lo cual nos hace falibles al no ser dioses; 2. Esto es parte de la condición humana; 3. El mundo en el que vivimos no es finito, por lo que no todo puede ser conocido y especificado por anticipado. Además de dos obstáculos: a) La ignorancia de los hechos; y b) La indeterminación de propósitos.

Si la generalidad del lenguaje no permite la certeza anticipada en el derecho que se escribe (legisla) para ser aplicado, entonces, hay un vinculo entre la textura abierta y la regla de cambio, esto es; que cuando el caso concreto

El positivismo de H. L. A. Hart

se presenta y la generalidad de la regla no lo contempla. Pero es tal el hecho que puede subsumirse a alguna regla preexistente adecuándolo argumentativamente. De tal manera que la regla de cambio se hace necesaria para poder modificar y adecuar la preexistente al nuevo caso concreto y poder resolverlo.

2. FORMALISMO JURÍDICO

Es fácil creer que es posible poder anticiparnos a la resolución de todos los casos posibles que puedan presentarse. Por lo menos este es el propósito principal del objetivo de procurar seguridad jurídica a los gobernados, incluso, si las reglas se han escrito ha sido para poder ser conocidas por todos, y para que no haya aplicaciones arbitrarias de reglas inexistentes.

HART define así el formalismo o conceptualismo jurídico: “[...] consiste en una actitud ante las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla [...]”⁹⁸ También refiere que es sobre todo un vicio de los jueces, no de los juristas, y que no es una reducción a una supuesta lógica del pensamiento, pues la lógica no prescribe la interpretación de los términos jurídicos, sino solo establece reglas de inferencia de proposiciones a conclusiones.

El formalismo o conceptualismo jurídico vemos que daría la razón a la teoría de la predicibilidad, y con ello al poder determinar cuales han de ser los resultados de un juicio o procedimientos, convirtiendo así al derecho en un calculo racional que sopesa los hechos, las reglas y anticipa el resultado. Lo cual no es posible en muchos de los casos, empero un mínimo al menos de certeza jurídica se requiere en todo sistema normativo, lo cual no debe de ser confundido con el modelo de interpretación de las normas, el cual se utiliza para adecuarlas a los casos concretos. Sin embargo, mencionamos que ese mínimo se debe trocar en la garantía de seguridad requerida en todo sistema jurídico de los Estados modernos, que no certeza jurídica respecto de los resultados de un juicio en particular.

Es difícil que los extremos absolutos se den plenamente en algún sistema normativo, casi todos son resultado de una combinación de ambos, que como

⁹⁸ *Ibid*, p. 161.

Derecho y moral. Estudio introductorio

hemos mencionado al inicio de este tema, son los que HART denomina la zona de certidumbre y la de incertidumbre jurídica.

3. DERECHO Y MORAL EN EL MODELO DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Es en la zona de incertidumbre jurídica donde se presentan los casos reales difíciles, y aquí es donde debemos detenernos a analizar que vínculo existe entre el modelo de interpretación y la relación entre el derecho y la moral.⁹⁹

Si partimos de los problemas de lenguaje, donde se considera la textura abierta de este, y por ende su imprecisión congénita para poderse referir a todas las situaciones de hecho y derecho posibles. Este margen de textura abierta que deja la posibilidad de poder aplicar el modelo de interpretación de las normas a los casos difíciles que se presenten al juzgador, le da a éste cierto campo de acción mediante la interpretación y elección de las reglas que han de ser aplicadas y la manera en como esto ha de hacerse.

Así la elección de la regla es un acto volitivo que implica el conocimiento de las mismas que el juzgador tiene, lo que lo aleja de que la aplicación de las reglas jurídicas sea una mera fórmula o receta que deba seguirse, pues cuando las cuestiones no son claras se debe acudir al criterio que el juzgador basados en su experiencia y conocimientos debe de realizar el acto de elección.

No obstante que haya elegido las reglas con las cuales debe resolverse dicho caso, puede suceder que estas por sí no se refieran sino de manera mínima o superficial al asunto que les ocupa, y que aun no existan reglas o directivas oficiales, como HART las llama. Por lo que el juez tendrá que resolver con lo que tiene, pudiendo optar por explicitar la regla que más se adecue, o como en el caso de nuestra legislación en algunas de sus materias que permite acudir a los principios generales del derecho, si este es el caso. Entonces, nos encontramos con que el juez deberá partir del conocimiento de estos principios y de sus propias circunstancias crear o desarrollar la manera en cómo ha de resolver. Lo cual para algunos implica que el juez ha creado derecho, y para

⁹⁹ Cuando se está en zona de penumbra y la decisión jurídica debe acudir a la racionalidad para poder resolver la controversia, la decisión se aleja de la relación lógica de inferir la respuesta de las premisas, lo que nos lleva a una “intersección necesaria entre derecho y moral”. Vid. H. L. A. HART, *Derecho y Moral...* Op. Cit. nota 1, Cfr. p. 27.

El positivismo de H. L. A. Hart

otros, que el juez solo ha explicitado lo que en las reglas se encontraba, pero que se requería de mayor perspicacia para poder inferirlo y desarrollarlo.

HART menciona respecto de la textura abierta del derecho que:

[...] hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que buscan hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas [...]¹⁰⁰

Es en este momento de inferencia en que, a falta de reglas claras, la labor del juez lo acerca a lo que el sistema normativo moral establece, pues faltando reglas claras para poder aplicarlas al caso concreto, este debe acudir a los principios generales, y estos están en su origen íntimamente ligados a lo que la moral establece. Así las ideas referentes de que el sistema moral de una sociedad persigue lo que sea bueno, malo, justo o injusto, se trocan en la praxis jurídica en complementos que explicitan la regla y se vinculan a los principios del derecho. Siendo este el punto en donde la moral y el derecho se vinculan en el modelo de las normas Hartiano.

Frente a la incertidumbre que deviene de la textura abierta del lenguaje, y los casos difíciles de los que hemos hablado que propician el vínculo que existe entre el derecho y la moral, HART menciona dos técnicas que se utilizan para resolverlos:

1. Es en el que la legislatura crea reglas generales o de textura amplia, delegando a un cuerpo administrativo la tarea de modelar reglas adaptadas a las necesidades de estos, aquí dice que no cabe la posibilidad de tener una única respuesta correcta, sino de ser tal que siempre se esté adecuando al caso que lo requiera.
2. El empleo de juicios comunes sobre lo que es razonable, que es el de empleo de estándares variables.¹⁰¹

¹⁰⁰ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. Cfr. p. 168.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 163.

Derecho y moral. Estudio introductorio

En contraposición a estas, se encuentran aquellas áreas de conducta que son reguladas con anticipación mediante reglas que exigen acciones específicas. Tales reglas son aquellas donde se coincide en la protección a un valor jurídico determinado, sin considerar la forma en como se transgrede éste, por lo que la textura abierta se encuentra en su periferia, y los valores jurídicos son establecidos de antemano.

IX. *POST SCRIPTUM* AL CONCEPTO DEL DERECHO

La obra más importante de HART, *El Concepto del Derecho*, contó con muchos detractores, destacando Lon L. FULLER y Ronald DWORKIN. Del primero hemos mencionado en notas al pie de página cuáles son las divergencias más marcadas, así como las críticas más agudas¹⁰² que hace a HART. Respecto del segundo, HART inició una obra donde su propósito fue responder las críticas de DWORKIN, así como corregir su teoría en aquellos puntos en donde lo considerara necesario.¹⁰³

El *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, es la obra a la que le dedicamos este subcapítulo, se trata de una anotación de los problemas que DWORKIN hizo a la obra de HART, *El Concepto del Derecho*, y en la que este último da una breve contestación. Tiene un propósito meramente expositivo, pues el análisis detallado se deja para el tema siguiente donde desarrollamos la obra de Ronald DWORKIN.

1. El primer punto de discusión de HART a la crítica de DWORKIN se centra en que HART elaboró una teoría general del derecho, descriptiva y moralmente neutra, en tanto que DWORKIN realizó una teoría jurídica en parte evaluativa,

¹⁰² Es sobre todo en su obra *La Moral del Derecho*, Op. Cit. nota 49, donde Lon L. FULLER dedica parte de su exposición a la crítica del *El Concepto del Derecho*, op. Cit. nota 4, de H. L. A. HART.

¹⁰³ HART, H. L. A. *Post Scriptum al Concepto del Derecho*. Traducción TAMAYO Y SALMORÁN Rolando, México, Distrito Federal. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, *vid.* Estudio preliminar pág. XXX, nota de los editores, pág. 3. y en pág. 11 el mismo HART lo menciona.

El positivismo de H. L. A. Hart

justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, que tiene un carácter principalmente interpretativo, e incluye principios y justificación moral.

Para DWORKIN la teoría descriptiva, no explica adecuadamente el punto de vista interno, ya que la mencionada teoría es la postura del punto de vista externo. La respuesta de HART, es en el sentido de que al observador externo no hay nada que le impida describir las formas en cómo los participantes ven el derecho desde el punto de vista interno, pero que no debe confundirse la labor descriptiva con la de compartir o adoptar la aceptación del participante.

En tanto para DWORKIN, la teoría debe de ser interpretativa y parcialmente evaluativa para poder resolver los problemas de sentido y significado de las proposiciones del derecho. A lo que HART responde que es un error que la labor descriptiva deba trocarse evaluativa, pues dicha descripción puede mantenerse como tal aún cuando lo que describa sea una evaluación¹⁰⁴.

2. Otro de los problemas señalados por DWORKIN es el que denomina el mal semántico. Éste consiste en que el significado de la voz derecho supone una fijación de su significado, y con ello el que la regla de reconocimiento exista en todos los órdenes jurídicos. Éste mal semántico supone también que existe un consenso entre los jueces y abogados respecto de las cuestiones lingüísticas del derecho, y que las únicas controversias posibles son respecto de los hechos históricos; contra lo que el autor mencionado señala que las proposiciones jurídicas son controvertibles, no solo en lo que se refiere a las cuestiones de hecho, sino, también los juicios morales y de valor. A esto HART contesta que en ninguna parte sostiene que el significado de la palabra derecho conlleve la existencia de la regla de reconocimiento en todos los órdenes jurídicos, y por otra parte, que DWORKIN confunde el significado del derecho con las proposiciones del mismo, y que al imputarle un positivismo de meros hechos, ignora que el último criterio de validez puede incorporar además del pedigrí, principios de justicia o valores morales.¹⁰⁵

3. A la crítica denominada: el ideal de expectativas protegidas, que resulta del convencionalismo por convicción que es compartido por jueces y abogados, según la cual los criterios de derecho son incontrovertibles. HART contesta que: 1) Su teoría no es de meros hechos, ya que el criterio es para determinar el derecho admite valores, y no meros hechos; 2) Que a diferencia

¹⁰⁴ *Ibid.* Cfr. págs. 11-18.

¹⁰⁵ *Ibid.* Cfr. pp. 19-23.

Derecho y moral. Estudio introductorio

de DWORKIN, el propósito de HART no ha sido nunca sostener que el derecho tenga como objetivo justificar la coacción del Estado, ni que la regla de reconocimiento contribuya a anticipar la aplicación de sanciones. Pues esta regla es también importante cuando se trata del uso inteligente de sanciones, o para la planeación de la vida privada y pública.

4. Las críticas de lo que DWORKIN denomina el positivismo suave (nombrado en esta tesis como incluyente), es para HART una exageración: 1) Ya que aunque a diferencia del positivismo general, el incluyente admita criterios controvertibles, y una de sus principales funciones sea la de proporcionar certidumbre, no lo realiza a cualquier costo, y un margen de certidumbre debe ser tolerado. 2) La discreción judicial que deviene de la textura abierta de las normas, no es admitida por DWORKIN, pues esto implica que haya violación al principio de no retroactividad, pues para DWORKIN la respuesta correcta se encuentra dentro del propio sistema normativo, y debe ser acorde a la historia constitucional y a la mejor justificación moral. 3) Que esta variante del positivismo incluya valores morales dentro de su criterio de validez, es una cuestión que debe quedarse abierta en lo que se refiere a la objetividad de los principios y valores morales, y que deben considerarse solo como direcciones para los tribunales para crear derecho conforme a la moralidad, y no como asuntos concluidos.

5. Que el derecho se presente solo integrado por reglas, es ignorar los principios jurídicos, y que para adoptarlos como parte de esta teoría es necesario abandonar las principales doctrinas centrales de HART. Él acepta que ha dicho muy poco respecto de los principios, y da crédito a la crítica realizada, de no enfatizar su carácter no concluyente, pero esto no implica que el derecho se agote sólo en reglas de todo o nada, pero por razones de juridicidad es menester que muchas de las conductas humanas queden reguladas por estas reglas y no por principios. También realiza un análisis comparativo en el que a pesar de los rasgos de generalidad, deseabilidad, no concluyente, de peso, no son tan distintos en cuanto al modo de funcionar de las reglas, y que en determinados casos las reglas también pueden aplicarse considerando su importancia, u otros en que estén en conflicto: una regla y un principio.

6. Al ser esenciales los principios en el derecho, tal como es concebido por DWORKIN, éste critica que la regla de reconocimiento no se puede emplear para reconocer a los principios. A lo que HART contesta que DWORKIN ha erra-

El positivismo de H. L. A. Hart

do al no considerar que muchos de los principios no pueden ser identificados por su pedigrí (manera de creación), y por otra parte se equivoca al creer que la regla de reconocimiento solo puede proveer criterios de pedigrí, por lo que DWORKIN reconsidera que efectivamente muchos principios no son fáciles de identificar, y que otros sí se pueden localizar mediante el pedigrí.

7. La distinción conceptual entre el derecho y la moral, sostenida por HART es criticada por DWORKIN, para quien el derecho mantiene una íntima relación con la moral. Esta diferencia se da prácticamente en todos los niveles de la teoría Hartiana en el caso de la identificación. Para DWORKIN, siempre debe haber un juicio moral implicado, en tanto que para HART solo en aquellos casos en que la regla incorpora criterios morales. La vulnerabilidad de esta postura de incluir necesariamente juicios morales, es que en aquellos sistemas en que los criterios morales sean perversos, no existiría referente para la crítica del derecho, por lo que DWORKIN introduce el sentido preinterpretativo para los casos en que el derecho sea moralmente malo.¹⁰⁶

¹⁰⁶ A la concepción de un sistema de principios donde todos queden ensamblados sin que ninguno tenga que ser sacrificado, lo denomina “optimismo romántico”. *Vid.* H. L. A. HART, *Derecho y Moral, Contribuciones a su Análisis*. *Op. Cit.* nota 1, *Cfr.* p. 48.