

Andrés Morales Velásquez\*

# La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart: ¿Innecesaria reduplicación de las reglas de cambio o concepto con autonomía explicativa?

*The rule of recognition of H.L.A Hart: unnecessary reduplication of the rule change or concept with explanatory autonomy?*

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2014

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2014

## RESUMEN

Según algunos filósofos del derecho, la RR de Hart es una innecesaria reduplicación de las reglas de cambio. Este artículo plantea que esa objeción es equivocada pues, al establecer las exigencias para la producción de otras normas, las reglas de cambio no fijan criterios de pertenencia de aquellas al sistema jurídico, como lo supone la crítica.

**Palabras Claves:** Regla de reconocimiento, reglas de cambio, criterios de pertenencia, sistema jurídico.

## ABSTRACT

According to several legal philosophers, the Hart's rule of recognition is an unnecessary reduplication of the rules of change. This paper argues the that critic is misguided because when the rules of change provide conditions for issue legal norms, it does not set criteria for membership of them, as that point of view thinks.

**Keywords:** Rule of recognition, rules of change, criteria for membership, legal system.

## INTRODUCCIÓN

**D**e acuerdo con la interpretación más difundida de la teoría de Hart en la filosofía jurídica anglosajona, la regla de reconocimiento (en adelante RR), por un lado, pese a ser formulada en *El Concepto de Derecho* (en adelante ECD) como una regla secundaria, impone a los jueces el deber de aplicar las normas del sistema jurídico, y por el otro, proporciona los criterios

\* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Candidato a Doctor en Filosofía del Derecho de la Università Degli Studi Di Genova (Italia). E-mail: aamoralesv@unal.edu.co

mediante los cuales es posible determinar las normas válidas del sistema<sup>1</sup>. Según los poshartianos, la RR lleva a cabo, por lo tanto, dos funciones: suministra una lista de pautas que permiten conocer cuáles son las reglas del sistema e impone a los *officials* y, más concretamente, a los jueces, el deber de aplicar esas reglas distinguidas como válidas<sup>2</sup>.

Algunos autores que creen que para Hart la RR cumple la mencionada función de identificación del sistema, han discutido, sin embargo, si con relación a ella la RR es un concepto redundante, que lleva a cabo una actividad o desempeña un rol cumplido ya por otro tipo de regla y carece, por lo tanto, de autonomía y valor explicativos. Basados en apartes de ECD afirman que por el modo en que Hart se refiere a la RR y al rol que cumple en los ordenamientos jurídicos modernos, aquella sería una innecesaria reduplicación de las reglas de cambio que aquél mismo teoriza como un tipo de reglas secundarias. A pesar de que Hart concibió las reglas de cambio expresamente como mecanismo para escapar al carácter estático que las reglas –primarias– tendrían en un sistema prejurídico, en consideración a que fijan las condiciones que deben ser satisfechas para modificar el derecho, las reglas de cambio permitirían, a su vez, determinar si una norma

<sup>1</sup> Shapiro, Scott, “What is the rule of recognition (and does it exist)”, en Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by), *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2009, p. 237–239. Raz, Josep. *The Authority of Law*, Oxford, University Press, p. 93, 95 Id., *The Concept of a Legal System*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 199, 200. MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 2008, p. 32 – 33, 132.

<sup>2</sup> Perry, Stephen, “Where All Have the Powers Gone: Hartian Rules of Recognition, Noncognitivism, and the Constitutional and Jurisprudential Foundations of Law”, en Adler, Mattheuy y Himma, Kenneth (edited by), *Op. cit.*, p. 305, 306. Un sector acreeditado de la filosofía analítica del derecho continental e incluso algunos filósofos (aunque pocos) anglosajones sostienen, sin embargo, que la RR es mejor comprendida, dentro de la propia teoría de Hart, no como una norma de contenido prescriptivo o norma en sentido genuino, sino solo como una herramienta con base en el cual se puede determinar la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Creen, por lo tanto, que lleva a cabo solo en uno de los dos papeles que afirman los poshartianos citados en la nota anterior. Sobre dicha posición, que en algunos casos es adoptada expresamente como una reformulación de las ideas de Hart, ver fundamentalmente Bulygin, Eugenio, Sobre la regla de reconocimiento, en Id., Análisis lógico y derecho, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, ahora en Id., Norme, validità, sistema normativo, Torino, Ed. Giappichelli, 1995, pp. 19–28. Caracciolo, Ricardo, El sistema jurídico. Problemas actuales, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 47–52, Id., La noción de sistema en la teoría del derecho, México D. F., Fontamara, 1994, p. 74–77. Guastini, Riccardo. Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Barcelona, Ed. Gedisa, 1999, p. 406–407, Id., “The basic norm revisited”, en D’almeida Luís Duarte, Gardner John y Green Leslie (edited by), Kelsen revisited, Oxford and Portland, Oregon, Ed. Hart Publishing, 2013, p. 72–74, publicado también en italiano: Id., “La norma fondamentale revisitata”, en Id., Distinguendo ancora, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2013, p. 87–90. Diciotti, Enrico, “Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto”, en Revista Diritto e questioni pubbliche, Palermo, Università degli Studi di Palermo, 2007, p. 10 – 11. Dentro de la literatura anglosajona, ya no marcadamente tan analítica, ver Cohen, Jonathan, “Review of “The concept of law””, en Mind, vol. 71, N° 283, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 408. Marmor, Andrei, “Constitutive conventions”, en Positive law and objective values, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 22, Id., “Conventions and the normativity of law”, en *Op. cit.*, p. 32–33. Leiter, Brian, “Legal realism and legal positivism reconsidered”, en Naturalizing jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 66–68. GUASTINI distingue entre pertenencia (o existencia jurídica) y validez: por la primera llama a la norma que ha sido formulada, discutida, dictada y publicada, y por la segunda la conformidad de una norma con las metanormas que regulan su producción y, eventualmente, limitan su contenido. Guastini, Riccardo. Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, *Op. cit.*, p. 398. Aquí, sin embargo, para tener un punto de referencia común y evitar la complicación ulterior de discutir esta cuestión, utilizaré ambas nociones –pertenencia y validez– de manera indistinta, al hilo del marco conceptual que, en mi interpretación, sigue Hart, Bulygin y otros autores con quienes reconstruiré la discusión.

dada pertenece o no al sistema jurídico, si cuenta o no como derecho, lo que en realidad significaría que realizan el mismo papel atribuido a la RR.

La idea central de estos críticos consiste en que los requisitos o exigencias previstos por las reglas de cambio para alterar un ordenamiento jurídico son, ellos mismos, criterios de pertenencia de los enunciados normativos entonces emanados, debido a que éstos últimos son válidos o no por la conformidad o disconformidad de su emisión con las precisas condiciones establecidas en la respectiva regla de cambio. De manera que si la justificación de la RR está ligada al establecimiento de los criterios de pertenencia del sistema jurídico, su independencia conceptual se derrumba pues este cometido ya es cumplido por las reglas de cambio cuando fijan la competencia y los modos para *cambiar* el derecho.

Desde el lado hartiano, se ha respondido a esta objeción con el argumento de que entre la RR y las reglas de cambio no hay lugar a confusión ni la RR desempeña un rol ya cumplido por las reglas de cambio, pues mientras que la RR establece los criterios últimos de validez del sistema jurídico y, por lo tanto, pese a que valida las normas inferiores del sistema ella misma no es validada por ninguna otra norma, las reglas de cambio establecen criterios de pertenencia de reglas inferiores, pero también, a su vez son validadas por otras normas jerárquicamente superiores. De acuerdo con la réplica, las reglas de cambio y la RR se distinguirían, en consecuencia, por el lugar que ocupan en el esquema escalonado de validez (la RR el último lugar, en tanto las reglas de cambio uno intermedio), lo que hace imposible confundir los papeles que las dos desempeñan.

Me parece que la tesis [crítica] que llamaré de la «innecesaria reduplicación de la RR», es decisivamente equivocada. Pero creo que la razón que la hace implausibile no se identifica en manera alguna con el mencionado argumento desde el lado de Hart, al que considero igualmente insostenible. Lo que sostendré es que las reglas de cambio no realizan ni llevan a cabo la función de la RR, pero no porque las primeras sean intermedias y la segunda última, como responden algunos hartianos y como probablemente sería la respuesta de Hart, sino porque, pese a las apariencias y a la confusión del mismo Hart, las reglas de cambio no fijan en ningún sentido criterios de validez de otras normas, ni siquiera inferiores, sino solamente condiciones para la expedición de ellas, lo que es una cuestión totalmente diferente e inconfundible con la primera. Mediante una operación de clarificación conceptual que rescata la concepción original de dichas reglas (concepción que el propio Hart parece perder de vista), mostraré que la RR, mediante sus criterios, es la única que fija criterios de pertenencia de las normas al sistema y que, no obstante haga referencia a modos de producción normativa conformes a reglas de cambio, sigue siendo claramente distingible de éstas.

El camino que seguiré será el siguiente: en primer lugar, presentaré brevemente la concepción de las reglas de cambio como fue expuesta por Hart en ECD. En segundo lugar, indicaré los argumentos que algunos autores esgrimen para

sostener la tesis de la “innecesaria reduplicación” de la RR. En tercer lugar, indicaré brevemente la respuesta que, desde el lado hartiano, se ha aducido para rechazar dicha acusación. En cuarto lugar, consideraré tanto la tesis crítica como su réplica desde el punto de vista hartiano y propondré un tipo de análisis frente a la hipótesis de la innecesaria reduplicación en los términos que, a mi modo de ver, se ajustan más adecuadamente a una interpretación de la RR como herramienta de identificación del sistema jurídico, y, por último, presentaré unas observaciones conclusivas.

## 1. REGLAS DE CAMBIO

Como se sabe, Hart considera que en una sociedad prejurídica, regida únicamente por estándares consuetudinarios o normas primarias de obligación, la estructura normativa padecería de tres defectos: la *incertezza*, acerca de cuáles son las normas que pertenecen al conjunto en cuestión, el carácter *estático* de las normas, en ausencia de medios que permitan deliberadamente modificarlas, y la *ineficiencia* de la difusa presión social ejercida por las mismas<sup>3</sup>. La solución a dichos tres defectos se hallaría, de acuerdo con el autor, en otras tantas normas por él denominadas *normas secundarias*: regla(s) de reconocimiento<sup>4</sup>, reglas de cambio y reglas de adjudicación, las cuales a su vez significarían el paso de una sociedad prejurídica a una sociedad regida por un sistema jurídico<sup>5</sup>.

Las reglas de cambio que aquí se consideran resolverían el problema del carácter estático de las reglas primarias. Hart explica que en una sociedad prejurídica la

<sup>3</sup> Hart, Herbert. *The Concept of Law*, tercera edición, (con post scriptum editado por P. A. Bulloch y J. Raz e introducción y notas de L. Green), Oxford, Ed. Oxford University Press, 2012, p. 92–94.

<sup>4</sup> Pluralizo entre paréntesis el sustantivo “regla” [de reconocimiento] pues es también un debate si existen solo una o varias reglas de reconocimiento, si tiene sentido hablar de varias reglas o si solo es un problema de clarificación conceptual. El mismo Hart ha dado lugar al problema en la medida en que, no obstante en ECD generalmente habla de «regla de reconocimiento», por lo menos en cuatro ocasiones menciona la expresión “reglas de reconocimiento”. Ver Hart, Herbert. *Op. cit.*, p. 95, 96, 99, 102. Pese a estas imprecisiones, con posterioridad Hart ratificó que concebía solo la existencia de una RR, aunque con diversos «criterios últimos de validez». Ver Hart, Herbert. “Legal duty and obligation”, en Id., *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Oxford, Ed. Clarendon Press, 2011, p. 155. Id., “Lon L. Fuller: The morality of law”, en Id., *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Ed. Clarendon Press, 2001, p. 360. El debate, sin embargo, prosiguió como crítica a la tesis de Hart. Una presentación básica de la discusión y de sus principales protagonistas puede verse en Ruiz Manero, Juan. “Otros problemas de la regla de reconocimiento”, en *Jurisdicción y normas*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 142–152. Ver también Raz, Joseph. *The concept of legal system*, *Op. cit.*, p. 200. Id., *Practical reason and norms*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2002, p. 147. Id., *The authority of law*, *Op. cit.*, Oxford, Ed. Oxford University Press, 2009, p. 95–96. Hacker, Peter. “Hart’s philosophy of Law”, en Hacker, Peter y Raz, Joseph (edited by), *Law, Morality and Society*, Oxford, Ed. Clarendon Press, 1977, p. 24. No voy a entrar aquí en el mérito del debate y para los efectos de este artículo emplearé la expresión “regla de reconocimiento” (en singular), conforme la interpretación más común en la literatura continental. Siguen esta conceptualización, por ejemplo, Ratti, Giovanni. “Regola di riconoscimento, canoni interpretativi e realismo giuridico”, en *Diritto, indeterminatezza, indecibilità*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 75–88. Caracciolo, Riccardo. “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, en revista *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 9, 1991, p. 295–309.

<sup>5</sup> Hart, Herbert, *The concept of law*, *Op. cit.*, p. 94. La unión de reglas primarias y secundarias constituye para Hart el corazón mismo del sistema jurídico y la “más poderosa herramienta” para el análisis de “muchos de los problemas que han dejado perplejos juristas y teórico-políticos”. *Ibid.*, p. 98.

única manera en que las normas de obligación cambiarían es a través de un lento proceso, mediante el cual comportamientos que una vez fueron considerados opcionales, primero se volverían habituales o frecuentes y luego obligatorios, y a la inversa, conductas consideradas desviaciones y severamente sancionadas comenzarían a ser toleradas y con posterioridad llegarían a ser inadvertidas<sup>6</sup>. No habría otro medio para procurar el cambio de las reglas ni un mecanismo para adaptarlas deliberadamente a las variables circunstancias<sup>7</sup>. Lo mismo ocurriría con las reglas particulares que gobiernan las relaciones privadas entre individuos, cuyos derechos y obligaciones no podrían ser modificados ni alterados por elección de los individuos. Y esto porque, según Hart, en ambos casos, ya sea tratándose de reglas generales o de reglas particulares, se requerirían normas de un tipo diferente a aquellas primarias de obligación, de las que *ex hypothesi* se carecería<sup>8</sup>.

La forma en que Hart resuelve el problema del carácter estático de las reglas primarias de obligación es, como se indicó, mediante una clase específica de reglas secundarias, las reglas de cambio. Hart afirma que las reglas de cambio facultan a una persona o a un órgano para la derogación de reglas existentes y para emisión de reglas nuevas. Mediante las respectivas reglas de cambio se establece quién puede dictarlas y, en ocasiones, también, en forma más o menos rígida, el procedimiento que se debe seguir para hacerlo<sup>9</sup>. Las reglas de cambio, así mismo, no solo son *public power-conferring rules*, es decir, reglas que confieren poder para emitir normas generales, propias de la legislación, sino también *private power-conferring rules*, que permiten a los individuos, en sus relaciones privadas, suscribir testamentos, celebrar contratos, disponer de sus bienes y, en general, crear, modificar y extinguir derechos y obligaciones<sup>10</sup>.

Esta es la fundamentación básica que ofrece Hart de las reglas de cambio. Ahora, debe considerarse lo siguiente. Si las reglas de cambio confieren poder a una persona o a un órgano para emitir reglas e indican la forma, la manera, en que debe hacerlo, y a su paso, se ha venido diciendo que la RR establece los criterios de pertenencia de las normas a un ordenamiento jurídico, cabe preguntarse ¿cuál es la relación entre las reglas de cambio y la RR? Fijar las condiciones con arreglo a las cuales se puede modificar el ordenamiento jurídico, que es lo que hacen las reglas de cambio, equivale a una función que, ¿se identifica? ¿se parece? o ¿está solamente relacionada con la que lleva a cabo la RR? La

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 92–93. Shapiro, con un ejemplo de una comunidad primitiva en que estaría pensando Hart, ilustra cómo a causa de una imprevista sequía surge la necesidad de aumentar la cantidad de grano con que cada familia consuetudinariamente contribuye a la recolecta comunal y, sin embargo, no habría posibilidad de modificar la regla en cuestión en razón a que normas del tipo “varían solo a través de lentos procesos de crecimiento y decaimiento”. Shapiro, Scott, “What is the rule of recognition (and does it exist)?” *Op. cit.*, p. 237.

<sup>8</sup> Hart, Herbert, *The concept of law*, *Op. cit.*, p. 93.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 95–96.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 96.

RR permite saber y diferenciar aquello que cuenta de lo que no cuenta como derecho, qué hace y qué no hace parte de un ordenamiento jurídico. ¿Es este el papel que terminan desempeñando las reglas de cambio cuando establecen las condiciones para introducir válidamente nuevo derecho o eliminar el existente? o en realidad, ¿se trata de dos cosas diferentes y los dos tipos de funciones, cumplidas respectivamente por la RR y las reglas de cambio, deben ser netamente distinguidas? Esta es la cuestión crucial que aquí debemos dilucidar.

En el único pasaje en que Hart se refiere expresamente al problema, sostiene que «entre reglas de cambio y reglas reconocimiento» hay una íntima conexión habida cuenta de que «donde las primeras existan, las primeras necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como una característica distintiva de las reglas»<sup>11</sup>. Para muchos, sin embargo, esta afirmación de Hart dista de aclarar el asunto pues el autor hace otras aseveraciones, de algún modo, incompatibles con esta, que llevan a una respuesta opuesta a las preguntas planteadas. Veremos precisamente ahora la tesis según la cual, en la explicación de Hart, la RR cumpliría el mismo rol ya desempeñado por las reglas de cambio, de modo que la primera constituiría una innecesaria reduplicación de las segundas.

## 2. LA TESIS DE LA INNECESARIA REDUPPLICACIÓN DE LA RR

Uno de quienes recientemente han defendido con más vehemencia la tesis de que la RR constituiría una innecesaria reduplicación de las reglas de cambio es Jeremy Waldron. Este autor sostiene que tanto en el derecho privado como en el derecho público las reglas de cambio realizan “todo el trabajo” en la determinación del orden jurídico, de manera que la RR no desarrolla ningún papel específico<sup>12</sup>.

Waldron argumenta que una ley de testamentos puede ser vista como una pequeña RR, en tanto que al establecer que la distribución de los bienes debe hacerse por escrito, con firma del testador y de dos testigos, permite distinguir un testamento genuino, con efectos jurídicos, de un testamento nulo, sin consecuencia alguna; permite, en otras palabras, *reconocer* un testamento válido. Pero la misma ley, según Waldron, puede también ser vista de otra forma pues en cuanto indica los procedimientos y las exigencias que deben ser satisfechos para que mediante un acto jurídico una persona pueda cambiar la distribución post mórtem intestada de sus bienes, la ley de testamentos es una regla de cambio, en la medida en que son las reglas de cambio las que facultan a los individuos para alterar el derecho, siguiendo determinados procedimientos y conforme con determinadas exigencias. La ley de testamentos, afirma, proporciona una *checklist* para que el testador haga un cambio válido de su

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Waldron, Jeremy. “Who needs rules of recognition?” en Adler, Matthew y Himma, Kenneth, *Op. cit.*, p. 331.

situación jurídica: *que la voluntad sea recogida por escrito, respaldado con su firma, en presencia de dos testigos, etc.*<sup>13</sup>.

Conforme lo anterior, Waldron sostiene que también cuando el juez de sucesiones reconoce un testamento lo que hace es verificar que los procedimientos requeridos para su elaboración, para realizar un cambio válido de la situación jurídica del sujeto, hayan tenido lugar, y en la medida en que esto es así, no hay necesidad de la idea de la RR con el fin de explicar el “reconocimiento” del testamento, pues la respectiva regla de cambio realiza «todo el trabajo». De acuerdo con el filósofo, la única necesaria es la regla de cambio habida cuenta de que lo que hace el juez es asegurarse de que aquella ha sido debidamente observada, constatar así que el derecho introducido es válido y, por esa vía, reconocerlo, para lo cual no es requerida la RR.

Waldron, por otra parte, analiza la relación entre la RR y la Constitución y, a partir de dos pasajes de ECD<sup>14</sup>, afirma que Hart “juega” con la idea de que ciertas cláusulas del texto superior puedan ser o contener la RR. Enseguida, considera la posibilidad de que normas de la Constitución que autorizan y limitan la elaboración del derecho sean tomadas como la RR y, en forma opuesta, sostiene que las mismas no son la RR sino las fundamentales reglas de cambio del sistema, dado que son las reglas de cambio que otorgan el poder para legislar y facultan al legislador para elaborar, derogar y alterar el derecho<sup>15</sup>. El autor defiende esta hipótesis y argumenta que Hart también la suscribiría en otro lugar de su propia obra, específicamente cuando, refiriéndose a las restricciones a la legislación en un sistema constitucional, basadas en el contenido, dice: “[estas son partes de las reglas que confieren autoridad para legislar... las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa consisten... en incompetencias contenidas en reglas que lo califican [al legislador] para legislar”<sup>16</sup>.

Siendo esto así, Waldron afirma que tal como sucede con la ley de testamentos, en el contexto constitucional la RR no cumple ninguna función relevante, no es necesaria y, en cambio, son las reglas de cambio las únicas necesarias para la constatación de la validez del derecho, idea que, de nuevo dice, Hart parece ratificar pues luego de afirmar que los límites impuestos al legislador por las normas de la Constitución “son partes de la regla que le confieren autoridad

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>14</sup> Una de las citas corresponde al aparte del post scriptum en que Hart dice: “[e]n algunos sistemas de derecho, como en los Estados Unidos, los últimos criterios de validez jurídica podrían explícitamente incorporar, además de pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y estos pueden constituir el contenido de límites constitucionales”. Hart, Herbert, *The concept of law*, Op. cit., p. 106. En el otro pasaje referenciado, hablando de un sistema constitucional, Hart expresa: “[e]l sistema, por supuesto, contiene una regla última de reconocimiento y, en las cláusulas de su Constitución un criterio supremo de validez”. *Ibid.*, p. 247. La traducción me pertenece. Waldron, Jeremy, *Op. cit.*, p. 330.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 340.

<sup>16</sup> *Ibid.* La traducción me pertenece.

para legislar”, agrega que ésta «fundamentalmente concierne a los jueces puesto que éstos la usan como un criterio de validez de las pretendidas leyes que se les presenta». Waldron remarca cómo Hart expresa aquí que los jueces emplean una regla de cambio como criterio de validez jurídica de las leyes, a diferencia de lo que dice en el *post scriptum* y de lo que la filosofía jurídica posthartiana ha insistido, es decir, que para diferenciar normas válidas de inválidas los jueces usan una RR, que contiene los respectivos criterios de validez.

La hipótesis de trabajo de Waldron, de esta manera, es que las únicas relevantes y necesarias son las normas constitucionales que otorgan poder para legislar e imponen límites a su ejercicio, es decir, las reglas de cambio, en tanto son ellas, y no la RR, que al fijar las condiciones para dar entrada al sistema de nuevas normas, modificar y derogar existentes, contienen los criterios de validez jurídica y son, entonces, las empleadas por los jueces para el reconocimiento del sistema jurídico. La RR, de acuerdo con Waldron, tomaría su carácter distintivo de las reglas de cambio y su función, en definitiva, sería solamente hacer algo ya cumplido por aquellas.

Una tesis similar a la defendida por Waldron puede encontrarse en Norberto Bobbio. Resulta curioso, sin embargo, que en un primer momento las ideas de Bobbio parecen identificarse, por lo menos en cierta medida, con las de Hart, y es solo posteriormente que sin mayor justificación se visualiza un notable cambio de posición.

En un ensayo de 1968<sup>17</sup>, Bobbio afirma en clara línea hartiana que, así como la primera condición para que se pueda hablar de cualquier sistema es la determinación de los criterios de pertenencia de los entes a éste, no se puede hablar de un sistema jurídico salvo que haya al menos un criterio, así sea muy simple (la referencia a una autoridad, a un libro sagrado, etc.) que permita establecer cuáles son las normas a él pertenecientes<sup>18</sup>. De acuerdo con Bobbio, tales criterios están contenidos en las normas secundarias que Hart denominó “reglas de reconocimiento”<sup>19</sup>, las cuales son preliminares en cuanto la aplicación tanto de las normas sobre la sanción como de las normas sobre la producción jurídica (en Hart las reglas de adjudicación y las reglas de cambio) presuponen, para su identificación, la referencia a las reglas de reconocimiento.

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto. “Acora sulle norme primarie e secundarie”, en *Rivista de Filosofia*, LIX, 1968, ahora con el título «Norme primarie e norme secundarie», en *Id., Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Ed. Giappichelli, 2012, p. 149–169.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 158–159.

<sup>19</sup> La referencia en plural a la RR por parte de Bobbio, como se ve, está inducida por las eventuales y equívocas menciones de Hart de esa manera. Aunque, por supuesto, no cuenta solo eso y tampoco la referencia de Bobbio es accidental sino que está determinada por la concepción que tiene acerca de ella(s), como se evidenciará. Aunque no sobra advertir que, en ocasiones, también habla de RR (en singular), con evidente introducción de oscuridades al argumento.

Bobbio sostiene que resulta falaz equiparar las reglas de reconocimiento y las reglas de producción jurídica (como parecería mostrarlo el hecho de que antes de Hart no se había teorizado acerca de las primeras, por creerse que se encontraban dentro de las segundas) pues, por una parte, un sistema primitivo puede carecer de normas sobre la producción jurídica mientras que no puede faltar la regla para la identificación de las normas del sistema, y por otra parte, también en un sistema jurídico evolucionado no puede decirse que una norma pertenezca al sistema por el solo hecho de haber sido emitida de conformidad con los procedimientos establecidos en las normas sobre producción jurídica, sino que, generalmente, se requieren otros criterios de pertenencia (o de validez), criterios que justamente constituyen la categoría de las normas para la identificación de las reglas del sistema<sup>20</sup>. Serían reglas de reconocimiento, en la interpretación de Bobbio, enunciados normativos como las denominadas “disposiciones sobre la ley en general”, contenidas en muchos códigos civiles, como el italiano<sup>21</sup>.

Pese a lo anterior, en un trabajo posterior al ensayo en mención Bobbio se muestra radicalmente contrario al punto de vista hasta aquí acogido y sostiene, como Waldron, que las reglas de producción jurídica –como denomina las reglas de cambio hartianas–, cumplen ya la función que estaría atribuida por Hart a las reglas de reconocimiento<sup>22</sup>.

Bobbio critica que Hart utilice la denominación *normas de cambio* desde el momento en que para hacer referencia a los fenómenos en que está pensando el autor inglés, ya se contaba en la tradición filosófica continental con la expresión *normas sobre la producción jurídica*, la que, además, estima más precisa y adecuada<sup>23</sup>. Inmediatamente después, sostiene que dichas normas sobre producción jurídica ofrecen los criterios necesarios y suficientes para “reconocer” cuáles son las normas válidas del sistema, de manera que si para Hart la función de las reglas de reconocimiento es permitir la identificación de las normas pertenecientes al sistema, esta función ya está inscrita en los caracteres distintivos de las normas sobre la producción jurídica, por lo menos en los sistemas normativos evolucionados, que son los que Hart tiene en mente cuando describe y pretende explicar el sistema jurídico<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 159-160.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 158. Bobbio, en realidad, afirma que a esta categoría pertenecen, en la medida que se procede de un ordenamiento primitivo a uno evolucionado, las normas que indican a qué hechos o actos se atribuye el poder de producir normas que pertenezcan al sistema (normas sobre las fuentes), las normas que establecen dentro de cuáles límites de espacio y de tiempo pueden considerarse pertenecientes al sistema las normas producidas por las fuentes autorizadas, y las normas sobre la interpretación y la aplicación de las normas, según lo anterior, consideradas pertenecientes al sistema. *Ibid.*, p. 160.

<sup>22</sup> Bobbio, Norberto. “Per un lessico di teoria generale del diritto”, en AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Ed. Cedam, 1975, p. 135-146; el texto de Bobbio también fue parcialmente reproducido en Guastini, Riccardo. (a cura di ), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 135-144. Ahora con el título «Norme secondarie», en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Ed. Giappichelli, 1994, p. 233-243.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 238-239.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 240.

Al sustentar que el concepto de *normas sobre la producción jurídica* ya existía en la tradición continental, Bobbio cita a Tomaso Perassi en el pasaje en que expresa que los criterios con base en los cuales se determina si una norma está vigente son las normas sobre la producción jurídica, las que, además, fijan “cuáles son los hechos que tienen eficacia de fuentes jurídicas”<sup>25</sup>. Es claro, no obstante, que Bobbio no solamente retoma a Perassi para lo que, dice, quiere mostrar, sino que también suscribe la idea que éste afirma, es decir, que las reglas de producción jurídica establecen qué actos cuentan como fuentes dentro del sistema jurídico y, en ese sentido, fijan los criterios de pertenencia al sistema. Así, en términos muy parecidos a Waldron, Bobbio continua diciendo que una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, «no se ve bien cuál función específica pueda ser atribuida a las normas de reconocimiento y cuál utilidad tenga la introducción de esta nueva categoría de normas secundarias»<sup>26</sup>. «Entre reglas de producción jurídica y reglas de reconocimiento hay, más que, como dice Hart, un íntima relación, “son la misma cosa”»<sup>27</sup>.

De tal forma, Bobbio, en esta que puede ser considerada su posición vigente pues con posterioridad no se manifestó en contrario, se encuentra sustancialmente de acuerdo con Waldron. Para los dos autores, no habría necesidad ni estaría justificada en manera alguna la elaboración del concepto de RR en razón de que las reglas de cambio, para Bobbio de “producción jurídica”, fijarían los criterios “necesarios y suficientes” de pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico y, de ese modo, serían el indicador de lo que cuenta y no cuenta como derecho, papel que precisamente Hart atribuye a la RR pero que, entonces, ya sería cumplido por esas normas secundarias. Son las reglas de cambio que, según Waldron, al establecer las condiciones para la alteración del derecho, proporcionan al mismo tiempo los criterios necesarios y suficientes de pertenencia al sistema.

Veremos ahora una respuesta a la tesis de la innecesaria reduplicación de la RR, articulada desde la interpretación más difundida de Hart, que defiende la autonomía conceptual de la RR.

### 3. EL «CARÁCTER ÚLTIMO» DE LA RR

Una réplica a la tesis de innecesaria reduplicación que hemos venido reseñando ha sido desarrollada por Juan Ruiz Manero. El autor se dirige específicamente contra los planteamientos de Bobbio, pero por la (casi total) identificación entre éstos y los ofrecidos por Waldron en lo aquí interesa, los argumentos de Ruiz pueden tomarse como una respuesta adecuada a la crítica conjuntamente considerada.

<sup>25</sup> Perassi, Tomaso. *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Ed. Cedam, 1953, p. 34 y 57. *Ibid.*, p. 239.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 241

Ruiz Manero analiza los dos artículos de Bobbio citados más atrás y asegura que ambos están «lastrados» por una misma incomprendión de la RR, como permite vislumbrarlo el hecho de que dicho autor siempre se refiera a ella en plural, pues aunque es verdad que Hart habla en ocasiones de «reglas de reconocimiento», en los pasajes más significativos de ECD emplea la expresión «regla de reconocimiento» (en singular) y, por otro lado, la idea de que el sistema jurídico posee una y solo una RR es una de las tesis en las que Hart más ha insistido<sup>28</sup>.

Con apoyo en varios apartes de ECD, Ruiz Manero afirma que la RR es una regla última en el sentido de que, no obstante proporciona criterios para la determinación de la validez o invalidez de otras reglas, ella misma no depende de criterios establecidos por otra norma para su existencia (pues es una cuestión de hecho), por lo que tampoco cabe predicar su validez o invalidez en la medida en que estos fenómenos solamente pueden ser planteados respecto a las normas inferiores, justamente, a partir de su conformidad o disconformidad con los criterios establecidos, en última instancia, en la RR.

Ruiz Manero sostiene, así, que decir que la RR es como aquellas “disposiciones sobre la ley general” del Código Civil (como lo expresa Bobbio en el ensayo de 1968) o que puede ser reconducida, por su función, a las reglas de cambio o de producción jurídica (como lo afirma Bobbio y también Waldron) implica un mismo error pues ni las unas ni las otras son reglas últimas, «de las que no quepa predicar su validez o invalidez», sino que también son válidas en virtud de su relación con otras reglas del sistema y, en última instancia, con la RR.

Conforme a la tesis de Bayón, la función de la RR no puede ser desempeñada por las reglas de cambio o de producción jurídica (como sí lo afirman Bobbio y Waldron) porque estas carecen de un propiedad que a aquella le es consustancial: su carácter último, que a su vez implica que sea solo *una* la RR del sistema, la última, que hace que valide las normas inferiores y no ser, a su vez, validada por ninguna otra norma. Las normas de cambio, únicas necesarias para Bobbio y Waldron, al ser emitidas conforme otras, requieren a su vez ser validadas por ellas, lo que significa que son de la clase de las “inferiores”, no son la última o las últimas, de ahí que no puedan reemplazar la RR.

Me ocuparé ahora de analizar, no solo estos planteamientos de Bayón, sino también la tesis de la reduplicación.

<sup>28</sup> Ruiz Manero, Juan. *Op. Cit.*, p. 118. Los argumentos son tomados de este libro. No obstante, el autor ha insistido en los mismos en *Id.*, “Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última”, en *Analisi e Diritto*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 95 y ss.

## 4. REGLA CONCEPTUAL Y REGLAS DE PRODUCCIÓN JURÍDICA

### 4.1. Las reglas de cambio y los criterios de pertenencia

Recapitulemos: para Bobbio y Waldron la RR no es necesaria, sobra. No es necesaria porque su función de establecer los criterios de validez, de pertenencia de normas a un sistema jurídico, ya es cumplida por las reglas de cambio o de producción jurídica. Las reglas de cambio indican quiénes y mediante qué procedimientos puede ser modificado el derecho. Cuando lo hacen, para los mencionados autores, dichas reglas fijan, a través de tales elementos, los criterios de validez de nuevas normas jurídicas, de derogación y modificación de las existentes.

Si la norma de cambio N faculta a la autoridad A para que, bajo la forma F, expida la norma N<sub>1</sub>, entonces, según los críticos, A y F son los requisitos que el juez verifica se hayan cumplido para tener como derecho la norma N<sub>1</sub> y, en consecuencia, al fijar A y F, lo que hace N es establecer los *criterios de pertenencia* de N<sub>1</sub> al sistema jurídico. En la medida en que, justamente, fijar criterios de validez es el papel que Hart atribuye en forma explícita a la RR, Bobbio y Waldron deducen que ésta ninguna función desempeñaría que no sea cumplida antes por las reglas de cambio. Para Ruiz Manero, en cambio, las reglas de cambio no pueden desempeñar el rol de la RR pues mientras la RR es última –en el sentido de que valida otras normas pero respecto de ella no se plantean cuestiones de validez– las reglas de cambio son normas no últimas sino validadas por otras superiores y en última instancia por la RR.

Si se observa bien la respuesta desde el lado hartiano resulta claro, sin embargo, que Ruiz Manero no niega que las reglas de cambio fijen criterios de pertenencia de las reglas con base en ellas expedidas, es decir, no niega uno de los aspectos que podrían considerarse centrales de la tesis de Bobbio y Waldron, según la cual, mediante las condiciones para emanar nuevo derecho, establecidas en las reglas de cambio, éstas instituyen así mismo criterios de validez. Ruiz Manero aceptaría, por lo tanto, que los dos tipos de reglas, RR y reglas de cambio, tienen la misma función, solo que la RR la desempeña en otro nivel, en el último nivel, mientras que las reglas de cambio lo harían en un plano, puede decirse, “intermedio”. Para Ruiz Manero, el error de Bobbio y Waldron estaría en perder esto de vista, pero no en atribuir a la RR y a las reglas de cambio idéntica función; el desacuerdo se basaría solamente en que Bobbio y Waldron ignorarían la posición –última– que ocupa la RR en la cadena de validez, pero no en que las reglas de cambio también participan –aunque en otro nivel– de dicha cadena.

El argumento de Ruiz Manero, por supuesto, no es suyo sino que es derivado de los planteamientos del propio Hart, cuando expresamente sostiene que la RR es una regla última. Hart señala que si se pregunta por la validez de cualquier

norma, para dar respuesta se debe emplear un criterio de validez provisto por alguna otra norma y así sucesivamente hasta llegar a la RR, de manera que la cadena de validez funcionaría más o menos de la siguiente forma. Si, por ejemplo, se cuestiona si un reglamento emanado del Consejo del Condado de Oxfordshire es válido, la respuesta positiva se apoyará en que fue emitido en ejercicio de poderes conferidos y de acuerdo con los procedimientos especificados en una *statutory-order* del Ministerio de Salud; si, a su vez, se pregunta por la validez de ésta la respuesta afirmativa se basará en la ley que faculta al Ministerio para emanar dicha clase de *statutory-order*; y si se pregunta por qué es válida esa ley que faculta al Ministerio se contestará con la regla de que lo que emane la Reina en Parlamento es derecho. Pero, según Hart, aquí no se puede, una vez más, seguir preguntando en el mismo sentido en que se viene haciendo porque, no obstante esta regla, que es la RR, proporciona criterios de validez como las demás mencionadas, a diferencias de éstas, su propia validez no es constatada con base en otra regla<sup>29</sup>.

Hart plantea, así, en forma de pirámide kelseniana la cadena de validez jurídica, en donde la RR se distingue por ser la última al validar reglas inferiores –directa o indirectamente– pero no ser ella misma validada, como en la exégesis de Ruiz Manero. Ahora bien, claramente, las normas intermedias, ubicadas entre el reglamento por cuya validez se pregunta y la RR, son reglas de cambio pues facultan a una autoridad para emitir otras reglas. Hart aquí no subraya de ellas tanto dicho carácter sino que afirma que suministran criterios de validez de las reglas con base en éstas emanadas. Lo relevante, en todo caso, es que tienen en verdad ese carácter y que Hart considera, así como también Ruiz Manero, que participan de la cadena de validez en un nivel “intermedio”, proporcionando criterios de validez del mismo nivel. Los dos creen que las reglas de cambio, así como la RR, suministran también criterios de pertenencia de normas al sistema, solo que lo hacen en una posición diferente, no en la última sino en una anterior.

Este planteamiento desde el lado hartiano es, sin embargo, incómodamente problemático e incoherente con la propia concepción de Hart sobre la RR. De entrada, obviamente torna oscura la distinción entre la RR y las reglas de cambio, en la medida en que mientras en la explicación sobre las reglas secundarias Hart destaca que la encargada de proveer los criterios de pertenencia de las reglas al sistema jurídico es la RR, no las reglas de cambio que solo facultan a determinadas personas u órganos para que creen nuevas normas, en este pasaje las reglas de cambio suministran criterios de pertenencia, al igual que la RR.

Con dichas afirmaciones Hart estaría, por lo tanto, ofreciendo algún tipo de apoyo a la hipótesis de Waldron y Bobbio pues, como se dijo, lo que sería uno de los aspectos centrales del ataque de estos dos autores consiste en que las reglas de cambio proveen criterios de pertenencia, cuestión esta que no solo no es negada

<sup>29</sup> Hart, Herbert. *The concept of law*, Op. cit., p. 107.

sino que es expresada por Hart. Pero además, se presenta otro problema crucial en cuanto que si Hart acepta que, así como la RR, las reglas de cambio suministran criterios de pertenencia, la RR no sería en últimas sino una mera regla de cambio superior o última. Si RR y reglas de cambio desempeñan idénticas funciones, solo que en diferentes lugares, más precisamente, la RR se ubica en un lugar que le permite determinar pertenencia de otras normas de cambio, pero no permite que la suya sea siquiera planteada, bien vistas las cosas solo se estaría designando con otro nombre la regla de cambio ubicada en el lugar más alto de la pirámide de validez y no se trataría de una norma funcionalmente distinta.

Varios pasajes de ECD y del *post scriptum* mostrarían que Hart, en algunas ocasiones, piensa que la Constitución es la RR del sistema jurídico o que por lo menos confunde ambas, lo que respaldaría dicha idea subsecuente, según la cual, entendida la Constitución como el conjunto de las fundamentales reglas de cambio del sistema, la RR sería apenas una regla de cambio última, es decir, con la misma función que ese tipo de normas, pero ubicada en el último lugar. Además de los apartes que cita Waldron, recordados más atrás, en que Hart dice que en algunos sistemas como el norteamericano la RR incorpora criterios materiales de validez jurídica, constituidos por los límites constitucionales sustantivos a la legislación y que «[e]l sistema... contiene una regla última de reconocimiento y, en las cláusulas de su Constitución un criterio supremo de validez», citas en los que la mencionada confusión es evidente, en la nota del capítulo VI de ECD en que Hart discute la norma fundamental del Kelsen, aquél sostiene expresamente que los jueces y funcionarios identifican el derecho de conformidad con criterios de validez que provee la Constitución (no la RR)<sup>30</sup>.

Así que si la Constitución es identificada con la RR, ésta se resuelve solo en una norma de cambio última del sistema, en una regla de producción jurídica, nada diferente a esto.

Pero más allá de todas estas dificultades, admitir que las reglas de cambio suministran criterios de pertenencia y, en consecuencia, así sea en diferentes lugares, desempeñan la misma función de la RR, da lugar a un problema más

<sup>30</sup> Hart, Herbert. *The concept of law*, *Op. cit.*, p. 293. Guastini, así mismo, pone de presente que la confusión de Hart se percibe ya en 1954, en la introducción a *The Province of Jurisprudence Determined* de Austin, donde sostiene que «afirmar que un sistema jurídico existe implica... que sea una general aceptación de una regla constitucional, simple o compleja, que defina el modo en el cual las reglas ordinarias del sistema deben ser identificadas». Guastini, Riccardo. "Rileggendo Hart", en Id., *Distinguendo ancora*, *Op. cit.*, p. 113. La traducción me pertenece. Como cuestión diferente, GUASTINI menciona otra parte de la cita que se hace en el texto e interpreta que cuando Hart dice que el criterio de validez en el Reino Unido es "enactment by the Queen in Parliament", incurre en la misma confusión que yo denuncio, porque ese enunciado es una regla de cambio, la fundamental de la Constitución del Reino Unido. Guastini, Riccardo. "The basic norm revisited", *Op. cit.*, p. 72-73. Creo, sin embargo, que el modo en que Hart se expresa ahí no resulta tan desafortunado pues «es derecho lo que sancione la Reina en Parlamento» puede considerarse un criterio que remite a esa regla de cambio y no la regla de cambio misma, lo que se acomoda bien a la idea de la RR como herramienta de identificación del sistema jurídico, como quedará más claro en la siguiente sección del texto.

grave que supone no distinguir en rigor la labor que desarrolla la RR y el modo en que actúa en la identificación del derecho, como se muestra enseguida.

#### 4.2. RR y criterios de pertenencia

Conforme lo que se viene diciendo, más allá del punto de desacuerdo precisado, tanto Waldron y Bobbio, como Hart y Ruiz Manero, afirman y admitirían, respectivamente, que al facultar la emisión de normas, a través de unas dadas exigencias, una regla de cambio establece criterios de validez. Pero aquí está el problema, pues esto no parece acertado.

Contrario a lo que indica Hart y a lo que compartirían Waldron y Bobbio, al facultar al Ministerio de Salud (MS) para emitir una statutory-order (SO), conforme el procedimiento P, la ley L que lo hace no establece criterio de pertenencia alguno. Al darle competencia para emanar esa regla, de ninguna manera la norma que otorga autorización, por ese hecho fija un criterio de pertenencia. El lenguaje mediante el que se expresa L es ajeno a un criterio de pertenencia. L única y exclusivamente dice que MS está facultado para crear SO, mediante P, pero no dice, no expresa en su literalidad, no afirma que el acto jurídico resultante SO pertenezca al sistema jurídico.

¿Qué podría considerarse un criterio de pertenencia? Quizá la respuesta más correcta consista en decir que es la pauta que expresa que si en un determinado momento, bajo unas específicas circunstancias, en un dada situación, por parte de una autoridad en concreto, se emite una norma, esa norma es parte del ordenamiento jurídico. Pero la cuestión crucial está en determinar su forma lógica. Un criterio de pertenencia podrá tener, por ejemplo, la siguiente forma: «La norma N emitida con sujeción a las reglas constitucionales sobre legislación RCL, es una norma perteneciente al sistema jurídico SJ».

Obsérvese que esta no es y no puede ser una regla de cambio en el modelo de Hart. No tiene el esquema, no se expresa ni puede confundirse con una regla de cambio. No facilita a ninguna autoridad ni fija condiciones para la expedición de normas en ningún sentido. Se trata de un enunciado de pertenencia que dice que cumplidas las condiciones establecidas por una regla de cambio RC, el acto jurídico resultante AJ pertenecerá al sistema jurídico SO. El enunciado fija esa consecuencia relacionada con la pertenencia de la norma al sistema, pero nada más.

Y viceversa, la regla de cambio, que en el ejemplo anterior serían las RCL, dirá por su parte probablemente así: «en la expedición de leyes, el Parlamento se sujetará a las condiciones C<sub>1</sub>, C<sub>2</sub> y C<sub>3</sub>», pero como se observa, este enunciado solo se limita a expresar la autoridad, los requisitos y límites para dictar una determinada regla, mas no afirma que la regla así emanada, es decir, conforme a las mencionadas condiciones, hará parte del sistema jurídico. No dice ni puede decir nada sobre

esto. La pertenencia es una consecuencia ulterior, que no puede ser establecida lógicamente por la propia regla de cambio pese a que pueda referirse a ella, sino por un criterio exterior que se formula en otro nivel diferente de lenguaje. Y este nivel es justamente aquel en que se expresa la RR.

La distinción que he realizado y que, me parece, viene impuesta por la concepción de la RR como mecanismo de identificación del sistema, es también acorde con lo que ha sostenido Ricardo Caracciolo en una de las posibles lecturas que, a su juicio, permite la RR. Así ha indicado:

... la fórmula, verbigracia, “la norma *N* (sic) suministra los criterios para determinar la pertenencia de la norma *N<sub>1</sub>* (sic)” quiere decir, según Hart, que *N* ha sido creada por los funcionarios designados y siguiendo el procedimiento establecido en *N<sub>1</sub>*. Pero este criterio supone una referencia a ambas normas que de ninguna manera puede considerarse parte del lenguaje mediante el cual se expresa *N<sub>1</sub>*. Solo es posible formularlo en otro nivel lingüístico. Por consiguiente, *N<sub>1</sub>* no suministra ningún criterio de pertenencia con respecto a *N*; se limita a establecer que ciertos individuos están calificados para crear *N*. El criterio en cuestión solo puede ser proporcionado en consecuencia por la regla de reconocimiento, de tal manera que el razonamiento escalonado, propio del principio de “legalidad” que menciona Hart, es una descripción desafortunada de la forma de determinar la pertenencia de una norma a un sistema según su propia teoría<sup>31</sup>.

Que una norma que surge con el cumplimiento de los procedimientos exigidos por una regla de cambio pertenezca a un sistema jurídico es, por lo tanto, algo que viene determinado por otro tipo de enunciado diferente a aquél mediante el que se expresa dicha regla secundaria, pese a que pueda referirse a ella. La RR contendrá el conjunto de criterios de pertenencia de las normas a dicho sistema y uno o varios de ellos harán referencia a las reglas de cambio de ese sistema, las mencionarán para establecer la pertenencia por relación con ellas, pero eso es diferente a que los criterios de pertenencia sean las mismas reglas de cambio, o a que las reglas de cambio actúen como la RR.

En sus investigaciones sobre la identidad de los sistemas y de los ordenamientos jurídicos y en sus análisis de la RR, me parece que Bulygin deja bien claro el plano y el modo en que operan los criterios de identificación, de validez o de pertenencia (expresiones que usa en modo más o menos intercambiable) de normas a un ordenamiento jurídico.

Bulygin, retomando el ejemplo de Hart, ilustra la situación de un reino en el cual el monarca *absoluto Rex* emite normas generales que son consideradas derecho válido. Así mismo, dice el autor, *Rex* ha permitido a los ministros por él nombrados dictar reglas generales y nombrar, a su vez, otros funcionarios

<sup>31</sup> Caracciolo, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Op. cit., p. 72.

y facultarlos para emitir también normas generales. En tal caso, todos los enunciados formulados por los ministros y por los otros funcionarios son considerados derecho válido, siempre que pertenezcan a la clase de los enunciados cuya formulación es permitida por Rex o por un funcionario jerárquicamente superior a quién lo emite, y que, en su caso, sean emitidos con el cumplimiento de ciertas formalidades y con respecto a determinados contenidos<sup>32</sup>.

Bulygin afirma que en tal población todos usan los mismos criterios de identificación del derecho aunque raramente los formulen de forma explícita, y que los mismos, conforme la limitada lista de enunciados considerados derecho válido del ejemplo, pueden expresarse mediante las reglas siguientes: 1) Todo enunciado formulado por Rex en el trono es derecho válido, 2) Si existe una norma válida que permita a una persona *x* formular el enunciado *p* y *x* ha formulado *p*, entonces *p* será derecho válido, 3) Solo los enunciados válidos según las reglas 1 y 2 expresan derecho válido (y no hay otros enunciados válidos además de estos). De acuerdo con el autor, estas tres reglas constituyen conjuntamente una definición recursiva de derecho válido, en el sentido de que, en un número finito de aplicación de ellas, es posible determinar si un dado enunciado sea (exprese) o no derecho válido y, por lo tanto, si pertenece o no al sistema en cuestión. Dichos criterios recogen, así mismo, la idea de la RR como herramienta que permite concluir en cada caso qué cuenta y qué no cuenta como derecho<sup>33</sup>.

En este ejemplo resulta claro que los criterios de validez del sistema jurídico no son establecidos por las reglas de cambio que facultan a los ministros de Rex o a los funcionarios nombrados por los ministros para emanar nuevo derecho. Es cierto que según la regla 2), es derecho toda norma dictada por quien esté facultado para emitirla, a su vez, por una norma válida. Es decir, es cierto que el criterio *remite* a reglas que confieren poderes para emitir normas, a las reglas de cambio que otorgan facultad para emanar reglas generales, pero el criterio de reconocimiento no son las normas mismas sino ese enunciado expresado en 2). Los criterios de reconocimiento son los enunciados que individualizan la propiedad o una relación con base en la cual se *define* que una norma cuenta como derecho, pero no son las normas objeto de remisión. De ahí que el enunciado que constituye un criterio de identificación, de reconocimiento o validez se contenga en la RR que, a través de éste, suministra la definición de derecho válido, y no en las reglas de cambio, a las que solo se refiere.

En otros trabajos sobre la identidad de los ordenamientos jurídicos, Bulygin, en la línea de los aportes de Caracciolo, ha elaborado un sofisticado criterio de identificación de un ordenamiento jurídico, mediante cinco reglas, sobre la base de los criterios de pertenencia directa (primera constitución), de deducibilidad y de

<sup>32</sup> Bulygin, Eugenio. "Sulla regola di riconoscimento", *Op. cit.*, p. 21. Traducción propia.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

legalidad<sup>34</sup>, que constituye, así, la idea de la RR como herramienta de identificación del sistema jurídico. Cada una de dichas reglas, postuladas a partir de los mencionados elementos, proporciona un modo para determinar si una norma determinada pertenece o no al grupo en cuestión. Del mismo modo que en la explicación elemental del reino de Rex, son ellas las que expresan criterios de validez, y no las normas jurídicas con *relación* a las cuales se construye el criterio en cuestión, o con *referencia* a las cuales, una norma cuenta como derecho. Así, según el modelo de Bulygin, conforme las reglas 2, 3 y 4, hacen parte del sistema jurídico las normas emitidas por quien esté válidamente facultado y las que no sean alteradas a través de los requisitos establecidos, y dejan de hacer parte de él aquellas eliminadas en la forma prevista por normas válidas.

Esto significa que la pertenencia con base en el criterio de legalidad se edifica por relación con reglas de cambio que regulan la producción de los mencionados efectos, pero los criterios son los enunciados por las reglas 2, 3 y 4 y no las reglas de cambio que ellos mencionan.

Conforme todo lo anterior, las reglas de cambio no realizan el trabajo ni desempeñan la función de la RR, como lo piensan Waldron y Bobbio. Pero la razón por la que esto no es así, no es la esgrimida por Ruiz Manero, siguiendo los pasos de Hart. La crítica es desafortunada pero la respuesta avanzada desde el lado hartiano yerra en el blanco e incurre en la misma equivocación. El problema no consiste en que se confunda la posición, intermedia y ultima, entre las reglas de cambio y la RR, en una cadena de validez escalonada. La razón por la que la Constitución (sus reglas de cambio) no pueden ser la RR, no es como dice Guastini, porque la Constitución deba ser, a su vez, reconocida mediante la RR<sup>35</sup>, aunque esto último sea cierto, sino porque las reglas (constitucionales) de cambio ningún criterio de reconocimiento contienen. La RR y las reglas de cambio desempeñan papeles diferentes, como se ha mostrado.

La RR se expresa en un nivel diferente de lenguaje de aquél en que se expresan las reglas de cambio. Los criterios de validez tienen que ver con la cuestión acerca de lo que cuenta y no cuenta como derecho, y mediante ese tipo de enunciados no se expresan las reglas de cambio. Ellas solo dicen quién y cómo ha de expedirse una norma, no si la norma así expedida pertenece o no al sistema jurídico. Esto último solo lo dice la RR. Por eso, cuando un juez constata, según el ejemplo de Waldron, si una determinada norma es válida, contrario a lo que afirma el autor, no utiliza la respectiva regla de cambio con base en la cual aquella debió haberse emanado, no utiliza ningún criterio provisto, sino que emplea el criterio de validez de la RR que le dice que las normas dictadas con arreglo a esa norma de cambio son derecho válido, y por eso es que recurre

<sup>34</sup> Bulygin, Eugenio. “Alcune considerazioni sui sistemi giuridici”, en *Norme, validità, sistemi normativi*, *Op. cit.*, p. 239 y ss.

<sup>35</sup> Guastini, Riccardo. *Rileggendo Hart*, *Op. cit.*, p. 114.

a la verificación de los procedimientos y exigencias contenidos en esa norma de producción jurídica.

De esta manera, he presentado lo que, a mi juicio, responde de forma más adecuada la hipótesis avanzada por Waldron y Bobbio, a la luz de la consideración de la RR como instrumento de individualización de las normas que componen un sistema jurídico definitorio. Resulta útil dilucidar, sin embargo, una cuestión ulterior. Si se da por sentado que las reglas de cambio no suministran criterios de pertenencia al ordenamiento jurídico sino que los proporciona la RR, la pregunta que surge es si aun así se mantiene la idea hartiana fundamental de la RR como regla última. Como se vio, lo que a Hart le permite afirmar que la RR es una regla última es la suposición de que hay otras reglas que, como ésta, proporcionan criterios de pertenencia, pero que son anteriores a ella. Pero si se acepta el planteamiento de que solo la RR, y no las demás, contienen los criterios para determinar la pertenencia de una norma al sistema, ¿puede todavía vincularse, de algún modo, la RR con la idea de un supuesto carácter último?, más aún, ¿es ese planteamiento compatible con la teoría de Hart?. Veremos esta cuestión enseguida.

#### **4.3. Criterios inferiores y superiores de reconocimiento**

Según las palabras de Hart, la RR, que provee los criterios de validez, es una regla última, y donde, «como es frecuente, hay varios criterios clasificados en orden de relativa subordinación y primacía, uno de ellos es supremo»<sup>36</sup>.

Hart utiliza la expresión «regla última». Sin embargo, de su planteamiento de la cadena de validez escalonada resulta evidente que lo quiere significar es que la RR contiene el «criterio último», en oposición a otras reglas de la pirámide que, según él, suministrarían criterios no últimos sino, podría decirse, anteriores. Lo relevante en la argumentación del autor es que no existen criterios más allá de los que ella establece, los que no pueden ser ya cuestionados. Así que lo que sería “último” es el criterio de reconocimiento de la RR, más que la regla en cuanto tal<sup>37</sup>.

Por otro lado, sin embargo, Hart expresa que *uno* de los criterios que provee la RR es supremo en el sentido de que las normas identificadas a partir de este, prevalecen en caso de conflicto sobre aquellas reconocidas por criterios inferiores, mientras que éstas no son reconocidas si resultan en contravía de las reglas identificadas con base en dicho criterio superior. Esta consideración, desde mi punto de vista, entra en contradicción con la idea de la RR como regla última. Hart no dice explícitamente que la RR contempla *todos* los criterios de validez, pero no parece irrazonable deducirlo de su afirmación de que contiene

<sup>36</sup> Hart, Herbert. *The concept of law*, Op. cit., p. 105.

<sup>37</sup> Caracciolo, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Op. cit., p. 71-72.

los criterios por medio de los cuales la validez de otras reglas del sistema es verificada y de que *uno* de ellos es supremo<sup>38</sup>, máxime cuando reitera: “[l]as ideas de... y de la supremacía de *uno* de sus criterios [de la RR] merecen alguna atención” (cursivas y aclaraciones fuera de texto). Pero la cuestión es que si la RR contempla *todos* los criterios de validez, banalmente, no contempla solo uno, solo el último, como dice la otra afirmación de Hart. No hay, visto así el problema, forma alguna de conciliar estos dos planteamientos.

Una forma adecuada de ordenar las cosas, que se ajusta con lo que he sostenido en la anterior sección y con algunas de las mencionadas afirmaciones de Hart, es decir que la RR suministra, en efecto, todos los criterios de validez del sistema jurídico, como en la interpretación alternativa de Caracciolo<sup>39</sup>, y que dentro de dichos criterios hay también uno que es supremo y último. Las que podrían pensarse en estructura jerárquica y calificarse de inferiores y superiores, de últimas y supremas, no serían, así, las normas, que ningún criterio proporcionan, sino los criterios mismos de pertenencia. Evidentemente, en esta interpretación, la RR no se definiría por suministrar el criterio último del sistema pues los suministraría todos, pero subsistiría la idea de que proporciona también uno que es supremo y último.

Una intuición similar, aunque desde diferentes presupuestos, parece mover a Hacker cuando afirma que, dada la multiplicidad de órganos judiciales y quasi judiciales y la diversidad de asuntos jurídicos de los que cada uno de ellos debe ocuparse, no hay razón para no pensar que al lado de la regla última de reconocimiento puede haber reglas de reconocimiento derivadas<sup>40</sup>. El empleo en plural del concepto de la RR que hace el autor (para el caso de las que denomina “derivadas”) equivale a hablar, en este caso, de criterios, más que de reglas, que junto con el supremo y último haría parte de la RR. Hacker, sin embargo, considera que no hay necesidad de una norma que especifique todos los criterios de validez del sistema. A su juicio, «un criterio de validez sistematizado, único y altamente complejo que establezca un orden de criterios subordinados puede ser extraíble de las varias reglas de reconocimiento del sistema, pero no es necesario que sea parte de ninguna regla de reconocimiento»<sup>41</sup>.

No interesa aquí acordar o desacordar con la valoración que le merece a Hacker el concepto de la RR de Hart, en el modo en que se ha interpretado aquí. Quizá su argumento plantea otro tipo de problema que debe abordarse en otra ocasión. Me interesa, en cambio, que Ruiz Manero entra al debate y objeta a Hacker que Hart no habla de la necesidad de una RR que especifique y ordene

<sup>38</sup> Hart, Herbert. *The concept of law*, Op. cit., p. 106.

<sup>39</sup> Caracciolo, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*, Op. cit., p. 72.

<sup>40</sup> Hacker, Peter, Op. cit., p. 24.

<sup>41</sup> *Ibíd.*

jerárquicamente todos los criterios de validez del sistema, sino solamente los últimos, esto es, «aquellos que no son válidos ni inválidos»<sup>42</sup>.

Haciendo un esfuerzo por acomodar las confusas explicaciones de Hart, Ruiz Manero habla que la RR contiene solo los criterios últimos del sistema, no los anteriores, es decir, no los válidos o inválidos, sino aquellos respecto de los cuales estos atributos no pueden plantearse. Es claro, sin embargo, por un lado, que los criterios, sea el último o los anteriores, no son válidos ni inválidos, las válidas o inválidas son las normas, con relación, eso sí, a los criterios de validez, según todo lo que se ha indicado en precedencia. El uso inapropiado del lenguaje en este aspecto, muestra precisamente el equívoco que se ha buscado despejar entre reglas de cambio y RR.

Por otra parte, contrario a lo que dice Ruiz Manero, Hart no afirma que en la RR se hallen solamente los criterios últimos de validez del sistema, de manera jerarquizada. Esta es, más bien, una deducción que Ruiz efectúa a partir del pasaje comentado más atrás, en que Hart hace dos afirmaciones incompatibles entre sí, según las cuales, la RR proporciona el criterio último de validez, y al mismo tiempo, contiene todos los criterios de pertenencia del sistema, uno de los cuales es supremo. Pero, como se vio, si la RR contiene todos los criterios, en forma jerarquizada, no todos pueden ser últimos y supremos sino solo uno, aunque todos sean proporcionados por ella.

Así las cosas, parece plausible y, de algún modo, encuentra también apoyo en la obra de Hart, sostener que la RR proporciona todos los criterios de validez del sistema jurídico, jerárquicamente organizados, y dentro de ellos el último y supremo.

## CONCLUSIONES

Bobbio y Waldron han sostenido que la RR teorizada por Hart es una innecesaria reduplicación de las reglas de cambio en consideración a que éstas, como aquella, establecen criterios de validez de las normas inferiores, de modo que la RR sería una figura con escasa autonomía conceptual y reducida capacidad explicativa. Ruiz Manero, desde el lado de Hart, ha replicado que no hay confusión entre la RR y las reglas de cambio y que las segundas no pueden llevar a cabo la labor de la primera, pues mientras la RR se ubica en el vértice de la cadena de validez, lo que implica que valida las demás normas [inferiores] del sistema jurídico pero ella misma no lo es por ningún otra, las reglas de cambio, si bien establecen criterios de pertenencia de normas inferiores, son a su vez validadas por otras y, en última instancia, por la RR.

<sup>42</sup> Ruiz Manero, Juan. *Op. cit.*, p. 145.

Hemos demostrado aquí que el ataque de la innecesaria reduplicación representa, en realidad, un falso problema para la doctrina de la RR, pero no por la razón que menciona Ruiz Manero y que, probablemente, también aduciría Hart. Tanto Ruiz Manero como Bobbio y Waldron incurren en el mismo error y de ahí la ineeficacia de la respuesta para contrarrestar la crítica. Ese error consiste en sostener que las reglas de cambio, al igual que la RR, fijan criterios de validez de las normas inferiores. Si se analizan bien la configuración de las reglas, como fueron originalmente concebidas en ECD, puede, en cambio, determinarse que las reglas de cambio solamente establecen unas exigencias para la emisión de otras normas, pero nada dicen, nada expresan ni pueden expresar con relación a la pertenencia de las normas entonces emanadas al sistema jurídico, de lo que sí se ocupa la RR.

Como hemos recalcado, la objeción y también la réplica se originan en una incomprendición acerca del modo y el nivel en que actúan los criterios de pertenencia, mediante los cuales la RR permite determinar las normas que componen un sistema jurídico. Distinguir y clarificar la manera y el plano en que lógicamente aquellos se expresan, contribuye no a defender a Hart, sino a la potencial capacidad que podrían tener los conceptos de RR y reglas de cambio, correctamente entendidos, y a favorecer la desmitificación de un debate originado en la ambigüedad de algunos planteamientos al respecto del propio Hart.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, Norberto. "Per un lessico di teoria generale del diritto", en AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Ed. Cedam, 1975, p. 135–146, publicado también en Guastini, Riccardo. (a cura di ), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 135–144. Ahora con el título "Norme secondarie", en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 233–243.
- Bobbio, Norberto. "Acora sulle norme primarie e secundarie", en *Rivista de Filosofia*, LIX, 1968, ahora con el título "Norme primarie e norme secondarie", en *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 149–169.
- Bulygin, Eugenio. *Sobre la regla de reconocimiento*, en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Bulygin, Eugenio. "Alcune considerazioni sui sistemi giuridici", en *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 231–256.
- Caracciolo, Ricardo. *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Caracciolo, Ricardo. "Sistema jurídico y regla de reconocimiento", en revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, Alicante, Universidad de Alicante, 1991, p. 295–309.
- Caracciolo, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*, México D. F., Fontamara, 1994.
- Cohen, Jonathan. "Review of "The concept of law", en *Mind*, vol. 71, N° 283, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 395–412.
- Diciotti, Enrico. "Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto", en revista *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, Università degli studi di Palermo, 2007, p. 9–42.
- Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Guastini, Riccardo. "Rileggendo Hart", en *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 105–117.
- Guastini, Riccardo. "The basic norm revisited", en D'almeida Luís Duarte, Gardner John y Green Leslie (edited by), *Kelsen revisited*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 63–74.
- Hacker, Peter. "Hart's philosophy of Law", en Hacker, Peter y Raz, Joseph, *Law, Morality and Society*, Oxford. Clarendon Press, 1977, p. 1–25.
- Hart, Herbert. *The Concept of Law*, tercera edición, (con post scriptum editado por P. A. Bulloch y J. Raz e introducción y notas de L. Green), Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Hart, Herbert. "Legal duty and obligation", en *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 2011, p. 127–161.

- Hart, Herbert. "Lon L. Fuller: The morality of law", en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 343–364.
- Leiter, Brian. "Legal realism and legal positivism reconsidered", en *Naturalizing jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 59–80.
- MacCormick, Neil. *H. L. A. Hart*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- Marmor, Andrei. "Constitutive conventions", en *Positive law and objective values*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 1–24.
- Marmor, Andrei. "Conventions and the normativity of law", en *Positive law and objective values*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 25–48.
- Perassi, Tomaso. *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1953, p. 34–57.
- Perry, Stephen. "Where All Have the Powers Gone: Hartian Rules of Recognition, Noncognitivism, and the Constitutional and Jurisprudential Foundations of Law", en Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by), *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 295–326.
- Ratti, Giovanni. "Regola di riconoscimento, canoni interpretativi e realismo giurídico", en *Diritto, indeterminatezza, indecidibilità*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 75–88.
- Raz, Joseph. *The concept of legal system*, Oxford, Clarendon Press, 2003.
- Raz, Joseph. *Practical reason and norms*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Raz, Joseph. *The authority of law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Ruiz Manero, Juan. "Otros problemas de la regla de reconocimiento", en *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 142–152.
- Ruiz Manero, Juan. "Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última", en revista *Florianópolis*, N° 64 Florianópolis, 2012, p. 40–55
- Shapiro, Scott. "What is the rule of recognition (and does it exist)?", en Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by), *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 235–268.
- Waldron, Jeremy. "Who needs rules of recognition?", en Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by), *The rule of recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 327–349