



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

---

---

FACULTAD DE DERECHO

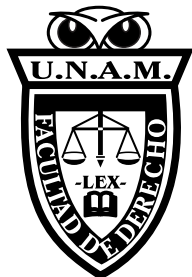
CRÍTICA A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE HART

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA  
MARIO ALBERTO JIMÉNEZ FLORES

ASESOR  
DR. JORGE ROBLES VÁZQUEZ



CIUDAD UNIVERSITARIA, 2015



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/21/VI/2015

ASUNTO: Aprobación de tesis

**DR. ISIDRO AVILA MARTÍNEZ  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA UNAM  
P R E S E N T E**

Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **Mario Alberto Jiménez Flores**, con número de cuenta 302073289, bajo la dirección del Dr. Jorge Robles Vázquez, denominada "**Crítica a la regla de reconocimiento de Hart**", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"  
Ciudad Universitaria, D. F., a 24 de septiembre de 2015

  
DRA. SOCORRO APREZA SALGADO  
DIRECTORA

SAS\*

AGRADECIMIENTOS:

A MI MADRE Y PADRE:

LOURDES FLORES OLVERA Y

ALBERTO JIMÉNEZ RAMÍREZ.

A MI COMPAÑERA

IVET M. JIMÉNEZ MEDINA,

POR EL APOYO QUE ME BRINDARON

A LO LARGO DE ESTE CAMINO.

A MARÍA FLORES OLVERA Y

J. HAYDEE MEDINA MORALES.

AL DR. JORGE ROBLES VÁZQUEZ,

POR SU APOYO Y COMPRENSIÓN EN LA

REALIZACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

A MI ALMA MATER,

LA FACULTAD DE DERECHO DE LA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DEDICATORIAS:

A MIS PADRES Y HERMANO JULIO CÉSAR,  
CON TODO MI AMOR.

A MIS ABUELOS  
GUADALUPE OLVERA Y  
JULIÁN FLORES.

A MI COMPAÑERA, IVET,  
A QUIEN TANTO AMO.

A MIS SOBRINOS:

*NOYAOCHUATZIN IHUAN NOYOLOTZIN,*  
SOFÍA A. JIMÉNEZ ALVARADO,  
PRESENTE EN MI PENSAMIENTO Y  
CORAZÓN A CADA PASO QUE DOY.

Y

AXEL EMILIANO JIMÉNEZ ALVARADO,  
QUE ESTE TRABAJO SEA UNA  
MOTIVACIÓN PARA TI.  
CON CARÍÑO.

# CRÍTICA A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO DE HART.

## ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO PRIMERO. LA TEORÍA DE H. L. A. HART. ....	5
I. Crítica a la teoría de Austin como origen del pensamiento de Hart. ....	5
II. El derecho como unión de reglas primarias y secundarias. ....	15
a) Reglas primarias. ....	16
b) Reglas secundarias. ....	21
III. Textura abierta y discreción judicial. ....	23
IV. Derecho y moral en la teoría de Hart. ....	27
CAPÍTULO SEGUNDO. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. ....	41
I. La regla de reconocimiento.....	41
II. Función de la regla de reconocimiento en la teoría hartiana. ....	46
a) Como medio para reconocer el derecho. ....	46
b) Existencia de la regla de reconocimiento. ....	48
c) Como fundamento del sistema jurídico. ....	52
CAPÍTULO TERCERO. CRÍTICA Y DEFENSA DE LA TEORÍA DE HART. ....	56
I. Críticas a la teoría de Hart. ....	56
a) Los principios. ....	58
b) Discreción judicial y los casos difíciles. ....	62

c) Teoría del deber. ....	71
d) Los derechos en serio .....	78
II. Defensa de la teoría hartiana. ....	81
a) Reglas y principios. ....	82
b) Discreción judicial. ....	89
c) Teoría del deber. ....	96
III. Positivismo jurídico incluyente. ....	99
a) La fuerza institucional del derecho.....	101
b) La fuerza moral del derecho. ....	106
<b>CAPÍTULO CUARTO. TEORÍAS NORMATIVAS Y TEORÍAS DESCRIPTIVAS DEL DERECHO. ....</b>	<b>110</b>
I. Teorías normativas y teorías descriptivas del derecho. ....	111
II. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como regla de reconocimiento. .....	118
III. Naturaleza de la regla de reconocimiento. ....	125
a) Teoría de la adjudicación de Hart. ....	125
b) Naturaleza de la regla de reconocimiento. ....	129
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>140</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA. ....</b>	<b>143</b>
<b>CIBEROGRAFÍA. ....</b>	<b>147</b>

## INTRODUCCIÓN.

Hart ha sido uno de los filósofos del derecho de mayor renombre y más influyente dentro el pensamiento jurídico contemporáneo. Fue profesor de *Jurisprudence* en Oxford. Ha publicado varios artículos como *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, originalmente de 1958, que contiene un germen de su pensamiento. Su principal obra *The concept of law* publicada en 1961, traducida al castellano por Genaro R. Carrió en 1963, bajo el título *El concepto de derecho*, ha influido en muchos iusfilósofos, sean de habla inglesa o española.

Los principales postulados de su obra se hayan dentro de la corriente denominada positivismo jurídico, en la cual el rasgo principal es el de una separación conceptual entre derecho y la moral. Bajo esta tesitura demostrará en su libro, antes citado, que el positivismo tiene muchas relaciones con la coerción y con la moral, sin embargo, no puede ser entendido bajo estas perspectivas, ya que de sugerir que el derecho es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, dejaría fuera muchas pautas de conducta de las cuales dicha teoría no daría cuenta. Por otro lado, si se concibe al derecho como rama de la moral, no se podrían explicar ordenamientos jurídicos perversos, pero que tienen una misma estructura dentro de cada sociedad; v. gr. la existencia de tribunales, modos de creación, etc.

De la lectura de su obra, ha surgido un sinfín de literatura jurídica con el objetivo de atacarla o defenderla. Dentro del primer grupo se encuentra el mismo Ronald Dworkin, sucesor de Hart en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford. Dentro del mismo positivismo han surgido dos corrientes del pensamiento que han sido denominadas como *positivismo jurídico incluyente*, de quien encontramos a uno de sus mayores exponentes a W. Waluchow; y *positivismo jurídico excluyente*, de quien Joseph Raz es uno de los mayores exponentes.

Nuestro objetivo en el presente trabajo no es realizar el estudio de todas las críticas y defensas que se han hecho de la obra de Hart, sino mostrar las



inconsistencias teóricas en las que, según Dworkin, incurre la tesis de la regla de reconocimiento, entendida ésta como una regla cuya existencia depende de meros hechos.

Para Hart la regla de reconocimiento no puede ser válida o inválida, sólo es aceptada para ser utilizada como forma de reconocer el derecho. Esta regla existe como una práctica compleja, normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar al derecho por referencia a ciertos criterios. *Su existencia es una cuestión de hecho.*

Al ser tratada así por Hart, Dworkin encuentra varias deficiencias dentro de su teoría. En primer lugar, una regla de reconocimiento no da cuenta de los principios jurídicos que juegan un papel importante dentro del derecho, en segundo lugar la tesis de la discreción judicial en ningún momento describe lo que los jueces deben hacer, y finalmente, no todos los deberes surgen de reglas sociales, cuya existencia depende de un mera práctica social.

En este trabajo, partiendo de las respuestas que da Hart a las críticas antes señaladas por parte de Dworkin, haré hincapié en los errores que este último comete al interpretar la teoría de aquél, ya que dichos malentendidos llevan a Dworkin a atribuirle una postura que Hart nunca tomó, por ejemplo, tener una teoría normativa del derecho y una teoría de la adjudicación.

Por lo anterior, el esquema del presente trabajo es el siguiente. En el primer capítulo se describirá en qué falla la teoría de Austin entendida como órdenes respaldadas por amenazas, ya que ésta no da cuenta de muchos elementos que son característicos en los sistemas jurídicos contemporáneos. Posteriormente veremos como Hart construye su teoría jurídica de las cenizas que dejó la teoría precedente; comienza su análisis partiendo del concepto de obligación, analizando los criterios que se requieren para la existencia de una regla social primero, para después trasladar dicho enfoque al derecho.

Una vez visto lo anterior, describiré que para Hart una teoría que explique la noción de regla (en general) da cuenta del derecho mejor que teorías precedentes. Posteriormente pasaremos al análisis de la unión de reglas primarias y secundarias donde el autor cree encontrar la clave de la ciencia de

la jurisprudencia. Mencionaremos que las reglas contienen una cierta indeterminación que Hart llama textura abierta que deja abierta la posibilidad de que los jueces que conocen el caso concreto ejerzan su discreción judicial.

Finalmente, mencionaré el análisis que hace Hart respecto de aquellas teorías del derecho que consideran que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, dejando en claro, que si bien ambos ramos comparten vocabulario y estructura (que en ambos se imponen conductas como obligatorias e imponen sanciones por su violación), también lo es que, de considerarse lo anterior, no se podrían explicar algunos sistemas jurídicos que reflejan una moral perversa.

En el capítulo segundo realizaré un análisis un poco más amplio de la regla de reconocimiento tal y como fue expuesta en *El concepto de derecho*, con el objetivo de hacer un fiel reflejo del pensamiento hartiano y verificar en futuros capítulos, en dónde se encuentran sus inconsistencias. Se estudiarán sus funciones con las cuales Hart concibió a dicha regla y, ser justos en la dimensión de su correcta interpretación.

En el capítulo tercero, mencionaré las críticas que Ronald Dworkin le hace a Hart, que en especial versan sobre la concepción de que el derecho es algo más que reglas, la tesis de la discreción judicial de Hart no da cuenta de lo que en verdad los jueces hacen al resolver un caso difícil, y que su teoría de la regla de reconocimiento en tanto regla social, no da cuenta de todas las obligaciones que su teoría pretende hacer.

Después de lo anterior, revisaré la respuesta que hace Hart a las, al parecer, injustas críticas de Dworkin, que formulara en su escrito publicado póstumamente, *Postscriptum a El concepto de derecho*, que apareció originalmente en el año de 1994. En él hace una defensa de sus tesis principales, dentro de ellas se encuentran las de la discrecionalidad judicial, el de que su teoría no sólo contempla criterios de pedigrí, y el de que su regla de reconocimiento no da cuenta del deber de los jueces de aplicar los criterios últimos de validez al ser una regla social.

Finalmente, dentro de este capítulo, analizaré en especial una corriente del positivismo jurídico, denominada incluyente, en la que W. Waluchow, analizando críticamente la teoría de Dworkin, encuentra que éste malentendió a Hart, o que sus tesis pueden incluirse dentro de las tesis mantenidas por este último sin abandonar sus postulados principales. Aquí se hará notoria la gran similitud de los argumentos esgrimidos por Waluchow y Hart.

Por último, en el capítulo cuarto, mencionaré que entre la teoría de Hart y Dworkin, que son completamente distintas, no tratan al objeto de estudio, el derecho, desde el mismo enfoque, trayendo con ello que las críticas del segundo sobre el primero se hagan injustas y basadas en malentendidos. Inmediatamente después, haré un pequeño paréntesis para ver si en nuestra Constitución puede encontrarse la regla de reconocimiento tal y como la describe Hart.

Posteriormente, analizaré una de las críticas que Dworkin realiza en este mismo sentido, que una regla de reconocimiento como práctica social no da cuenta de la obligación de los jueces de aplicar la regla de reconocimiento. Lo anterior nos servirá como punto de partida, teniendo en cuenta todo el pensamiento de Hart, para realizar una interpretación sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento, ya que dentro de mi interpretación, y creo también, de la de Dworkin, ha traído confusiones teóricas.

Por último, es menester mencionar que el presente trabajo será un estudio monográfico de lo que se ha denominado debate Hart-Dworkin, me valdré de métodos deductivos, inductivos, sintéticos e históricos, y analizaré las teorías de derecho de H. L. A. Hart, de Ronald Dworkin y el positivismo jurídico incluyente de W. Waluchow.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### LA TEORÍA DE H. L. A. HART.

Este primer capítulo, como el título lo sugiere, se analizará la teoría de Hart. Para ello comenzaremos con las críticas que hace nuestro autor a la teoría imperativista de Austin, quien mucho influyó en el pensamiento jurídico inglés. Posteriormente, analizaremos la introducción de un nuevo elemento que, a criterio de Hart, no puede explicarse en términos de mandatos y hábitos de obediencia, esto es, el concepto de regla [social].

Una vez entendido el concepto de regla social, se estudia los distintos tipos de reglas que existen dentro de un sistema jurídico, y cuál es el rasgo característico de las reglas jurídicas. Al comprender que el derecho es conformado por reglas, Hart analiza una característica que las afecta por ser enunciadas en términos generales, esto es, la textura abierta del lenguaje. Finalmente, estudiaremos el análisis que realiza el profesor de Oxford, respecto de las relaciones existentes entre diferentes sistemas normativos, como lo son el derecho y la moral.

#### I. **Crítica a la teoría de Austin como origen del pensamiento de Hart.**

*“He querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”<sup>1</sup>.* Con las mismas palabras que Hart inicia el Prefacio de *El concepto de derecho* de la edición española, comienzo mi investigación sobre la teoría del derecho de este autor. En este primer capítulo analizaré *grosso modo* tres problemas recurrentes que se encuentran al momento de dar una definición de derecho y que hacen que sea oscura la utilización de este concepto en algunos casos, y en otros sea relativamente sencillo su uso (casos marginales y casos paradigmáticos respectivamente).

---

<sup>1</sup> HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, 3ª. ed., trad.de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. XI.

Hart al referirse a los casos paradigmáticos piensa en los sistemas jurídicos de los Estados modernos y, al referirse a los casos marginales, al derecho primitivo y derecho internacional. Pero ¿por qué es dudosa la aplicación de la palabra derecho a estos casos? El mismo Hart presupone que un hombre culto tiene la idea de que las reglas de derecho de Inglaterra forman una especie de sistema. Dicho hombre culto puede identificar los siguientes elementos en dicho sistema:

[...] (i) reglas que prohíben o que hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo la amenaza de aplicar una pena; (ii) reglas que exigen que indemnicemos a quienes hemos dañado de cierta manera; (iii) reglas que especifican qué es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; (iv) tribunales que determinan cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; (v) una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores<sup>2</sup>.

Estos elementos comunes identificados por un *hombre culto*<sup>3</sup> son típicos de un caso paradigmático del uso de la palabra derecho. Si a todo a lo que se le aplicara la palabra derecho aparecieran todos estos elementos, sería relativamente fácil conocer la naturaleza del derecho. Pero los casos marginales, que contienen sólo algunas de estas características, dificultan la explicación de dicha naturaleza.

En su obra se tratan tres problemas recurrentes que, según Hart, están latentes en la definición del derecho y que en el transcurso de la historia han dado lugar a grandes debates sobre la naturaleza del mismo. Estos problemas son: a) las características de que donde hay derecho, ciertas conductas ya no son optativas sino obligatorias. Hart trata de diferenciar al derecho de las órdenes respaldadas por amenazas (teoría de Austin); b) en un segundo punto trata de delimitar a la moral del derecho, porque ambas ramas normativas establecen que ciertas conductas ya no son optativas sino obligatorias; y, c) el

---

<sup>2</sup> *Ibidem.* pp. 3-4.

<sup>3</sup> *Ibidem.* p. 3.

relativo a las reglas. Generalmente se ha entendido al derecho como un conjunto de reglas, pero habrá que diferenciar las reglas jurídicas de otras reglas sociales y, además, saber si podemos hablar de derecho al hablar sólo de reglas que imponen obligaciones (como lo supone la teoría de Austin)<sup>4</sup>.

En lo que hace al primer problema planteado, a decir, cuando ciertas conductas son consideradas obligatorias, hay iusfilósofos como Kelsen<sup>5</sup> y Austin que caen en posturas extremas y llegan a destacar sólo un elemento del derecho, desfigurando muchos aspectos del mismo. John Austin, por ejemplo, (en *The Providence of Jurisprudence Determined*), describe al derecho basándose en elementos fácticos como lo son: hábitos de obediencia, órdenes<sup>6</sup> [mandatos], y en este sentido, como las únicas normas de los sistemas jurídicos. En este trabajo no es nuestra intención exponer la teoría de este autor, sin embargo, haremos mención *grosso modo* de ella para comprender mejor las críticas que H. L. A. Hart realiza a las teorías que se limitan a destacar sólo un elemento del mismo.

Austin, quien tienen una concepción imperativista del derecho, consideraba que en los mandatos se encuentra *la clave de las ciencias del derecho y de la moral*<sup>7</sup>. Al respecto Austin menciona lo siguiente:

Un mandato [...] es una expresión de deseo. Pero un mandato es distinto de otras expresiones de deseo por la siguiente característica: que la parte a la que se dirige esta sujeta a un mal por obra del otro, en el caso de que no satisfaga su deseo. Estando sujeto a un mal por parte tuya, si yo no satisfago un deseo que tú expresas, estoy vinculado u obligado por tu mandato, o bien, me encuentro con el deber de obedecerlo... mandato y deber son, por esto, términos correlativos, en el sentido de que el significado denotado por uno esta incluido tácitamente en el otro. O, en otras palabras, siempre que exista un deber, se ha expresado un

---

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 7-16.

<sup>5</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 3ª ed., México, UNAM, 2010, pp. 68-72. Véase las críticas que realiza Hart a Kelsen, en HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 45-48.

<sup>6</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *La Teoría del derecho de H. L. A. Hart*. Revista de la Facultad de Derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 221.

<sup>7</sup> HART, H. L. A., *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, en *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962, p. 17.

mandato; y siempre que se ha expresado un mandato, se ha impuesto un deber<sup>8</sup>.

De lo anterior se desprende que el mandato es la expresión de un deseo (para que una persona realice ciertos actos u omisiones), pero se diferencia de otros mandatos porque la persona a la que se expresa el deseo está sujeta a padecer algún daño por parte de aquel que emite el mandato, y el mal previsto es llamado sanción. No importa la magnitud de éste, es irrelevante para la existencia de un mandato; lo importante es el hecho de su existencia, ya que para este autor “[...] un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por la forma en que el deseo se manifiesta sino por el poder y propósito de la parte que manda de infligir un daño o pena, en caso de que el mandato no sea atendido.”<sup>9</sup>

Dicho lo anterior, sería menester mencionar el objetivo que tiene el mandato para este autor. Como bien observa Rolando Tamayo y Salmorán, en el pensamiento austiniiano, la función de los mandatos es establecer deberes u obligaciones, ya que son términos correlativos: “[...] donde un mandato es expresado, un deber es impuesto.”<sup>10</sup>; es decir, si existe la posibilidad de sufrir un daño, un individuo se encuentra obligado o vinculado a conformarse a dicha orden.

En el análisis de las normas jurídicas, Austin encuentra ciertas características que ayudan a distinguir los mandatos típicos de derecho de otros tipos de mandatos. Una norma jurídica es definida como un mandato general y abstracto, en oposición a los mandatos particulares u ocasionales<sup>11</sup>: las normas jurídicas ordenan ciertas conductas generales. Para este autor la generalidad radica en la realización u omisión de una clase de conducta y no

---

<sup>8</sup> AUSTIN, John, citado en BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1993, p. 118.

<sup>9</sup> Citado por TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 38-39.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 117.

por el número de personas a las que van dirigidos esos mandatos. Esta idea de generalidad, es lo que hace que el mandato establezca una regla<sup>12</sup>.

Es importante señalar que no cualquiera puede emitir mandatos generales, éstos sólo pueden ser emitidos por un soberano en una sociedad políticamente independiente. Alguien que puede emitir mandatos se dice que es superior y que tiene cierto poder sobre quienes se les expresa su deseo, esta superioridad hace posible que se pueda aplicar una sanción, incluso por la fuerza, en caso de no apegarse a los deseos del soberano.

Se dijo que los mandatos son emitidos por un superior o soberano en una sociedad políticamente independiente, estas normas jurídicas son positivas por ser emitidas en una instancia especial y deben su razón a que emanan de una determinada fuente concreta, el derecho positivo es establecido por superiores a inferiores políticos. Para ser una norma jurídica, el mandato debe ser emitido por un superior político, su positividad y su distinción con otros mandatos radica en su fuente, como ya se dijo, el superior político<sup>13</sup>. Esta idea ayudará a distinguir a las normas positivas que existen en una determinada sociedad.

Quien es superior político ejerce soberanía sobre los inferiores políticos. Para que exista esa soberanía se requiere un hábito general de obediencia de los miembros de una determinada sociedad hacia un soberano, y además que éste no obedezca a ningún otro superior<sup>14</sup>, es decir, que no exista una relación de subordinación. Aquí radica su independencia política. Entender la superioridad del Soberano es importante, como se dijo, para determinar la fuente de las normas jurídicas. Para Austin “el hábito general de obediencia” es fundamental para poder hablar de una sociedad política, ya que, al existir este hábito en favor de un soberano común, se deja de estar en un mero conglomerado.

Una sociedad política es independiente si ésta, o el grueso de la sociedad, tienen un hábito general de obediencia hacia un soberano común, quien a su vez, no obedece a otro superior. Al respecto Rolando Tamayo y

---

<sup>12</sup> TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *op. cit.*, p. 41.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 42-43.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 44.



Salmorán apunta correctamente los elementos para poder hablar de una sociedad política e independiente<sup>15</sup>:

- 1) Obediencia habitual por la generalidad o el grueso de los miembros se la sociedad.
- 2) Tal obediencia debe ser prestada a una y misma persona (o cuerpo de personas).
- 3) Que el superior común determinado no se encuentre en obediencia habitual a cierto superior común.

De la distinción de las normas jurídicas propiamente dichas ya analizado, se desprende que para Austin el objeto de estudio de la ciencia del derecho es el derecho positivo; es decir, los mandatos generales establecidos por superiores a inferiores políticos en ejercicio de su soberanía.

Una de las mayores críticas que Hart hace a Austin, es que sólo ve al derecho como mandatos o imperativos, y no distingue otro tipo de reglas que existen dentro de un sistema jurídico; un ejemplo de lo anterior es el caso de los derechos subjetivos. Austin menciona que hay normas jurídicas que podría parecer que crean derechos subjetivos y no están en modo imperativo, pero que no es así<sup>16</sup>. Lo cierto es que las normas crean deberes no correlativos a derechos, o mejor dicho, deberes absolutos. En el caso de que se otorgue un derecho trae consigo un deber correlativo, pero en el caso del deber no es así, éste no confiere un derecho.

Puede observarse que todo lo explicado de la teoría de Austin, es sobre las normas legisladas, pero, ¿qué pasa con el derecho judicial y la costumbre? Para el caso del derecho judicial Austin se vale del concepto de autoridad subordinada, que establece el derecho con base en el poder delegado por el soberano a los jueces, con el fin de darle juridicidad al derecho elaborado por éstos, por lo que la diferencia entre derecho legislativo y el judicial radicaría en ser establecido inmediata y mediatamente por parte del soberano<sup>17</sup>. En cuanto al derecho consuetudinario, y una vez explicada la juridicidad del derecho

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 121.

judicial, también es un imperativo del soberano. Este tipo de derecho es positivo en tanto es aplicado por los tribunales. Esto se debe a que el juez tiene un poder delegado del Estado, y si la costumbre se hace positiva, se dice que las normas son aceptadas, no de forma expresa sino tácita, al no revocarla<sup>18</sup>.

Como es sabido, en cuanto hace a la moral y el derecho, Austin trató de separar al derecho que es del derecho que *debe ser*, por ello distingue dos tipos de reglas que dependen de su emisor, reglas divinas y reglas humanas, de las cuales las segundas se dividen en derecho positivo y moralidad positiva. Las primeras son el objeto propio de estudio de la jurisprudencia (son las normas jurídicas positivas las que componen el derecho). Por otro lado, la moralidad positiva es establecida por un sujeto humano que no tiene la calidad de soberano, estas leyes impropriadamente dichas no tienen el carácter de mandatos porque no provienen de un superior concreto<sup>19</sup>.

Las normas jurídicas positivas (o normas propiadamente dichas) son parte de un sistema, las cuales deben ser establecidas por el soberano de la comunidad política. Lo anterior ayuda a identificar a las normas que componen el sistema, en este sentido la existencia de un orden jurídico está determinada por la eficacia de las normas, es decir, donde las normas jurídicas son emitidas por un soberano y existe un hábito general de obediencia, ahí hay derecho<sup>20</sup>.

Por la concepción anterior, Hart realiza una fuerte crítica al positivismo jurídico heredado de Austin que considera así al derecho, por ello dedicó los capítulos II, III y IV de su obra *El concepto de derecho* para resaltar las incongruencias de dicha teoría con la realidad; por lo que intentará demostrar a lo largo de su obra que el criterio de identificación del Derecho no puede basarse únicamente en los hábitos de obediencia del ciudadano hacia un soberano políticamente superior. Las críticas de Hart hacia Austin se dividen en tres grupos principales: i) [l]as que se refieren al contenido de las normas jurídicas; ii) [l]as que se refieren a su origen; y iii) [l]as relativas de su ámbito de aplicación<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *op. cit.*, p. 48.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, pp. 117-119.

<sup>20</sup> TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *op. cit.*, p. 51.

<sup>21</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *op. cit.*, p. 221.

El rasgo característico de una norma o un mandato (según la terminología de Austin) es el hecho de poder causar algún daño a quien no acate la voluntad de quien emitió una orden. Para Hart esta idea es incorrecta. El hecho de dar órdenes radica en que hay un cierto derecho o autoridad para emitirlos, por lo que supone la existencia de una organización jerárquica. En este sentido, concluye que el mandato está más ligado a la idea ejercer autoridad sobre los hombres y no el de poder causar un daño, aunque en ningún momento niega que puedan ir acompañados de amenazas. En este sentido, nos dice que el mandato explicado desde la perspectiva de la autoridad, está más ligado a la idea de derecho que el de las amenazas<sup>22</sup>.

Otra crítica realizada por el profesor Hart radica en que la teoría imperativista de Austin no da cuenta de que existen otras normas jurídicas que son de hecho radicalmente diferentes, que cumplen una función social distinta de las que únicamente imponen deberes, ya que en lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos al otorgarles ciertas potestades; de acuerdo con estas reglas ejercemos potestades, deducimos prestaciones, y hacemos valer derechos<sup>23</sup>.

Éstas pueden ser privadas, por ejemplo, las que establecen la forma de realizar un testamento o la celebración de contratos; las cuales se expresan de la misma manera: “*Si quieres hacer esto, esta es la manera de hacerlo [...]*”, que distan mucho de las normas penales (que según Hart son las que más se parecen a las órdenes respaldadas por amenazas) que se expresan “*Haga esto, lo quiera o no.*” Asimismo, existen otras normas potestativas que no pueden explicarse en términos de órdenes respaldadas por amenazas, pero que a diferencia de las primeras, son oficiales o públicas<sup>24</sup>; v. gr., normas en que establecen el funcionamiento de un tribunal, condiciones para ejercer el cargo, la forma en que son creadas las normas jurídicas, es decir potestades legislativas.

Puede observarse que para Hart hay normas que confieren potestades y normas que imponen deberes, las cuales tienen entre sí una gran semejanza, a

---

<sup>22</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 25-26.

<sup>23</sup> *Idem*, *El positivismo jurídico y...*, op. cit., p. 21.

<sup>24</sup> *Idem*, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 36-37.

cual consiste en que ambas son consideradas pautas o criterios de conducta para la apreciación crítica de ciertas conductas<sup>25</sup>.

Prosiguiendo con las críticas de Hart, pasa a abordar el tema de ámbito de aplicación de las normas jurídicas, el cual en los sistemas modernos, no podría explicarse en términos de mandatos (órdenes respaldadas por amenazas). El mandato es una orden que un superior da a un súbdito (inferior jerárquico), por definición al valerse del modo imperativo, un mandato no podría darse a sí mismo; por ello, señala Hart, que la teoría de Austin no explicaría por qué en los sistemas modernos las normas emitidas vía legislativa, le son aplicables a quien las emiten, dicho de otra forma, ellas tienen fuerza auto-obligatoria a diferencia de las órdenes<sup>26</sup>.

Para Hart dicha situación se subsana con la inclusión de un elemento, una regla, que establezca la distinción entre carácter público y carácter privado de legislador, el cual ya es una regla que no puede ser considerada como una mera orden coercitiva<sup>27</sup>.

El profesor de Oxford se percata de otra deficiencia en la teoría imperativista de Austin: el modo de origen. Ésta última sugiere que todo el derecho es creado por una instancia especial, a decir, que se ordenado por el soberano. Al respecto, Hart destaca una similitud entre las normas y las órdenes, ambas son actos consientes de creación; pero, ¿qué sucede con la costumbre?

Para determinar cuándo la costumbre es derecho, Hart (al igual que Austin lo hizo) se vale del recurso de órdenes tácitas. Por ejemplo, un sargento ordena que sus hombres realicen 1000 sentadillas, al percatarse el superior de éste de las órdenes dadas, no lo contradice ni hace nada para detenerlo. Si tomamos como correcta esta tesis, el superior del sargento ordena tácitamente sean realizadas las sentadillas. Para el caso del derecho es algo similar; el soberano se percata de que en las decisiones los tribunales aplican la costumbre creando nuevas normas, por lo que al no hacer nada para impedir

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 40- 41.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 54.

que los tribunales se basen sus decisiones en la costumbre, acepta de forma tácita que sea considerado derecho lo que ellos sancionan.

Sin embargo, al no interferir en su aplicación, no quiere decir que el soberano desee que se obedezcan las órdenes dadas por sus subalternos, ya que en caso de querer que se acepten, señala Hart, debe inferirse que el soberano conocía dichas órdenes (cuestión que dentro de un sistema jurídico moderno, a criterio de Hart, sería imposible). Hay que señalar que la costumbre, al igual que las normas jurídicas, existen antes de que sean aplicados por los tribunales<sup>28</sup>, por lo que se supone que una regla, y no un mandato, debe señalar cuándo la costumbre es relevante para el derecho y cuándo no.

En este orden de ideas, y prosiguiendo con la exposición de las deficiencias de la teoría imperativista de Austin, en su capítulo IV, Hart analiza el concepto de hábitos de obediencia, que es de suma importancia en la teoría de Austin. Este concepto, es lo que se requiere de aquellas personas a quienes se dirigen los mandatos<sup>29</sup>, lo anterior con aras de determinar si se puede explicar la continuidad de la autoridad y la persistencia de las normas.

Ahora bien, los hábitos son una conducta reiterada durante cierto tiempo, esto acarrea un problema al definir al derecho con este elemento de hábitos. Para entender esto, tomaremos el ejemplo que plantea Hart, el cual consiste en el mundo imaginario en el que Rex I es el monarca de una determinada población, bien, por cierto tiempo el grueso de la población ha tenido el hábito de obedecer todo lo que dispone Rex I, pero ¿qué sucederá a la muerte de éste con su sucesor?, ¿tendrá que esperar cierto tiempo para que exista ese hábito de obediencia?, y mientras tanto ¿no existirá derecho? Bajo la teoría criticada por Hart, este sería el panorama que le espera a Rex II, sucesor de Rex I.

Como puede observarse el problema aquí versa sobre la continuidad de la autoridad que emite las normas. Para que exista dicha continuidad se requiere un elemento que establezca la obediencia a Rex II, dándole facultades

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>29</sup> Véase, *infra*, pp. 5-6.

para crear derecho después de la ausencia de su predecesor. Dicho elemento consiste en una regla que confiera potestades, con base en la cual Rex II creará derecho<sup>30</sup>, en este sentido éste no tendrá que esperar a que se dé el hábito de obediencia del grueso de la población. Esa regla deberá establecer las características que ha de tener una persona (o cuerpo de ellas), que en determinado tiempo deberán cubrir para que puedan crear normas.

Aquí se reconoce una regla, y no tanto los meros hábitos, que otorga derecho para establecer lo que ha de ser derecho, en este sentido se puede decir que se obedece a la regla, y no en sí a la persona. Por lo que al mencionar que alguien tiene el derecho a legislar, presupone la existencia de una regla, elemento que no explica la teoría imperativista de Austin, por lo que Hart concluye que la continuidad de la autoridad de emitir el derecho depende de una regla y no de los hábitos de obediencia<sup>31</sup>.

Es notorio que Hart encuentra las deficiencias teóricas en la que incurrió Austin al explicar el derecho. Las críticas realizadas por aquél a éste, son concisas y hace insostenible una teoría jurídica entendida únicamente con mandatos y hábitos de obediencia, ya que como se mostró, no explica muchas características de los sistemas jurídicos modernos, por ejemplo, la continuidad de las normas de derecho. Una vez refutada la teoría de Austin, pasaremos a analizar la teoría de Hart.

## **II. El derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias.**

Es obvio que para Hart el derecho se explica mejor introduciendo en él la noción de reglas, ya que como se mencionó durante el apartado anterior, la teoría imperativista antes citada (es decir, el concepto fáctico de hábitos de obediencia, los cuales se refieren únicamente regularidades externas de comportamiento<sup>32</sup>), no da cuenta de muchos conceptos que son utilizados por los jueces, funcionarios, juristas, etc., en la vida jurídica. Entre éstos, no se

---

<sup>30</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 67-72.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 73-74

<sup>32</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *op. cit.*, p. 223.

podría explicar el concepto de obligación (mandato empleando la terminología de Austin) de forma adecuada.

**a) Reglas Primarias.**

Como se anotó al principio del presente trabajo, existen tres problemas que a consideración de Hart surgen al momento de dar una definición de derecho. En este apartado consideraremos en que medida el derecho es una cuestión de reglas. El profesor Hart, al igual de Austin, se evoca a tratar el concepto de obligación jurídica, ya que se percata que donde hay normas jurídicas, en cierto modo, la conducta ya no es optativa sino obligatoria<sup>33</sup>.

Para explicar esta idea, mencionaremos el ejemplo que Hart utilizó en el capítulo II de *El concepto de derecho* con el objetivo de analizar el carácter imperativo de los mandatos. Dicho ejemplo es el siguiente: un asaltante le dice a un oficinista que el entregue el dinero, y que en caso contrario le disparará (lo anterior, porque el argumento de algunos autores han considerado que el ejemplo que se cita consiste en el derecho aunque en una escala mayor). De este ejemplo se distinguen dos situaciones completamente distintas: el *verse obligado* y el *tener una obligación*. El primero de ellos es una afirmación acerca de las creencias y motivos que acompañan una acción, el oficinista a quien el asaltante dijo que le entregara el dinero lo hizo porque el creyó que de no hacerlo él sufriría un daño u otra consecuencia desagradable, asimismo, señala que va implícita la apreciación de un daño comparativo (la intensidad de éste) y la probabilidad de la realización del hecho. Estos enunciados de *verse obligado* son psicológicos y que generalmente lleva normalmente la implicación de que realmente lo hizo<sup>34</sup>.

Contrario a lo anterior, los enunciados respecto de *tener una obligación*, dice Hart, son muy diferentes de los señalados en el párrafo anterior, ya que conllevan algo más que los motivos, creencias y probabilidad de la realización de un hecho perjudicial. Esta diferencia radica en que los enunciados que hacen referencia a *tener una obligación* presupone la existencia de una regla

---

<sup>33</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 102.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 103-104.

que hacen de ciertas conductas una pauta o criterio de comportamiento, y que son el trasfondo de tales enunciados<sup>35</sup>. En este sentido, *para comprender el concepto de obligación jurídica es imprescindible contar [...] con la noción de regla [...] (y no así el de sanción), la cual contiene la pauta de conducta que prevé el contenido de la orden y su caso de aplicación) [...] por lo que éstas constituyen el componente principal del mundo jurídico*. Esta es la primera tesis de Hart acerca del derecho<sup>36</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia de la noción de regla, el primer paso que da Hart es el tratar de desligarla de una práctica común [hábito]. Éste considera que se ha confundido la noción de regla al considerar que existe una cuando un grupo de personas se comporta de la misma manera, generalmente, en ciertos tipo de circunstancias; esta conducta convergente de los miembros de un grupo social no da lugar a que una regla exija dicha conducta<sup>37</sup>. Aunque las conductas de que se tratan los hábitos y las reglas tienen la semejanza de que se trata de conductas generales, aunque no necesariamente invariables, es decir, que cuando surge la ocasión la mayor parte del grupo se comporta de cierta manera<sup>38</sup>; existen diferencias importantes.

En primer lugar, en los hábitos esa semejanza es una cuestión de hecho, en la regla (cuando existe ésta) la desviación de la conducta que prescribe son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptibles de críticas, y las amenazas de la desviación chocan con la presión a favor de la comunidad. En segundo lugar, cuando existen reglas, no sólo se hace una crítica cuando se suscita una desviación de la pauta o modelo de conducta prescrita, sino que

---

<sup>35</sup> HART, H. L. A. *Obligación jurídica y obligación Moral*, trads. Javier Espinoza y L. Alfonso Ortiz, en: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion\\_5/articulos/1\\_Obligacion\\_juridica\\_y\\_obligacion\\_moral.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/1_Obligacion_juridica_y_obligacion_moral.pdf), (31 de julio de 2015), p. 13., donde Hart dice que en el caso del asaltante que se citó anteriormente, a diferencia del empleado a quien se le pidió el dinero y que lo entregó al malhechor, mismo que se vio obligado a hacerlo, el ladrón sí tiene una obligación [jurídica] de no tomar la cartera ajena. Al pedir el dinero el ladrón puede no tener miedo (aspecto psicológico fundamental en los enunciados del tipo verse obligado) del mal con que se le amenaza (ir a prisión), y sin embargo, su obligación de no apoderarse de la cartera ajena sigue existiendo, aun cuando no lo atrapen y vaya a prisión (por lo que la obligación no depende de la sanción).

<sup>36</sup> DABOVE, María Isolina, *El concepto de derecho en la teoría de H. L. A. Hart, perspectiva tridimensional*. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685>, (04 de agosto de 2015), p. 37.

<sup>37</sup> HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 11-12.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 69.



la desviación es considerada una *razón* para justificar dicha crítica. Finalmente, es el aspecto interno de las reglas otra diferencia importante con los hábitos; para que exista una regla social algunos tienen que ver en la conducta una pauta o criterio general de comportamiento para ser seguido por el grupo como un todo, es decir, existe una actitud crítica reflexiva con relación al patrón de conducta<sup>39</sup>.

La diferencia entre una regla y una convergencia de conductas, dice Hart, radica en que *“las reglas sociales constituyen estándares, guías o pautas de conducta que [...] pretenden regular las acciones de los individuos que las utilizan”*<sup>40</sup>, asimismo la desviación de las conductas que prescriben las primeras generan una reacción hostil en contra de su transgresor, a diferencia de los hábitos que no generan ninguna reacción<sup>41</sup>, situación que ya se había mencionado. Esta circunstancia aplica para todo tipo de reglas sociales (cuya reacción hostil frente a la desviación no está organizada ni tiene carácter preciso), o jurídicas (cuya reacción hostil está socialmente organizada y es precisa)<sup>42</sup>. Lo anterior, dicho en palabras de Hart, lo que es necesario para la existencia de una regla 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 crítica, exigencias de conformidad, y en reconocimiento de que tales críticas y exigencias están justificadas.”*<sup>43</sup>

En su artículo *Definición y Teoría en la ciencia jurídica*, Hart al tratar de definir el concepto de derecho subjetivo, se da cuenta de que se debe tratar de definir dicho concepto no de forma aislada, como la forma tradicional de definición, sino en ejemplos de contextos típicos donde dichos términos cumplen su función; v. gr., A tienen el derecho a que B le pague el dinero que le debe, o A tiene el deber de no dañar la propiedad de B.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 70- 71.

<sup>40</sup> RAMÍREZ, Jorge, *La regla de reconocimiento. Una somera visión de la tesis de Hart y Lipkins*. en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-163-185.pdf>, (04 de agosto de 2015), p. 164.

<sup>41</sup> HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 12.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 72

De lo anterior, prosigue Hart, resulta claro que el uso de tales enunciados nos llevaría a preguntarnos ¿por qué A tiene el derecho o el deber, según sea el caso?, cuya respuesta presupone dos cosas: a) se hace referencia a una regla de derecho que prescribe ciertas conductas o supuestos de hechos, y b) una afirmación de que tales hechos han sucedido. Sin embargo, prosigue Hart, quien afirma que *A tiene el derecho* o *A tienen el deber*, extrae una conclusión de la regla pertinente, aunque no enunciada, y de los hechos relevantes, aunque no afirmados del caso<sup>44</sup>. En este sentido, las reglas contienen dos aspectos importantes, el aspecto externo (o fáctico) y el interno (o normativo), ya que es posible ocuparnos de ellas como un mero observador que no las acepta como guía de conducta, o como un miembro que sí las acepta<sup>45</sup>. A lo anterior Hart los denomina *punto de vista externo* y *punto de vista interno*, respectivamente.

El punto de vista externo describe las conductas de los miembros de la sociedad en términos de regularidades de conducta a cuya desviación de aquélla se dice que existe la probabilidad de que sobrevendrá un castigo. Caso contrario, es el del punto de vista interno, propio de quienes aceptan las reglas como pautas de conductas, para quienes la violación de éstas no es una simple predicción de cierta reacción hostil, sino una razón para realizar ciertas críticas<sup>46</sup>. Ambos puntos de vista son de suma importancia para una teoría jurídica que hace justicia a la complejidad de los hechos, por lo que ambos deben estar inmersos en la explicación de lo que es el derecho.

Más adelante, Hart menciona que quienes ven las reglas desde el punto de vista interno se valen de enunciados internos de la forma “*el derecho dispone que [...]*”, contrario a éstos, está quien toma las reglas como observador, quien se vale de enunciados externos del tipo “*en Inglaterra reconocen como derecho [...]*”. Es notorio que en el plano lingüístico diferencia al usar expresiones como *tener que...* o *deber de...*, ya que el hecho de decir: debes quitarte el sombrero antes de entrar a la iglesia, presupone la existencia de una regla social, a diferencia que cuando se dice que: la gente

---

<sup>44</sup> HART, H. L. A. *Definición y Teoría en la ciencia jurídica*, en *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1962, pp. 105-106.

<sup>45</sup> *Idem*, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 110-111.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 113.

generalmente se quita el sombrero al entrar a la iglesia, cuando existe una conducta convergente y en la que no existe una regla.

Para Hart, una regla impone obligaciones debido a que: a) la exigencia o presión social ejercida a quienes se desvían de tales conductas o comportamientos es grande, por lo que dicha situación resulta un factor primordial para que se originen las obligaciones; b) la conducta que regula la regla en este sentido protegen algún aspecto social muy importante; y c) generalmente las conductas prescritas por las reglas son benéficas para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tienen el deber. Este último elemento puede ser experimentado por la persona obligada o no, no es un requisito necesario para la existencia de una obligación, porque lo sería confundir reglas de obligación con enunciados psicológicos<sup>47</sup>, como en el supuesto de los enunciados del tipo “*verse obligados a [...]*”, cayendo en el supuesto de quienes ven a las reglas como meras predicciones de castigos.

El punto de vista interno es característico de quienes consideran ciertos comportamientos como pautas o criterios de conducta, y que la violación de una regla no es una simple predicción de que sobrevendrá cierto castigo, sino que es una razón para realizar ciertas críticas. En este sentido, los hábitos sólo representan la mera conducta convergente que pueden ser verificadas al igual que las reglas por cualquier observador ajeno a un grupo social, sin embargo, no cuenta con el elemento interno de aceptación que permite la crítica al transgresor del estándar<sup>48</sup>. Por ello es que el elemento normativo (punto de vista interno) del derecho es de suma importancia en la teoría hartiana del derecho

Finalmente, las regla tienen ciertas características, que no pudieron ser explicadas en términos de órdenes respaldadas por amenazas; una de ellas es que son generales en dos sentidos, indican un tipo general de conducta y se aplican a una clase general de personas de quienes se espera cumplan con lo prescrito, aunque existe la posibilidad de que haya reglas particulares. Asimismo, las reglas (o como las sigue manejando Hart siguiendo la

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 107-109.

<sup>48</sup> RAMÍREZ, Jorge, *op. cit.*, p. 165.

terminología de Austin, las órdenes) tienen un grado preeminente de la permanencia o persistencia, es decir, que deben ser seguidas de tiempo en tiempo<sup>49</sup> siempre que un caso particular esté comprendido en el supuesto de la regla general.

Al realizar el estudio del derecho con base en elementos fácticos únicamente, tal como Austin lo hizo, se distorsionan muchas verdades acerca del derecho, ya que sólo se explicaría un elemento (punto de vista externo) dejando fuera otros que son parte de un fenómeno complejo como lo es el derecho. Por ello, para Hart el derecho consiste en reglas y, aunque el primer paso fue el de definir las reglas primarias de obligación, existen otro tipo de reglas que cumplen una función diferente en el derecho, mismas que serán analizadas en el siguiente subtema.

#### ***b) Reglas secundarias.***

Como quedó asentado en el apartado anterior, las reglas primarias son aquellas que imponen obligaciones o deberes a un individuo. Una vez que se analizaron las reglas del tipo primario, y como tal el concepto de regla, Hart procede a analizar las reglas (normas) jurídicas. Las reglas secundarias, que a diferencia de las primarias, son facultativas, ya que modifican las relaciones de los individuos, sean de carácter público o privado, para introducir reglas primarias, mismas que hacen referencia *a la dinámica del sistema normativo y a su capacidad de adaptación, respecto de necesidades sociales en constante mutación*<sup>50</sup>.

Para introducir estas nuevas reglas y la importancia que tienen, nuestro autor pone el ejemplo de una sociedad que se rige únicamente por reglas primarias. Esta sociedad debe cumplir los siguientes requisitos: a) que restrinja el libre uso de la violencia, el robo y el engaño para que las personas puedan vivir en proximidad el uno con el otro, y, b) que las personas que acepten las reglas deben ser una mayoría respecto de quienes no las acepten por que, en cuyo caso, estos últimos no encontrarían presión alguna para su acatamiento.

---

<sup>49</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 27-29.

<sup>50</sup> DABOVE, María Isolina, *op. cit.*, p. 44.

Dicha situación deja muchos defectos, por lo que los remedios para los defectos de dichos defectos constituyen el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico<sup>51</sup>.

Una sociedad así, resultará defectuosa y deberá ser completada con reglas secundarias. Estos defectos consisten en que: a) las reglas primarias, por sí solas, no constituyen un sistema, no tienen una marca identificadora, no se podría determinar cuáles son las normas de esa determinada sociedad y de su alcance. Este problema es llamado la *falta de certeza*; b) no existe dentro de esta sociedad simple formas de cambiar deliberadamente las reglas primarias, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas. Este problema es el carácter *estático de las reglas*; y, c) la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas primarias que fueron violadas. Por lo que existe la necesidad de un órgano con facultades para determinar con autoridad cuando ha sido violada una regla y cuando estamos frente a la existencia de una regla<sup>52</sup>.

Los tres problemas antes mencionados, se resuelven con la introducción de reglas secundarias de reconocimiento, de cambio y de adjudicación<sup>53</sup>. En primer lugar, la regla de reconocimiento resuelve el problema de falta de certeza. Ésta especificará las características que debe tener una regla para ser considerada del grupo. Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, a criterio de Hart, la idea de un sistema jurídico aunque en forma embrionaria. El carácter estático de las reglas se resuelve con la introducción de las reglas de cambio. Éstas pueden especificar las facultades que tendrán que tener ciertos individuos para introducir o eliminar reglas primarias, pudiendo variar la posición originaria de los individuos dentro del esqueleto del derecho, pueden ser públicas o privadas estas reglas.

Finalmente, el remedio para resolver la difusa presión social a quienes transgreden reglas primarias, es la introducción de reglas de adjudicación. Estas reglas facultan a ciertos individuos la determinación, con un carácter dotado de autoridad, si en una ocasión particular ha sido violada una regla

---

<sup>51</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *op. cit.*, p. 226.

<sup>52</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 114-117.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 117-121.

primaria, asimismo, especificará quién y cuál será el procedimiento para determinar dichas violaciones.

Es de suma importancia que la combinación de las reglas primarias y secundarias sea la que nos permita saber cuándo estamos frente una sociedad poco evolucionadas (primitivas) frente a uno evolucionado, ya que al introducir las reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento, que son distintivas del derecho, dice Santiago Nino, que apuntan a una propiedad que se ha considerado definitoria del concepto de sistema jurídico; su carácter institucionalizado: es decir, que sus normas establezcan autoridades u órganos centralizados para operar con las normas del sistema<sup>54</sup>.

Es preciso hacer mención, de que la inclusión de las reglas del tipo secundario (en especial la regla de reconocimiento) nos permiten distinguir las reglas jurídicas de otros tipos de reglas sociales, como lo son las morales<sup>55</sup>. Esta regla juega un papel importante dentro de la teoría de Hart, misma que será analizada en el siguiente capítulo, ya que sin ella no se podrían entender muchos elementos característicos del derecho. Dicho lo anterior, es preciso analizar un rasgo característico que afecta a todas las reglas, entre ellas, a la propia regla de reconocimiento; la textura abierta del derecho.

### **III. Textura abierta y discreción judicial.**

Dentro de la teoría de Hart se mencionó que el derecho no es visto como meras predicciones de que sobrevendrá una pena en ciertas circunstancias, caso que sucedería si explicamos al derecho desde el punto de vista interno únicamente, sino que lo esencial es que el supuesto de una conducta particular caiga bajo el supuesto prescrito por la norma, considerada desde el punto de vista interno, ya que es usada como pauta de conducta.

En el derecho, en tanto que consiste en pautas o criterios que regulan conductas generales, las reglas que se utilizan como medio de control social deben ser formuladas, de igual manera, de forma general. En este sentido,

---

<sup>54</sup> NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 106. En este mismo sentido véase RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2001. p. 279.

<sup>55</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *op. cit.*, p. 225.

tanto el precedente como la legislación hacen uso mínimo y máximo, respectivamente, de palabras clasificadoras generales en que son expresadas las reglas.

Sin embargo, tanto el precedente como la legislación tienen cierta ambigüedad. Del primero se ha creído que le sigue cierta incerteza como ejemplo dotado de autoridad, y que la segunda tiene mayor certeza por ser comunicado mediante lenguaje general. Lo anterior es engañoso. Cuando se usa una regla general verbalmente formulada pueden surgir dudas sobre la conducta exigida por la norma. En este sentido, dice Hart, existe un límite que el lenguaje general puede llegar a proporcionar; existiendo casos obvios a los que los ejemplos de la regla son claramente aplicables y otros en los que no resulta tan claros si se aplican o no, casos en los que se tiene algunas de las características contenidas en los casos obvios<sup>56</sup>. Por lo anterior, tanto el precedente como la legislación tienen cierto grado de incerteza.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran casos obvios (o familiares). Bien, puede decirse de todo lo anterior que habrá casos obvios que aparecen constantemente en contextos similares a los que las expresiones y enunciados son claramente aplicables, pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no.

El lenguaje general de las reglas nos genera un gran problema a la hora de escoger ejemplos que no son fácilmente reconocibles por el supuesto de ésta, ya que se limita a reconocer sólo los casos obvios; dice Hart, la subsunción y la derivación lógica ya no caracteriza el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta<sup>57</sup>, por lo que al resolver un asunto, el juez debe establecer si el caso se asemeja en grado suficiente al caso típico (paradigmático) en los aspectos relevantes, por lo que el juez debe tomar una decisión en este respecto.

En algún determinado momento, en estos casos que no son los paradigmáticos en cuanto a las pautas de conducta, la aplicación de la regla

---

<sup>56</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 157.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 158-159.

resulta cuestionada e indeterminada, se dice que existe una zona marginal del caso típico, una falta de certeza de lo prescrito por la regla, y esto en aras de valernos de la utilización de los términos generales en que están prescritas las conductas de las reglas. En este sentido, existe un ámbito discrecional, que deja el lenguaje, y que debe ser resuelto por el juez, eligiendo entre varias semejanzas relevantes. Pero la elección que haga el juez en ninguna circunstancia debe entenderse como la única correcta, sino una entre varias alternativas de solución considerada apropiada para resolver el litigio<sup>58</sup>.

Aquí Hart señala que es el formalismo, conceptualismo o literalismo<sup>59</sup> el que minimiza la elección realizada por los jueces una vez que la regla ha sido establecida, pretendiendo que se mantenga el mismo significado de los términos generales presentes en los casos obvios en todos los casos en que se pretenda aplicar la regla, dejando de lado las restantes características que puedan faltarle para asemejarse al caso obvio, asegurando con ello cierto grado de certeza<sup>60</sup>.

El formalismo considera que los jueces hacen un uso excesivo de la lógica al tomar sus decisiones, pero como menciona Hart, *la lógica sólo nos dice que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces se sigue una conclusión determinada. La lógica nada dice acerca de la forma de clasificar entes particulares, y ese es el meollo de una decisión judicial*<sup>61</sup>.

Sin embargo, en los casos de penumbra los ejemplos tienen que ser clasificados por el juez, es él quien debe tomar una decisión que no le es impuesta debido a que la clasificación jurídica no está estipulada [por la regla] para que los jueces implemente la lean y apliquen automáticamente. Las

---

<sup>58</sup> DABOVE, María Isolina, *op. cit.*, p. 42.

<sup>59</sup> Aquí Gregorio Robles hace una crítica a la confusión de términos que hace Hart entre formalismo y conceptualismo, ya que como Hart la exponen su teoría parece que hace referencia a la escuela exégesis francesa, sustentada por el dogma de la codificación, en el sentido de que si una regla está en el código el juez tendrá la obligación de aplicar mecánicamente la ley. Sin embargo, dice Gregorio Robles, que al usar el término literalismo sí está bien usado el término respecto de lo que Hart quiere dar a entender, no obstante, la explicación que realiza Hart es clara para saber lo que pretende explicar de la subsunción. Véase ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Hart, algunos puntos críticos*, en <http://hdl.handle.net/10045/10371>, (04 de agosto de 2015), pp. 379-381.

<sup>60</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 161-162.

<sup>61</sup> *Idem*, *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 31



decisiones de los jueces no pueden ser materia de una mera deducción lógica, el razonamiento deductivo no es idóneo como modelo de lo que los jueces deben hacer al colocar casos particulares bajo reglas generales, por ello la racionalidad de los jueces debe ser algo distinto a una lógica de premisas o mera subsunción<sup>62</sup>.

A esta indeterminación que deja el lenguaje, es a lo que Hart denomina *textura abierta del derecho o problemas de penumbra*, y quiere decir que hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales y otros funcionarios, no olvidando que si bien existen zonas de fronteras, no todo es zona de penumbra<sup>63</sup>. En esta zona marginal de las reglas, los tribunales realizan una función creadora de derecho, aun cuando éstos nieguen cumplir dicha función debido a que su tarea es buscar el derecho existente y la intención del legislador<sup>64</sup>.

Como se observa, los jueces tienen una facultad de discreción cuando el caso no es fácilmente subsumido en el supuesto de una regla establecida en términos generales. Por lo que la doctrina de la textura abierta del derecho en Hart, reconoce al operador jurídico una potestad de creación jurídica en donde la regla de derecho resulta vaga, imprecisa, otorgando cierta discreción a modo de facultad adicional no reconocida explícitamente con que cuenta el operador jurídico<sup>65</sup> (en el caso del *common law* creando nuevos precedentes o ampliándolos, y en el caso de la legislación reinterpreta y clasificando los casos que comprende la regla).

Estudiada la textura abierta de las reglas de derecho, analizaremos las diferencias que existen entre las reglas jurídicas de otro tipo de reglas sociales, como la moral. En el siguiente apartado abordaremos el tipo de relación que existe entre la moral y el derecho en la teoría de Hart.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 26-28.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 39. Aquí uso *zona de fronteras, casos marginales o zonas de penumbra* en el mismo sentido y en exclusión a los casos obvios o paradigmáticos, es decir, donde la norma es subsumible.

<sup>64</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 167-169.

<sup>65</sup> Del REAL ALCALÁ, J. Alberto. *Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Har-Zagrevelsky-Endicott*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto, 2011, pp. 675-700. p. 685.

#### IV. Derecho y moral en la teoría de Hart.

Hart, al igual que Bentham<sup>66</sup> y Austin, distingue entre el derecho que es y el derecho que debe ser, ello ha sido una de los temas centrales de su teoría. En su artículo *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral* (1957), así como de los capítulos VIII y IX de su máxima obra *El concepto de derecho* son prueba de ello.

Antes que nada es menester mencionar que Hart se da cuenta de que la crítica al concepto de positivismo jurídico se hace de forma indiscriminada ya que el rótulo de *positivismo jurídico* designa una multitud de aspectos diferentes<sup>67</sup>. Bien, en 1960, en un seminario llevado a cabo en Bellagio, Italia, patrocinado por la *Rockefeller Foundation*, trató cuestiones de filosofía jurídica sobre el análisis del concepto de positivismo jurídico; dentro del cual participaron Hart, Bobbio, Ross, entre otros<sup>68</sup>.

Como resultado de dicho seminario se publicaron varios trabajos sobre el tema, uno de ellos fue el de Bobbio en el que distinguió tres aspectos diferentes del positivismo jurídico<sup>69</sup>, a saber: a) como modo de acercarse al estudio del derecho; b) como una determinada teoría o concepción del derecho; y, c) como una determinada ideología de la justicia<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> Jeremy Bentham, nació en febrero de 1748 en Londres y muere en 1832. Precursor del pensamiento utilitarista cuyo fundamento, como teoría política, sostiene que se debe de obtener la mayor felicidad para el mayor número de personas, por ello es que para Hart, una regla podría aplicarse parcialmente, con el fin de dejar un antecedente en una sociedad, con el objetivo de determinados fines. Para Bentham abordar el tema del derecho se pueden tener dos posiciones, la de expositor o la de censor. El primero explica lo que es la ley, y el segundo como debería ser. Véase, BENTHAM, Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. Julián Ramos Larios, Madrid, Sarpe, 1985, pp. 32-33.

<sup>67</sup> HART, H. L. A. *El positivismo jurídico...*, op. cit., p. 4 y p. 16, nota 25, donde diferencia cinco significados; a) la ley vista como órdenes de seres humanos; b) la pretensión de que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral; c) la pretensión de que el análisis de los conceptos jurídicos debe hacerse y diferenciado de los fenómenos sociales y de la crítica del derecho; d) la pretensión de que el derecho es un sistema lógicamente cerrado, en el que las decisiones judiciales son deducibles por medios lógicos, y e) la pretensión de que los juicios morales no pueden ser demostrados por pruebas racionales como los juicios de hecho.

<sup>68</sup> CARRIÓ, Genaro R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de crítica No. 16, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, pp. 5-6.

<sup>69</sup> BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2009, p. 44.

<sup>70</sup> En este apartado se realizará el estudio de la forma de acercarse al estudio del derecho de Hart, por lo que en esta nota se hará una breve mención de lo que se entiende por positivismo como teoría del derecho y como determinada ideología de la justicia. El primero supone una determinada teoría del derecho; a) como teoría coactiva; b) como teoría legislativa, c) como

Haremos mención *grosso modo* del punto *a*, por tratarse del tema que abordaremos en el presente apartado. Como modo de acercarse al derecho, dice Bobbio, entiende no un método, sino la delimitación de su objeto de investigación, en este caso una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, por lo que el jurista debe ocuparse del primero y no del segundo con una actitud a-valorativa o éticamente neutral, es decir, concebirlo como un hecho y no como un valor. En este orden de ideas, para Bobbio, el jurista no niega que exista un derecho ideal, sino que éste no es derecho en la misma manera en que lo es el derecho positivo, por no ser vigente (creado por órganos y procedimientos previamente establecidos)<sup>71</sup>.

De las tres concepciones del positivismo jurídico, dice Genaro R. Carrió, Hart se ubica dentro del positivismo como enfoque metódico, ya que “*no cabe duda [...] de que Hart es positivista en la medida en que defiende el enfoque, es decir, como método para enfrentar los problemas que plantea la existencia de reglas jurídicas inmorales o inicuas*”<sup>72</sup>. Por ello, para el profesor de Oxford, el derecho y la moral sí están conectados entre sí, pero no de una manera necesaria sino contingente, pueden existir tanto reglas justas como reglas injustas que igualmente son derecho. Su método será descriptivo, tal y como lo hace el lingüista, quien se ocupa de lenguas muertas, o se ocupe de lenguas vivas, considera el lenguaje que es efectivamente hablado –no importa si el mismo es bárbaro o refinado, vulgar o culto– “[...] *al transponer el umbral de la investigación el científico depone los juicios de valor*”<sup>73</sup>.

Hart en su obra de *El concepto de derecho*, define al positivismo jurídico como la *afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad*

---

teoría imperativa; d) como teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico; e) como teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico; y, f) como teoría de la interpretación lógica o mecanicista del derecho. Cfr. con BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 20-30 e *Idem, El problema del positivismo...*, op. cit., pp. 49-52 y 61-66. El positivismo como ideología supone la obediencia del derecho por ser un valor moral, es decir, sea la forma en que el derecho haya sido puesto o hecho valer, o por el fin al que sirve, cualquiera que sea su contenido, tiene un valor positivo, por ello se tiene el deber absoluto de obedecer la ley en cuanto tal. Cfr. con *Idem, El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 30-31 e *Idem, El problema del positivismo...*, op. cit., pp. 52-54 y 57-61.

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., pp. 45-48.

<sup>72</sup> CARRIÓ, Genaro R., op. cit., p. 16. Asimismo, dice Carrió, Hart no es partidario del positivismo jurídico como ideología, pp. 16-17; ni del positivismo como teoría, pp. 17-22. En este trabajo véase *supra* pp. 21-22 en el que no comparte la idea de que el positivismo es formalista.

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 66.

que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así<sup>74</sup>, es decir, del hecho de que las exigencias que formula una regla sean incompatibles con los requerimientos de la justicia [o con alguna dimensión de la moral], no se sigue que éstas no sean reglas de derecho positivo, de ello se sigue que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, aunque Hart no niega que pueda existir ciertos tipos de relación entre ambas<sup>75</sup>, situación que se explicará en las líneas siguientes.

El derecho consiste en una combinación de reglas primarias y secundarias. Dicha combinación, afirma Hart, tiene gran importancia dentro de su teoría por su amplio poder explicativo de muchos conceptos y fenómenos jurídicos. Esta combinación de reglas ayuda a identificar las reglas jurídicas de las demás reglas sociales, dentro de ellas, las de la moral.

Dentro de los problemas recurrentes que aparecen al momento de definir el derecho, está la idea de que existe una relación necesaria entre el derecho y la moral, y que en este punto se encuentra la esencia del primero de ellos. Para comenzar el estudio de dicha relación, comenzaré por lo siguiente. Hart considera que la relación entre derecho y moral puede tomarse desde diferentes perspectivas y no sólo una, las cuales responden a diferentes preguntas que no pueden ser pasadas por alto, las cuales son<sup>76</sup>:

- a) Una relación histórico-causal que respondería a las preguntas ¿ha estado el desarrollo del derecho influido por la moral?, y viceversa, ¿ha estado el desarrollo de la moral influido por el derecho?;
- b) Otra relación es la conceptual o definicional la cual respondería a la pregunta, ¿deben ciertas referencias a la moralidad formar parte de una definición adecuada del derecho o del sistema legal?, y ¿es solo un hecho contingente que el derecho y la moral a menudo se solapen [...] y que compartan un vocabulario común?;

---

<sup>74</sup> HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 230.

<sup>75</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.*, p. 9.

<sup>76</sup> HART, H. L. A., *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*, trad. Miguel Ángel Ramiro Avilés, Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Edit. Dykinson, S. L., 2006, pp. 97-99.

- c) La tercera relación es cuanto a la posibilidad y forma de la crítica moral del derecho, ésta responde a las preguntas, ¿admitir que una norma legal válida excluye la crítica moral o su condena aludiendo a principios o estándares morales?, y ¿la crítica en términos de justicia agota todos los tipos relevantes?; y
- d) La cuarta y última hace alusión a la imposición de la moral por el derecho, y responde a la pregunta, ¿el hecho de que cierta conducta sea inmoral, según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el derecho?

Estas respuestas son abordadas en su obra *El concepto de derecho* capítulos VIII y IX, *Derecho, Libertad y Moralidad*, y en su artículo *El positivismo jurídico y la separación entre derecho y la moral*.

En cuanto a la ámbito histórico causal de la relación derecho y moral, en su artículo "*El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*", Hart menciona que tanto Bentham como Austin insistían en una separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser, ya que según Hart, el propósito de estos pensadores *era capacitar a los hombres para ver con certeza los problemas precisos que plantea la existencia de leyes moralmente malas*, sin embargo, no negaron que como hecho histórico los sistemas jurídicos se han visto influenciados por la moral, y viceversa, que los patrones morales han sido influenciados por el derecho, es decir, que el derecho refleja principios o normas morales en muchas de sus normas jurídicas<sup>77</sup>.

Esta es la postura de Hart quien responde afirmativamente sin entrar en mayor análisis, sin embargo, a criterio de nuestro autor al contestar afirmativamente a dicha cuestión, no quiere decir que a las demás preguntas [que se responderán en líneas posteriores] tengan que responderse de forma afirmativa. La moral se inmiscuye en el derecho algunas veces disimuladamente por medio del proceso judicial, otras veces abierta y abruptamente a través de la legislación<sup>78</sup>, sin embargo, también existen hechos

---

<sup>77</sup> *Idem, El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 8-10.

<sup>78</sup> *Idem, Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 97.

históricos en los que se muestra que no necesariamente tienen que el derecho tienen que reflejar cierta moral, como lo es el caso de la Alemania Nazi.

En el punto b) la relación conceptual entre derecho y moral Hart dice lo siguiente. Prosiguiendo con el análisis de las relaciones entre el derecho y la moral, no debemos dejar de lado las diferencias que también son de suma importancia para dicho estudio. Bien, el derecho y la moral comparten cierto vocabulario, existen derechos y obligaciones morales y jurídicas, semejanza que no es accidental. En cuanto a las normas de obligación (jurídicas o morales) las desviaciones de las conductas prescritas por ellas están sustentadas por una fuerte presión social, su acatamiento es una contribución mínima para la vida social; rigen conductas que se dan constantemente en un grupo social, y cuyo mínimo de conductas se exigen para que los seres humanos puedan convivir, por ello en ellas se hayan las mismas conductas prohibidas<sup>79</sup>.

Para identificar las normas morales de cualquier otra norma, Hart menciona que cuatro características<sup>80</sup>: importancia, inmunidad al cambio deliberado, carácter voluntario de las transgresiones y forma de presión social. Éstas bastarían para justificar que *“agrupemos todo cuanto presente esas cuatro características para considerarlo en forma separada, y sobre todo, para considerarlo y compararlo con el derecho.”*<sup>81</sup>

La *importancia* es una característica esencial es que la pauta de criterios o pautas de conductas se le considera importante su observancia, en este sentido, sería absurdo que una regla forme parte de la moral de una sociedad si nadie la considerase importante, su estatus se esfuma junto con la importancia atribuida a su observancia y transgresión.

Menciona Hart que este elemento se manifiesta de diferentes formas: *i)* dichas pautas son observadas aun en contra del interés personal; *ii)* la presión ejercida para su conformidad con al conducta prescrita es vistas como cosa

---

<sup>79</sup> *Idem, El concepto de derecho, op. cit.*, p. 214.

<sup>80</sup> Véase *ibidem*, pp. 115-123.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 209.

corriente, como algo que todos los hombres pueden hacer, y, *iii*) su inobservancia acarreará cambios pocos gratos en la vida de los individuos.

Una regla jurídica puede no gozar de la aprobación y sentimiento de necesidad o utilidad a la sociedad, ya que, a diferencia de la regla moral, su validez no deriva del consenso de la sociedad a la que se aplica<sup>82</sup>, sino de su validez reconocida por medio de una regla secundaria de reconocimiento.

La *inmunidad al cambio deliberado* consiste en el hecho de que las reglas morales no pueden ser introducidas, modificadas ni eliminadas por un acto deliberado, debido a que es incompatible con el papel desempeñado por la moral en la vida de los individuos al pretender que las reglas morales sean cosas susceptibles de creación o cambio mediante actos deliberados, ya que lo que una sociedad considera valioso moralmente no se da de la noche a la mañana, es un proceso largo.

Hay que recordar que las reglas jurídicas pueden ser modificadas por medio de una regla secundaria de cambio, ajustándose a la realidad social sin la necesidad de esperar al cambio lento de la moral, mismo que se da de forma lenta y que dependen de los usos, hábitos y costumbres de una determinada sociedad<sup>83</sup>. Esta regla secundaria, al igual que la de reconocimiento, delimitan bien las reglas jurídicas de otros tipos de ordenamientos, este rasgo característico permite a Hart trazar una línea conceptual entre ambos órdenes.

El *carácter voluntario de las transgresiones morales* es una característica que no se refiere a que la moral versa sobre lo “interno” y que el derecho sobre la conducta externa. Este *carácter interno* de la moral no significa que ésta no es una forma de control de la conducta externa, sino que es condición necesaria de la responsabilidad moral, el individuo tiene cierto tipo de control sobre su conducta.

---

<sup>82</sup> MONTERO, Alberto J., *Derecho y Moral. Estudio Introductorio*, Facultad de Derecho Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011. p. 63.

<sup>83</sup> *Idem*.

Hay que tener en cuenta que el derecho también puede contemplar este carácter interno como elemento normativo <sup>84</sup>, y que al momento de la realización de una acción se deseen dichos actos, sin embargo para el caso de la moral, si bien no es razón suficiente dicha característica, si es razón suficiente de las reglas sociales.

La *forma de presión social* consiste principalmente en el respeto hacia la norma, las apelaciones a la conciencia y la confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento. Con la inclusión de las reglas de adjudicación dentro del derecho, las sanciones se vuelven institucionalizadas, ya es una presión social organizada y tiene un carácter revestido de autoridad, a diferencia de lo que ocurre con las reglas morales.

Estas cuatro características son criterios formales y no hacen referencia a ningún contenido *material* necesario que las reglas o pautas deban tener para ser morales, ni hacen referencia a ningún propósito a que deban servir en la vida social<sup>85</sup>, esto dependerá de cada sociedad en cierto momento histórico.

En lo que respecta al punto c), las críticas al derecho, Hart afirma que la idea de lo justo y de lo injusto es una forma específica de crítica moral en la que está latente la idea de que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Ésta podría formularse en el sentido de *“tratar los casos semejantes de la misma manera [...] y a los diferentes de diferente manera”*. Puede observarse que dicho concepto es meramente formal, por lo que lleva a Hart a preguntarse qué semejanzas y diferencias son relevantes para realizar dichas críticas. Aquí se requiere un criterio cambiante para determinar qué semejanzas y diferencias son relevantes (un aspecto material). El criterio será determinado por la moral de una determinada sociedad<sup>86</sup>.

Las críticas en términos de justicia pueden hacerse en dos sentidos, el que se hace a las normas y el que se hace a la aplicación del derecho. Este

---

<sup>84</sup> Un ejemplo de lo anterior podría ser el artículo 18, párrafo segundo del Código Penal del Distrito Federal, que establece que: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”.

<sup>85</sup> HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 224.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 197-199.



último caso, al aplicar la norma con justicia, es decir, imparcialmente, es afirmar que la norma jurídica debe aplicarse en todos los casos en que la conducta particular queda comprendida dentro del supuesto general de la norma. Al aplicar la regla converge con la idea de justicia de tratar los casos semejantes de la misma manera, y los diferentes de distinta manera, nos impide tratar al derecho como si desde el punto de vista moral fuera totalmente neutro, sin ningún contacto necesario con la moral.

Por otro lado, cuando las críticas se hacen a las normas y no a la forma de aplicación, acontece que una regla que es injusta es aplicada de manera justa, es decir, imparcialmente ¿qué semejanzas y diferencias son relevantes para criticar al derecho? Pues existen varias soluciones para resolver dichas cuestiones. Como se mencionó anteriormente, existe en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos un gran consenso al considerar que los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad<sup>87</sup>, en este sentido una norma es justa si trata a todos por igual sin tomar en consideraciones cuestiones como el color de piel, de pelo, etc.

Asimismo, al hacer la crítica al derecho dependerá del enfoque moral y político de cada grupo social considere pertinente, por lo que éstos conducirán a diferentes puntos de vista al criticar al derecho como justo o injusto<sup>88</sup>. Dicho lo anterior, el contenido material de crítica hacia el derecho no es algo objetivo, sino que dependerá de dichos enfoques, por lo que podrá variar de sociedad en sociedad lo que se entiende por justo.

Otra forma de crítica al derecho es el que se hace a las reglas, en este sentido para determinar las diferencias y semejanzas relevantes ha de mirarse al fin de la propia norma. Las normas en este sentido pueden considerarse justas cuando otorgan el derecho al voto a ciertos individuos (mayores de 18 años) para elegir a sus representantes dentro de las cámaras de Diputados o al Presidente de la República, negándoles el voto a los que son menores de edad<sup>89</sup>. La razón para que se niega el derecho a estos últimos es por considerar que no tienen la misma capacidad [intelectual] de elegir a conciencia

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, pp. 201-202.

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.

a sus representantes. De este ejemplo se desprende qué diferencias entre los seres humanos son relevantes para determinar la justicia o injusticia de la normas, según los fines que persigan éstas.

Otra forma en que las reglas jurídicas pueden ser valoradas como justas o injustas, se hace con base en la compensación por los daños causados por una persona a otra (a lo que Hart denomina justicia compensatoria). La justicia toma un papel de gran relevancia que crea entre los individuos una igualdad moral, para contrastar las desigualdades de la naturaleza. Las normas son justas por restablecer el equilibrio (mediante las normas compensatorias) que se generó entre víctima y transgresor provocado por un delito o un acto ilícito civil<sup>90</sup>. Por lo que se considera que la justicia mantiene y restablece un equilibrio o proporción de igualdad en los seres humanos tomando en cuenta semejanzas y diferencias relevantes<sup>91</sup>.

Para Hart es obvio, y así lo manifiesta, que de hecho existe una relación entre derecho y moral, sin embargo, conceptualmente no es así, ya que un sistema jurídico puede aplicar reglas terriblemente opresivas con imparcialidad (como el caso Nazi), reglas que niegan la protección mínima de la violencia y el robo<sup>92</sup> a ciertas personas comprendidas por las mismas en aras de proteger un fin común (antes que un derecho), o por dejar un antecedente como ejemplo de condena para evitar ciertas conductas.

Finalmente, el punto d) Hart dice al respecto lo siguiente. Otra razón por la cual se dice que existe una relación necesaria entre el derecho y la moral, es porque se considera que el primero tiene un contenido del derecho natural. Sin embargo, no toda regla moral puede formar parte del derecho sino únicamente las normas morales básicas cuyo contenido se detallarán en los párrafos

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 204-206. En el sentido de una igualdad moral artificial para contrarrestar una igualdad natural se manifestó Calicles en discusión con Sócrates. El primero consideraba que la naturaleza y la ley son cosas distintas (y para el segundo eran lo mismo). Dice Calicles –creo- que son los hombres débiles y las masas quienes establece las leyes para ellos mismos y para el beneficio propio, para asustar a los hombres más vigorosos y capaces de tener más, por ellos los débiles dicen que tener más, es feo e injusto por ley, pero por naturaleza es justo que el noble y el fuerte tengan más que el vil y el pobre. En este orden de ideas, es el fuerte quien debe, por naturaleza, dominar al más débil. Lo anterior, véase PLATÓN, *Gorgias*, versión de Ute Schmidt Osmanzik, UNAM, Bibliotheca aescritorum graecorum et romanarum mexicana, México, 2008. Pasaje 483a-484c, pp. 53-55.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>92</sup> HART, H. L. A., *El positivismo jurídico...*, op. cit., p. 55.

siguientes. En este sentido Hart admite la existencia de un contenido mínimo de moral, sin embargo, de dicha interacción no puede inferirse que la validez del derecho esté condicionado por ese contenido mínimo de aquellas exigencias morales, o como sostenían Bentham y Austin: *...del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiera que no es una regla de derecho; e inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se infiere que es una regla de derecho*<sup>93</sup>.

Después de un análisis detallado, Hart determina que el fin de los hombres es el de sobrevivencia, y esto reposa en el simple hecho que en la mayor parte del tiempo los hombres desean continuar viviendo. Esta es una concepción empirista del Derecho Natural. Asimismo, hay que considerar que el hombre se desenvuelve en sociedad, por lo que *“La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia.”*<sup>94</sup>

No toda moral debe de ser objeto del derecho, es por ello que uno de los temas más usuales de la relación el derecho y la moral es el de la imposición la moral por el derecho. Esto es lo que se conoce como moralismo legal. Éste viene a sostener que las normas jurídicas deben incorporar las pautas de la moral positiva; las creencias morales de las mayorías debe ser reforzada jurídicamente mediante la imposición coactiva<sup>95</sup>. Para Hart no toda conducta moral o inmoral le compete al derecho, como veremos a continuación.

Hart hace una crítica a la obra de Patrick Devlin *The Enforcement of Morals*, que atacó las recomendaciones del Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución, conocido como *Informe Wolfenden* que fue publicado en 1957. En este se recomendaron varios cambios en ambos asuntos; en el caso de las prácticas homosexuales consentidas por adultos en privado, no serán considerados como delitos, y en cuando a la prostitución, si

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>94</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 236-237.

<sup>95</sup> De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *El moralismo legal contraataca*, en: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15\\_04.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_04.pdf?portal=4), (04 de agosto de 2015), p. 572

bien no era ilegal, debían ser sacadas de la calle ya que la realización en público resultaba una ofensa para el ciudadano común<sup>96</sup>.

Lord Devlin, en defensa del moralismo legal, sostenía que la cohesión social dependía del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad, y que toda sociedad tiene el derecho a defender su integridad frente a los ataques internos y externos, y que en este sentido la inmoralidad tiende a destruir a una sociedad. Consideraba que la función del derecho [penal] era el imponer un principio moral<sup>97</sup> [convencional] ya que la desviación a la moralidad aceptada, así como la traición, era una amenaza para la existencia de la sociedad, y por ende, toda conducta inmoral debe ser punible<sup>98</sup>.

En este orden de ideas, el Estado debe dictar normas que repriman conductas inmorales por el único hecho de serlo, como forma de protección social, por lo que tendrían que ser punibles tanto las relaciones homosexuales y la prostitución por ser inmorales, por el simple hecho de serlo, y aun aunque se realicen en privado.

Hart en su libro *Derecho, Libertad y Moralidad*, refuta la tesis de Lord Devlin en este sentido. Con una perspectiva liberal, se da cuenta que para que el derecho [penal] intervenga al realizar de una conducta inmoral debe de existir un daño a terceras personas, caso contrario el Estado debe mantenerse neutral ante las concepciones morales de los ciudadanos. La sola conducta inmoral en sí no es punible, por lo que debe distinguirse un acto inmoral que va en contra de la moralidad convencional de una sociedad (realizada en privado), y una afrenta a la decencia pública.

Para el profesor de Oxford tanto las relaciones homosexuales y la prostitución como actividades privadas, no son constitutivas de delitos (por ser inmorales) ni deben ser sancionadas, pero se castigan cuando se hacen públicas y el ciudadano se hace testigo involuntario de dichas prácticas<sup>99</sup>. En

---

<sup>96</sup> HART, H. L. A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit. p. 107.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>99</sup> *Ibidem*, pp. 133-134.

este sentido dice Hart, si no se hace esta distinción toda conducta inmoral sería punible.

El decir que la moral es esencial para la existencia de una sociedad, dice J. de Páramo, es un enunciado ambiguo, puede entenderse que ciertas creencias morales son esenciales para la existencia de cualquier sociedad, o bien, que ciertas creencias morales son necesarias para cierto tipo de sociedades<sup>100</sup>. La primera nos lleva a la idea del contenido mínimo de moral, antes mencionado, que requiere toda sociedad para su existencia, y que es interés nuestro en este apartado.

Al vivir el hombre en sociedad, dice Hart, se requieren reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable a sus fines: el sobrevivir. Tales reglas constituyen un elemento común del derecho y de la moral convencional. Estos principios de conducta universalmente reconocidos pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural<sup>101</sup>. Sin este contenido de moral, las reglas jurídicas no podrían llevar a cabo su propósito.

Para determinar ese contenido mínimo que la moral y el derecho comparten por ser normativos, debe tenerse en cuenta las siguientes características humanas<sup>102</sup>:

- a) Dada la *vulnerabilidad humana* las principales exigencias de la moral y del derecho son formuladas de manera negativa a modo de prohibiciones de ciertas conductas que son perjudiciales para los humanos<sup>103</sup>.
- b) Los seres humanos tienen cierta *igualdad aproximada* ya que, si bien es cierto, difieren entre sí en fuerza, agilidad y en capacidad intelectual, también lo es que ningún hombre es más poderoso que los otros, que pueda, por sí y sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos (salvo por un término relativamente breve), es por ello que tanto el derecho como la moral imponen ciertas abstenciones con el fin de salvaguardar a los

---

<sup>100</sup> De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *op. cit.*, p. 577.

<sup>101</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 238-240.

<sup>102</sup> Véase *Ibidem*, pp. 240-247.

<sup>103</sup> MONTERO, Alberto J., *op. cit.*, p. 65.

más débiles de los más fuertes, estableciendo cierta igualdad artificial<sup>104</sup>.

- c) Los seres humanos tienen un *altruismo limitado* en extensión e intermitente jamás perene, ya que si bien no son demonios, las tendencias a la agresión son lo bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social, por ello que se tengan que regular dichas conductas nocivas.
- d) Este es visto desde un punto de vista económico, ya que los humanos tienen los *recursos limitados* para su subsistencia<sup>105</sup>, éstos requieren alimentos, ropa y resguardo y no se encuentran ilimitadamente en la naturaleza, y además deben ser obtenidos por el esfuerzo humano, v. gr., la propiedad (privada o social) debe ser regulada por las reglas con el objetivo de que su dueño pueda explotarla (regular las formas de venta del producto de esa propiedad por medio de contratos), e impedir el acceso a la tierra de terceros; protegerla contra robos.
- e) Dice Hart que los hombres tienen una *comprensión y fuerza de voluntad limitada*, ya que las reglas que se imponen como protección de la propiedad, del libre uso de violencia, pueden ser obedecidas por varias razones; por comprender los beneficios mutuos que sugiere su cumplimiento, porque calculan (a corto y largo plazo) que bien valen la pena los sacrificios sufridos por los beneficios, por un interés desinteresado por el bien de los demás, o incluso por considerarlas dignas de respeto; sin embargo, no todos los hombres tienen la fuerza de voluntad para respetar siempre esos motivos de respeto a las reglas, por lo tanto hacen falta sanciones, no como el motivo normal de obediencia, sino como garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen<sup>106</sup>.

El elemento básico de las reglas morales aceptadas en un grupo social consiste en reglas del tipo primario que prohíben el uso de la violencia y las que constituyen la forma mínima de propiedad. Este tipo de reglas fundamentales si estuvieran ausentes en un sistema jurídico carecería de

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 244.

sentido que se viviera en sociedad, por eso las conductas que las reglas prescriben se superponen con principios morales básicos que prohíben el homicidio, el robo y la violencia. Lo anterior en aras de sobrevivir en proximidad con nuestros semejantes. Es obvio que para Hart fácticamente existe una relación entre los sistemas jurídicos y la moral<sup>107</sup>.

De todo lo anterior, puede observarse que la moral y el derecho suelen tener una conexión contingente. Esta relación se da en el hecho de considerar a las reglas de derecho y a su aplicación como justas; el considerar que el derecho reproduce cierto contenido mínimo de moral convencional; y que históricamente existen sistemas que reproducen valores morales dentro del mismo. Sin embargo, dicha relación jamás será conceptual, ya que como se vio en el transcurso del presente apartado, existen ciertas diferencias entre reglas morales y jurídicas que no pueden pasarse por alto, y que radica principalmente en la inclusión de reglas secundarias en el ámbito jurídico, y en especial la regla de reconocimiento.

La regla de reconocimiento es de suma importancia dentro de la teoría de Hart, debido a que las reglas jurídicas primarias son identificadas por medio del sistema oficial institucional que ella misma sustenta, y cuya función, entre otras, es distinguir a las reglas jurídicas de las reglas morales. Por ello, analizaremos más a fondo dicha regla en el siguiente capítulo.

---

<sup>107</sup> *Ibidem*, *El positivismo jurídico...*, op. cit., pp. 53-54.

## CAPÍTULO SEGUNDO.

### LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.

Quedó asentado en el capítulo anterior que el derecho es entendido como una unión de reglas primarias de obligación y secundarias de cambio, adjudicación y reconocimiento, cuya combinación tiene un gran poder explicativo del fenómeno jurídico. Ambas reglas constituyen pautas o criterios de conducta para la apreciación crítica de acciones determinadas<sup>108</sup>.

En este capítulo describiremos la regla de reconocimiento tal y como Hart la expuso en su obra *El concepto de derecho*. La intención de proceder así, se debe a que se evaluarán algunas inconsistencias teóricas en las que, a criterio de Dworkin, incurre esta regla como fundamento de todo sistema jurídico, mismas que se verán en el siguiente capítulo.

#### I. La regla de reconocimiento.

A criterio de Hart, la teoría de Austin sobre los sistemas jurídicos, es insuficiente al considerar al derecho como el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas emitidas por una persona habitualmente obedecida por el grueso de la población y quien no debe obediencia habitual a nadie<sup>109</sup>; por lo que a diferencia de lo que creía Austin, en una situación más compleja se necesita una regla de reconocimiento para identificar reglas primarias de obligación, y que sirve como fundamento de un sistema jurídico.

En una sociedad no sólo pueden existir reglas del tipo primario, no son suficientes debido a que su sola existencia no pueden formar un sistema; las reglas primarias son sólo un conjunto de pautas separadas, sin cohesión, carentes de una marca común identificadora<sup>110</sup>, de ahí que nuestro autor considere la existencia de reglas del tipo diferente a las primarias, reglas

---

<sup>108</sup> *Ibidem*, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 41.

<sup>109</sup> TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, op. cit., p. 221.

<sup>110</sup> HART, H. L. A. op. cit., p. 115.



secundarias. La regla de reconocimiento tiene varias funciones<sup>111</sup>: a) identificar las reglas de derecho, otorgando cierta certeza; b) otra tratada en el capítulo anterior, el cual consiste en separar al derecho de la moral, ya que delimitar al derecho supone, al mismo tiempo, trazar fronteras que lo separen de otros órdenes normativos tal como la moral; y c) en cuanto proporciona criterios de validez jurídica, introduce la idea de un sistema jurídico.

La regla de reconocimiento, en tanto que regla, puede ser vista desde dos puntos de vista, el externo y el interno, desde una perspectiva factual y normativa, respectivamente; se clasifica como hecho y como derecho<sup>112</sup>. Al respecto dice Hart, la regla de reconocimiento es vista como un observador externo como un hecho que acontece en la sociedad, pues fácticamente pueden observarse la regularidad de las conductas al grado de ser predecibles, y como derecho, ya que al ser considerada una regla sirve para la identificación de nuevas reglas (de cambio y judicación)<sup>113</sup>. O como dice Páramo Argüelles:

El concepto de regla de reconocimiento parece estar a caballo entre dos esferas, una jurídica y otra fáctica, ya que, si bien por un lado proporciona criterios para la identificación de otras reglas –y en este sentido, podría ser calificado como Derecho- por otro lado, cuando hablamos de su existencia, formulamos en verdad un enunciado externo efectivo que se refiere a la forma en que son identificadas las normas de un sistema<sup>114</sup>.

Este doble aspecto de la regla de reconocimiento, nos ayuda a entender que es distinta a las demás que componen el sistema jurídico de un

---

<sup>111</sup> GARCÍA HIGUERA, Rubén. *La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Papeles de Teoría y Filosofía del derecho, número 8. 2010. pp. 3-4.

<sup>112</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 139. Cfr. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 112. El punto de vista externo es el de un observador que describe el hecho de que en cierto ámbito rige determinada regla de reconocimiento que prescribe qué normas deben ser aplicadas. Cuando un observador externo dice que en un país los jueces están *obligados*, según la regla de reconocimiento vigente, a aplicar las normas que satisfacen la condición X, el observador usa la palabra "obligación" con un sentido puramente descriptivo que no implica considerar justificada la obligación en cuestión (el mismo sentido descriptivo con que uno emplea la palabra cuando dice por ejemplo, "en los campos de concentración nazis los internos tenían la obligación de enterrar los cadáveres de sus compañeros"). En cambio, el punto de vista interno frente a la regla de reconocimiento no consiste en *hacer referencia* a ella sino en *usarla* (lo que implica adherirse a ella) para determinar qué normas deben ser aplicadas.

<sup>113</sup> RAMÍREZ, Jorge, *op. cit.*, p. 173.

<sup>114</sup> De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984. p. 249.

determinado país por lo siguiente. Su existencia es diferente a las demás reglas del sistema. Todas ellas existen en virtud de los criterios de validez contenidos, en la propia regla de reconocimiento, o bien, en otra regla válida que, mediata o inmediatamente, deriva su validez de la misma regla de reconocimiento<sup>115</sup>. En cambio, esta regla última y suprema sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares al identificar al derecho por referencia a ciertos criterios, “*su existencia es una cuestión de hecho*”<sup>116</sup>.

Para comprender mejor a esta regla es preciso aclarar que ella constituye el criterio último de reconocimiento de reglas primarias dentro de un sistema; por lo tanto, es criterio supremo de validez jurídica. Este criterio supremo de validez jurídica se refiere a una posición relativa en una escala de supra subordinación con respecto a otras; el carácter último de la regla de reconocimiento, puede observarse al determinar la validez de una regla con referencia a una superior a ésta, sin embargo, la cadena de validación de las reglas particulares no es infinita, en algún momento nos encontraremos con una regla cuya pertenencia al sistema no podrá depender de que el acto de creación (o reconocimiento) esté autorizado por otra norma válida, por el simple hecho de que no existe esa norma, ya que es el último eslabón de la cadena de validez<sup>117</sup>, y que a diferencia de las demás reglas del sistema, no está subordinada a criterios de *test* o validez establecidos por otras reglas de allí que sea regla última<sup>118</sup>.

Esta es la situación de la regla de reconocimiento, la cual ya no puede hacerse referencia de su validez a otra regla superior a ésta, precisamente por que por definición no existe otra regla a la cual pueda subordinarse. La palabra validez (como se verá más adelante) se usa para resolver cuestiones dentro del sistema, es decir desde el punto de vista interno<sup>119</sup>, donde el estatus de cada regla depende de su identificación por una regla de reconocimiento por cumplir con los requisitos establecidos por ella, por lo que, dice Hart, esta regla

---

<sup>115</sup> RAMOS Pascua, citado en GARCÍA HIGUERA, Rubén, *op. cit.*, p. 5.

<sup>116</sup> HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 137.

<sup>117</sup> NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 117.

<sup>118</sup> HART, H. L. A. *op. cit.*, p. 133.

<sup>119</sup> HIERRO, Liborio L, *La eficacia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 2010, p. 203.

no puede ser válida ni inválida, simplemente es aceptada para ser usada de esa manera<sup>120</sup>.

En este orden de ideas, se puede predicar de la regla su existencia o inexistencia, pero no su validez<sup>121</sup>. La única regla del sistema jurídico que depende de su aceptación, que su fuerza vinculante surge de la práctica social, es la propia regla de reconocimiento, toda vez que cumple con los tres requisitos establecidos para la existencia de una regla social; existe una práctica social de dicha conducta; la desviación de la conducta establecida es una razón para la acción (realización de críticas); y contiene el aspecto interno característico de las reglas. Esta cuestión se entenderá de mejor forma cuando se aborde el tema de la existencia de un sistema jurídico.

La regla de reconocimiento sirve como un criterio con autoridad para que tanto los funcionarios como los particulares identifiquen las reglas primarias de obligación, ésta mostrará su existencia en la práctica general de dichos criterios de identificación. A este respecto dice Hart que *“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”*<sup>122</sup>.

Los ciudadanos y tribunales tienen un mismo criterio de identificación, y, asimismo, pueden hacer una identificación de las reglas jurídicas, pero como señala Hart, ésta identificación es diferente entre ambos, ya que las que realizan los jueces (u otros funcionarios) tienen un carácter revestido de autoridad. No obstante la importancia de la actividad judicial [y demás funcionarios] al aplicar la regla de reconocimiento hay que notar que éstos no configuran el contenido de la misma.

Al respecto dicen Atienza y Ruiz Manero, el hecho de que los jueces tengan una actividad importante en la identificación de las reglas “[...] no

---

<sup>120</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 135.

<sup>121</sup> NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 118, 132 y ss. Para justificar la validez de la regla de reconocimiento hartiana, analiza los conceptos de validez, habiendo un criterio adicional de validez (que entienda validez como pertenencia a un sistema), en el que no se requiera que la regla en comento sea derivada de otra, el cual puede encontrarse en la eficacia de la regla de reconocimiento, es decir, es válida porque existe, por ser eficaz o vigente.

<sup>122</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 125-127.

*quieres decir [con lo antes dicho] que la judicatura sea la autoridad editora de la norma más básica del sistema; lo que queremos decir subrayar es la importancia decisiva de la aceptación por parte de los jueces y tribunales de tal norma, aceptación que implica el reconocimiento por parte de éstos de su deber de aplicar en sus resoluciones normas preexistentes*<sup>123</sup>.

Lo antes citado es de gran importancia por lo siguiente: a) las decisiones de los jueces tienen un carácter revestido de autoridad que determinan las relaciones jurídicas de los ciudadanos; b) los tribunales (y demás funcionarios) aplican normas existentes al decidir los casos; y c) no configuran el contenido de la regla de reconocimiento, ella ya tiene un cierto contenido que debe ser aplicado por los jueces y funcionarios.

Este uso de la regla de reconocimiento no expresada pero aceptada se da desde el punto de vista interno, valiéndose del lenguaje común de éste, es decir, de enunciados internos. Estos enunciados de reglas particulares llevan consigo ciertos presupuestos: a) cuando alguien afirma la validez de una regla usa una regla de reconocimiento como adecuada para identificar el derecho; y b) la regla de reconocimiento es empleada en el funcionamiento general del sistema; y que en caso de duda de ésta última presuposición, puede ser constatada por la por referencia a la práctica efectuada por los tribunales<sup>124</sup>, por ejemplo, si un grupo de personas acepta lo que las reglas que el legislador crea, quiere decir que se acepta la regla según la cual dice que lo que establece el legislador es derecho<sup>125</sup>.

Aquí puede observarse que, como lo mencionábamos anteriormente, la existencia, validez y pertenencia de la regla de reconocimiento a un sistema jurídico es diferente de las demás reglas jurídicas que son una y la misma característica, ya que:

---

<sup>123</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2004, p. 151.

<sup>124</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 134-135. Este es el mismo supuesto que analiza Hart en los enunciados de deber o de derecho: *A* tiene el deber de pagarle a *B* el dinero que le debe, en el que se presuponen dos elementos, uno normativo y otro fáctico. Aquí los enunciados de *R* es regla válida en el sistema jurídico *S*, presuponen esos elementos, la aplicación de una regla, y que al reconocer una regla válida se están realizando los actos contemplados por la regla de reconocimiento. Véase *supra* pp. 15-16.

<sup>125</sup> *Idem*, *Obligación jurídica...*, *op. cit.*, p. 9.

[...] (1) su existencia consiste en el hecho de la aceptación y uso concordante por parte de los jueces y tribunales de unos mismos criterios de validez jurídica; (2) no es jurídicamente válida ni inválida, pues la “validez jurídica” es una propiedad que las demás reglas tienen en relación con la regla de reconocimiento; (3) pertenece al sistema jurídico porque es señalada directamente por la definición de sistema jurídico<sup>126</sup>.

En conclusión, la regla de reconocimiento es la única del sistema que su existencia depende de su aceptación como práctica común de los tribunales, tampoco puede predicarse su validez o invalidez aunque sí su pertenencia al sistema jurídico, y usada como medio para identificar reglas jurídicas de un sistema con base en ella. Por ello abordaremos el tema de la regla de reconocimiento como forma de identificación del derecho.

## **II. Función de la regla de reconocimiento en la teoría hartiana.**

### **a) Como medio para reconocer al Derecho.**

La regla de reconocimiento tiene una función primordial: el de reconocer las reglas que forma parte del sistema. Para introducir la importancia de dicha regla Hart menciona en el capítulo V de *El concepto de derecho*, que una sociedad que se rige únicamente por reglas primarias de obligación tiene varios defectos, y uno de ellos es la falta de certeza de la reglas. Este defecto consiste en que aquellas no tienen una marca común de identificación que ayude a identificar la existencia de una regla y que ésta pertenece a un determinado sistema. Este problema se resuelve, como ya se mencionó, introduciendo una regla de reconocimiento, la cual especificará las características que debe reunir una regla para ser considerada del grupo, y que pone a prueba el linaje o *pedigree de las fuentes del derecho*<sup>127</sup>.

En la teoría hartiana la regla de reconocimiento, al proporcionar una marca o signo característico con autoridad para reconocer las normas jurídicas, se introduce la noción de sistema jurídico, ya que las reglas primarias de obligación están unificadas por un criterio común dotado de autoridad, por lo

---

<sup>126</sup> RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 6.

<sup>127</sup> DABOVE, María Isolina, *op. cit.*, p. 45.

que es importante que para determinar la existencia de una regla particular se haga el reconocimiento de ésta con referencia a ese criterio revestido de autoridad<sup>128</sup>. Por lo anterior, debe entenderse la regla de reconocimiento nos ayuda a diferenciar el derecho positivo de otras reglas sociales (como la moral).

La regla de reconocimiento determinará dentro de un sistema jurídico cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál será el alcance de las reglas de dicho sistema; una obligación jurídica puede ser creada deliberadamente por medio de la acción humana mediante la legislación; aunque no siempre es así, en ocasiones las obligaciones surgen por medio de la costumbre y las decisiones judiciales particulares.

Los criterios de identificación pueden ser muy variados en un sistema complejo, como se hizo mención. Para averiguar dichos criterios, habría que indagar en el funcionamiento de un sistema concreto; la práctica general de los funcionarios es el factor real mediante el cual se averigua tanto la existencia como el contenido concreto de la regla de reconocimiento, por lo que es preciso acudir a dicha práctica general para determinar cuales son los criterios que utiliza<sup>129</sup>.

Hart no desatendió este punto, y consideró que aunque existen varios criterios de identificación de reglas, éstos se encuentran ubicados en cierto orden de primacía y subordinación relativas<sup>130</sup>, las fuentes de derecho se encuentran unificadas por la regla de reconocimiento que encuentra ubicada en la cúspide de un sistema jurídico. Para determinar cuáles son las fuentes del derecho hay que observar la práctica efectiva de los órganos que se encargan de aplicar la regla última. La idea de las diversas fuentes ordenadas jerárquicamente, nos ayudará a tener una mejor comprensión de la idea de validez dentro del derecho, y de la pertenencia a un sistema jurídica de una regla determinada.

---

<sup>128</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 118.

<sup>129</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *op. cit.*, pp. 392-394.

<sup>130</sup> FUERTES-PLANAS, Aleix. *Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, en <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Mario%20Jimenez/Mis%20documentos/Downloads/21678-21697-1-PB.PDF>, (04 de agosto de 2015), pp. 176-177.

Para finalizar este punto, nótese que con la regla de reconocimiento se cuenta con un criterio de identificación de las reglas jurídicas, otorgando certeza jurídica sobre cuáles son las reglas que regulan la conducta de los miembros de una sociedad determinada. Sin embargo, esta certeza no es absoluta, ya que como se vio en el capítulo anterior, al ser una regla formulada en términos generales, cuenta con un área de textura abierta.

**b) Existencia de la regla de reconocimiento.**

Anteriormente se mencionó que la regla de reconocimiento existe en tanto que es eficaz, pero que las demás reglas existen en tanto que son válidas. Aquí se comienza a tratar un concepto altamente complejo cuando se trata de aplicar a la regla de reconocimiento: el concepto de validez. Pero, ¿en qué consiste la validez para Hart? En la teoría de Hart una regla es válida cuando es reconocida por una regla superior que determina los requisitos que una regla particular debe contener para formar parte del sistema, en este sentido, se dice que pertenece al sistema ya que aquélla satisface los requisitos que la regla de reconocimiento establece<sup>131</sup>.

Que una regla derive de otra quiere decir que la conducta de dictar la regla inferior está estipulada en la regla superior, y que el permiso recae sobre órganos competentes bajo cierto procedimiento<sup>132</sup>. Al introducir el concepto de validez, dice Hart, entendemos de forma diferente el concepto de existencia de una norma jurídica particular, validez y existencia de una regla en particular vienen a ser lo mismo, al respecto dice Hierro:

La afirmación de que una norma existe designa un hecho, cuando se refiere, por ejemplo, a una norma consuetudinaria (el hecho complejo de que una pauta de conducta es seguida por una serie de personas porque la consideran obligatoria) pero la misma afirmación tiene un sentido completamente distinto cuando, como es habitual en el lenguaje jurídico,

---

<sup>131</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 129.

<sup>132</sup> NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 115.

se hace por alguien para significar que una norma satisface los criterios de validez de la norma de reconocimiento<sup>133</sup>.

En este mismo sentido se expresa Santiago Nino al decir que “[...] una norma existe cuando pertenece al sistema jurídico y pertenece cuando es reconocida por los órganos originarios [por los jueces mediante regla de adjudicación o legisladores por las reglas de cambio] o ha sido sancionada y no derogada de acuerdo a las normas del sistema”<sup>134</sup>.

De lo anterior puede concluirse que las reglas identificadas con base en la regla de reconocimiento, son válidas y en este sentido existen, contrario a lo que sucede con la propia regla de reconocimiento, que existe en cuanto es eficaz. Al existir una regla particular se dice que pertenece a un sistema jurídico determinado [por cumplir con los requisitos de validez], la validez de las reglas es una categoría normativa que sólo tiene sentido en el lenguaje normativo (punto de vista interno en términos de Hart), que utiliza y aplica normas como criterios o pautas de conducta, que sólo se aplica dentro del mismo sistema jurídico.

Para ejemplificar todo lo anteriormente dicho, se dice que una regla N1 pertenece al sistema S, si, y sólo si, satisface una relación R con una regla N2 que también pertenecen a S. Nótese que no sólo depende la existencia de N2 que autorice la creación de N1, para que esta última exista o sea válida, sino que debe llevarse a cabo la actividad creadora que estipula N2 para que N1 exista. Asimismo, nótese que ordena jerárquicamente las reglas que componen el sistema; v. gr. N2 es superior a N1 en cuanto ordena la creación de N1, dándole pertenencia al sistema. En este sentido, en un sistema jurídico S se vinculan mediata o inmediatamente a una norma que común. Esta *cadena de subordinación*<sup>135</sup> no es infinita, culmina con una norma “soberana” (última en términos de Hart) cuya promulgación carece de autorización normativa, esta es la posición e la regla de reconocimiento.

---

<sup>133</sup> HIERRO, Liborio, *op. cit.*, p. 204

<sup>134</sup> NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 140.

<sup>135</sup> CARACCIOLO, Ricardo, *Sistema jurídico*, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J., (edres) *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 2000 (pp. 161-176). p. 169.



Existen reglas que son creadas por vía legislativa que son derivadas e. g. la Ley del Instituto de Verificación Administrativa del Distrito Federal, la regla que determinó la creación de las reglas derivadas confieren potestades o poderes legislativos, así como el procedimiento para la creación de las segundas. La afirmación de que una regla existe (es válida), significa que ellas pertenecen a una clase caracterizada como reglas válidas de ese sistema particular por criterios especificados en los criterios fundamentales del propio sistema<sup>136</sup>.

Aunado a la anterior, existe otra fuente<sup>137</sup> de obligaciones diferente a la legislación, obligaciones y derechos que surgen de manera directa por reglas consuetudinarias, aunque considerado como criterio de validez subordinado a la legislación cuya validez puede ser privada por una regla, y que las obligaciones que estipulan no son creadas deliberadamente, sino por la práctica tradicional. La regla de reconocimiento ya no sería la única que sea obligatoria por su sola aceptación, ya que la costumbre también lo sería. Hay que recordar que la regla de reconocimiento establecerá que la costumbre puede ser vinculante jurídicamente si cumple ciertas características y es ubicada en una posición dentro de la relación jerárquica respecto de otras fuentes de derecho. Por lo que la vinculación jurídica de la costumbre se debe a la propia regla de reconocimiento, y no por el simple hecho de ser considerada como obligatoria por la sociedad.

Entendido en que consiste la validez de la reglas de derecho, para el profesor de Oxford, este concepto no genera ningún problema con el concepto de eficacia, debido a que ésta se le entiende en el sentido de que las reglas son observadas por sus destinatarios generalmente y que ciertos órganos de aplicación las reconocerán al tomar sus decisiones<sup>138</sup>, idea que está muy separada del concepto de validez de las reglas particulares. No dejemos fuera

---

<sup>136</sup> HART, H. L. A., *Obligación jurídica...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>137</sup> Una regla de reconocimiento puede remitir a una o más fuentes (o reglas de reconocimiento) de derecho posicionadas en un orden de subordinación y primacía relativa, como lo sería el caso de la costumbre y los precedentes, a lado de la ley, sin embargo la tesis de que existe varias reglas de reconocimiento en un sistema jurídico, no es del todo acertada, ya que estos distintos criterios están unificados por su posición jerárquica, no olvidando que por definición la regla de reconocimiento es regla última, cualidad que hace que un sistema se encuentre unificado.

<sup>138</sup> NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 139-140.

la posibilidad de que la eficacia sea un requisito de validez exigido por la regla de reconocimiento, en cuyo caso, según Hart, si existirá una relación necesaria en un determinado ordenamiento.

No obstante lo anterior, la eficacia no es un elemento de las reglas particulares del sistema, la regla de reconocimiento está condicionada tanto en su existencia como en su contenido, por el hecho social de la aceptación fáctica de los criterios en cuestión, aceptación que a su vez se expresa mediante el hecho social externo de la práctica generalizada de los funcionarios y ciudadanos<sup>139</sup>.

Es notorio que no existe contradicción entre la afirmación de que una norma sea válida y no sea aplicada por los funcionarios en caso de desobediencia o no sea acatada por sus destinatarios. Ya que si bien la validez y eficacia pueden predicarse de las reglas jurídicas, los enunciados de validez, enunciados jurídicos realizados dentro del sistema (siempre que no sea la regla de reconocimiento), y los de la eficacia son proposiciones de hecho<sup>140</sup>. Por ello podríamos decir que no existe contradicción en el sentido de que un ladrón (quien tiene la obligación de no robar la cartera de un individuo) al no ser procesado por haber materializado dicha acción, no quiere decir que la norma que prohíbe la conducta mencionada, no era válida.

Una vez dicho que las normas jurídicas válidas son aquellas que son reconocidas por satisfacer los requisitos que establece la regla de reconocimiento, aquellas se vuelven en obligatorias, la obligación que estipulan las reglas ya no radica en la sola práctica social desarrollada por los miembros de la sociedad como lo son las demás reglas morales o consuetudinarias (independientemente de que la regla de reconocimiento estipule que estas últimas mencionadas podrían formar parte del sistema jurídico, cosa que Hart no descartó); *“el elemento distintivo [de una regla] es la juridicidad [...] la pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias [...]”*, su sentido de pertenencia al sistema; por lo tanto, como se ha mencionado en reiteradas

---

<sup>139</sup> ROBLES MORCHÓN, Gregorio, citado en GARCÍA HIGUERA, Rubén, *op. cit.*, p. 6.

<sup>140</sup> HIERRO, Liborio, *op. cit.*, p. 204.

ocasiones, “lo que no pertenezca o forme parte de ese sistema es regla social o moral, pero no jurídica”<sup>141</sup>.

**c) Como fundamento del sistema jurídico.**

Se mencionó que al introducir la regla secundaria de reconocimiento, se cuenta con la idea de sistema jurídico. Al ser introducida dicha regla se dota de coherencia, pertenencia a las reglas reconocidas con base en ella. Como se hizo mención anteriormente, la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho, que dota de validez o pertenencia a las demás normas identificadas con base en ella, y que de ésta no se puede predicar la validez, entendida como pertenencia, sino como eficacia o vigencia.

En este sentido, es de suponerse que en la teoría de Hart se puede entender la existencia de un sistema jurídico basado en la eficacia de las normas primarias y secundarias en su conjunto, lo que se conoce como *principio de eficacia*<sup>142</sup>. Anteriormente se dijo que la regla de reconocimiento es identificada por los funcionarios, quienes su reconocimiento de la regla con base en ella, tienen cierta autoridad en relación con la identificación que pudieran hacer los ciudadanos.

La regla de reconocimiento, como se ha dicho, es la que da unidad a las normas del sistema, de allí que la existencia de ésta depende de que sea considerada desde el punto de vista interno (como toda regla social), como criterio común y público de decisiones judiciales correctas y no como algo que cada juez haga por su cuenta, por lo que para que se dé dicha unidad debe existir esa postura crítica y de autocrítica hacia las desviaciones de esas pautas oficiales, por lo que, aquí señala Hart, esta situación es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de un sistema jurídico. En el caso de las reglas secundarias, lo crucial, dice Hart, es que haya una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contienen los criterios de validez del sistema<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> MONTERO, Alberto, *op. cit.*, p. 35.

<sup>142</sup> HIERRO, Liborio, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

<sup>143</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 143-144.

Aquí puede observarse con más agudeza la importancia de este aspecto interno de las reglas, ya que si la regla de reconocimiento es considerada únicamente como un fenómeno externo no sería obligatoria para los funcionarios, le haría falta el significado normativo característica de toda regla social<sup>144</sup>.

Al tomar en cuenta que el derecho es una combinación de reglas, como diría Santiago Nino, no basta que las reglas *primitivas* dirigidas a los *órganos primarios* sean observadas, es importante establecer una relación entre reglas primitivas de un sistema y los súbditos ya que no diría que un sistema es vigente en un territorio si los habitantes los desconocen, por ello es que se requiere que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema sean obedecidas por el grueso de la población; lo anterior en cuanto hace a las reglas primarias de obligación; es decir, o bien cuando las reglas *primitivas* –que en raras ocasiones pueden dirigirse a los súbditos- son generalmente observadas, o bien, obedecen la generalidad de las normas que derivan de las reglas primitivas<sup>145</sup>.

Como se observó, para la existencia de un sistema jurídico se necesitan dos condiciones que son necesarias y suficientes, en palabras de Hart: “[...] *las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema 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 adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos comunes*<sup>146</sup>”. Lo anterior refleja el carácter compuesto de un sistema jurídico conformado por reglas primarias y secundarias, en los cuales las primeras son obedecidas por los ciudadanos ordinarios, y las segundas por los funcionarios del sistema.

---

<sup>144</sup> RAMÍREZ, Jorge, *op. cit.*, p. 178.

<sup>145</sup> NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 140-141.

<sup>146</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 145. En este mismo sentido se manifiesta NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 140, cuando toma el tema de la existencia de un sistema jurídico, dice que “*un sistema jurídico existe cuando sus reglas primitivas y no derivadas, son generalmente observadas por sus sujetos normativos y son efectivamente aceptadas en sus decisiones por los órganos que tienen, de hecho, la posibilidad de disponer la ejecución de medidas coactivas, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal*”.

Pero, ¿qué pasaría si ambos sectores no acatan las reglas que tienen la obligación de obedecer? En ocasiones, dice Hart, existe cierto divorcio entre el sector oficial y el privado cuando se deja de obedecer las reglas válidas con base en la regla de reconocimiento<sup>147</sup>, lo cual presupondría que no existe un sistema jurídico S1, ya que los jueces identificarían reglas que no son seguidas por los miembros de la comunidad, siguiendo, éstos últimos, otras reglas, y como se vio, ambas cosas son condiciones necesarias para la existencia de un sistema. De lo anterior podría concluirse, que los ciudadanos que no siguen las reglas identificadas por los funcionarios en el caso del sistema S1, bien podrían estar siguiendo reglas establecidas con base en otra regla de reconocimiento, por lo que existiría otro sistema jurídico S2, pero no sería aquél sistema S1 que pretenden sea acatado los jueces de éste último.

Sobre este tema dice Liborio Hierro, la afirmación de la existencia de un sistema jurídico es vago<sup>148</sup> en cuanto a la determinación precisa del tiempo por el que se debe obedecer por sus destinatarios (particulares o funcionarios), y por el número de miembros que deben obedecerla: en palabras de Hart:

El problema de saber cuántos miembros del grupo tienen que tratar como criterio o pauta de crítica [...] la manera regular de conducta, y el de saber con qué frecuencia y durante cuánto tiempo deben hacerlo así para que tenga apoyo la afirmación de que el grupo posee una regla<sup>149</sup>, no son cuestiones definidas. Ellas no deben preocuparnos más que la cuestión de saber cuántos cabellos hay que tener para ser calvos<sup>150</sup>.

Dicho lo anterior, Hart señala que en cuanto al tiempo, deben obedecerse por lapsos de tiempo prolongados, y esto es como para la existencia como para la inexistencia de un sistema, ya que como el propio autor dice “[...] *el enunciado de que un sistema jurídico existe es de un tipo suficientemente amplio y general como para permitir interrupciones; no es verificado o*

---

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 146-153. Esto es lo que Hart llama patología de los sistemas jurídicos.

<sup>148</sup> HIERRO, Liborio, *op. cit.*, p. 214.

<sup>149</sup> Y aquí añadido a la “regla de reconocimiento”, por ser la única norma que no es válida y que debe su obligatoriedad como las demás normas sociales, por las características señaladas en el capítulo anterior, ya que las reglas jurídicas son obligatorias en cuanto son identificadas en por los criterios de aquella.

<sup>150</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 70.

*falsificado por lo que ocurre en espacios de tiempo breves*<sup>151</sup>. Por otra parte, en cuanto al número de miembros que deben de obedecer las reglas sociales (particulares y funcionarios), es obvio para Hart que los miembros que obedecen las reglas deben ser una mayoría en comparación con quienes las desobedecen, porque de lo contrario, éstos últimos no encontrarían presión social que temer<sup>152</sup>.

Esta es la exposición que hace Hart sobre su teoría, y en especial en este apartado, sobre la regla de reconocimiento. En el siguiente apartado consideraremos una de las críticas que ha suscitado gran debate en el pensamiento iusfilosófico de la segunda mitad del siglo XX, a decir, la crítica que hace Ronald Dworkin, sucesor de Hart en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford. Dichas críticas versaran en tres sentidos: a) el derecho entendido como únicamente reglas; b) la discreción judicial; y c) el concepto de deber con fundamento en reglas sociales.

---

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 114.

## **CAPÍTULO TERCERO.**

### **CRÍTICA Y DEFENSA DE LA TEORÍA DE HART.**

Como menciona el título del presente capítulo se realizará el análisis de la crítica que Ronald Dworkin realizó al pensamiento de Hart, por ser quien propició uno de los debates más productivos del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, y del cual derivaron diversas variantes del positivismo jurídico. Asimismo analizaremos la respuesta de Hart a tales críticas.

#### **I. Críticas a la teoría de Hart.**

La regla de reconocimiento, como hemos analizado, es fundamento de un sistema jurídico. Debido a su naturaleza, es la única regla del sistema que se entiende como regla social, cumple requisitos fácticos y normativos como cualquier regla social (entiéndase costumbre o moral), que rara vez es formulada pero sí usada como medio de identificación normativa.

Mi razón en elegir a Dworkin, entre otros autores, es por las críticas que realiza a la teoría de Hart. La regla de reconocimiento, según aquel autor, no da certeza del deber que tienen los jueces al aplicar la misma regla como identificadora de las reglas de un sistema jurídico. Su naturaleza, el ser una práctica social, permitía que la considere como una mera coincidencia de conducta por parte de los jueces que la aplicaban como algo que deben hacer, y no como que tenían el deber de hacer.

Dentro de la interpretación que realiza Dworkin de la teoría de Hart, la regla de reconocimiento tiene un carácter normativo, debido a que establece una obligación a los jueces de aplicarla y usarla como guía de su actuar oficial dentro del campo institucional jurídico. Por ello, Dworkin se plantea la interrogante sobre la normatividad de la regla de reconocimiento, ¿qué hace que esta regla sea vinculante para los jueces, si su obligatoriedad no depende de otra regla superior?

A mi criterio Dworkin hace una crítica precisa a la idea del origen de un deber en la teoría hartiana, para ellos se vale de la teoría de la *regla social*<sup>153</sup>. Esta crítica de nuestro autor es de gran importancia para el objeto del presente trabajo, toda vez que la regla de reconocimiento, como regla social, es puesta a prueba al considerar que no siempre una regla social impone al juez el deber de resolver los casos.

Antes de explicar la teoría de la regla social de Ronald Dworkin haré mención de su teoría y de otras críticas que hace a Hart. La teoría de éste último en particular, y en el positivismo en general, es puesta en tela de juicio por varias razones: la primera es que dentro de la teoría jurídica positivista los derechos de los individuos explícitamente creados mediante reglas jurídicas (como aquellos creados vía legislativa), de ninguna manera agota todos los componentes del sistema jurídico, sin embargo, existen derechos que tienen los individuos anteriores a los creados por la legislación<sup>154</sup>, cuya función es notoria en los casos difíciles. De estos derechos no da cuenta la regla de reconocimiento de Hart.

En segundo lugar, la idea de la discreción judicial que defienden los positivistas en los casos de textura abierta del derecho, le atribuye al juez una actividad creadora de derecho aplicándolo de manera retroactiva. Y, finalmente, la crítica al origen de las obligaciones, con aplicabilidad específica de la crítica, a la regla de reconocimiento de Hart.

Dworkin señala los fundamentos del positivismo jurídico de la siguiente manera<sup>155</sup>:

- a) El derecho está conformado únicamente por normas, las cuales pueden ser identificadas, no por su contenido, sino por su origen o

---

<sup>153</sup> Esta teoría tiene dos críticas importantes a la teoría hartiana de la regla social que se analizarán más adelante; a) existen obligaciones aun cuando no existan reglas sociales como las entendía Hart; y b) no es posible determinar el alcance preciso de las reglas sociales. Véase ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *El Concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, en <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf>. (Última fecha de consulta: 4 de agosto de 2015), p. 273.

<sup>154</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.* p. 356.

<sup>155</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 2002. pp. 65-66.



*pedigree*. Dicha prueba ayuda a distinguir las normas jurídicas válidas de otros tipos de reglas sociales;

- b) Cuando una norma no es válida o es vaga, el caso debe decidirse aplicando la discreción del juez lo que significa ir más allá de la norma y buscar otro estándar que lo guíe en la preparación de una nueva norma o en la ampliación de una existente, y
- c) Que hablar de una obligación jurídica es decir que un hecho cae bajo el supuesto de una norma de derecho, y que si no existe tal norma, entonces no existe obligación.

Es menester mencionar que para Ronald Dworkin con frecuencia en los tribunales se presentan casos difíciles, que no se pueden subsumir de manera sencilla bajo una regla jurídica determinada, por lo que se hace patente la incertidumbre del resultado<sup>156</sup> (sea por la textura abierta de las reglas o las lagunas del derecho). Estos casos, dice nuestro autor, nos dejan varias interrogantes ya que en casos así, ¿los jueces aplican las normas preexistentes o establecen nuevas normas y las aplican retroactivamente?, o ¿los tribunales continúan aplicando normas aunque de carácter más general y abstracta?<sup>157</sup>

#### **a) Los principios.**

Dworkin analiza el primer dogma del positivismo, el cual consiste en que el derecho está compuesto únicamente por normas y que éstas son reconocidas como válidas por un criterio de identificación como la regla de reconocimiento de Hart. Esta regla es descrita por Dworkin como un *test* para identificar el derecho, y que únicamente atiende al origen de la norma sin considerar el contenido de la misma.

Para Dworkin, su antecesor en la clase de *Jurisprudence* en Oxford, Hart propone una idea errónea de lo que es el derecho (positivismo jurídico el cual es sistema de y para normas), ya que en los casos difíciles los juristas echan mano de estándares generales que no operan como normas. Dichos

---

<sup>156</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.*, p. 376.

<sup>157</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 47-48.

estándares son los principios *in generis*. Los principios pueden distinguirse, en lo particular, entre principios y directrices políticas; los primeros son estándares que han de ser observados porque son una exigencia de la justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, y los segundos son estándares que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, sin embargo, no es de gran importancia tener en cuenta esta distinción por el momento, ya que como el mismo Dworkin menciona, su propósito inmediato es distinguir los principios en sentido genérico –principios y directrices- de las normas<sup>158</sup>.

Para Dworkin existen varias diferencias entre normas y principios, en sentido amplio; uno de ellos es de orden lógico o, como lo llama Rodolfo Vigo, el relativo a su aplicación<sup>159</sup>. Las normas se aplican a manera de disyuntiva (de todo o nada), esto quiere decir que la aplicación de las consecuencias de derecho depende del cumplimiento de todos y cada uno de los supuestos previstos en la hipótesis normativa, si el hecho cae bajo el supuesto de ésta, entonces se aplica la norma, y si no cae bajo el supuesto que contiene no aporta nada al caso en cuestión (tendrá que buscarse otra norma o en ciertos casos podrá decirse que no existe norma aplicable)<sup>160</sup>.

Por otra parte, los principios no establecen las condiciones que hacen necesaria su aplicación, es una razón que discurre en una sola dirección, pero que no exige una decisión en particular. Cuando se presenta un caso difícil, el juez no sólo resuelve con base en reglas, sino también con principios que sirven como una brújula o directriz, más que como un camino preestablecido<sup>161</sup>.

Otra diferencia entre normas y principios, es que estos últimos tienen la característica del peso o la importancia. Éstos no tienen una consecuencia jurídica definida de antemano como las reglas, por ejemplo, cuando dos principios se interfieren debe de prevalecer uno de ellos, sin que por ello el otro no sea un principio jurídico del sistema, y quien resuelva debe tener en cuenta

---

<sup>158</sup> *Ibidem*, pp. 72-73.

<sup>159</sup> VIGO, Rodolfo L., *El antipositivismo jurídico de Ronald Dworkin*, en Anuario Jurídico N. XV, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988 (pp. 295-333), p. 298.

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 75. En este sentido dice Rojas Amandi que el lenguaje poco preciso (cuando se incluyen palabras como *razonable, etc.*) de una regla no altera el carácter de todo o nada de una regla, ya que no se altera la relación entre hipótesis normativa y consecuencia de derecho. *Cfr.* ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Op. cit.* pp. 378.-379.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 76.

el peso relativo de cada principio de cada uno de ellos; en esta perspectiva *orientan una decisión en un sentido, aunque no de forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan*<sup>162</sup>.

Las normas, por otro lado, no tienen esta dimensión, ya que son o no son funcionalmente operantes, si dos normas son aplicables a un caso concreto, no decimos que una norma pesa más que la otra, por el contrario, decimos que una es válida y la otra no (en este sentido se determina por el mismo sistema cual de las dos prevalecerá), y de los principios no se puede aplicar su validez o invalidez, sino su adecuación al caso, ya que es en el caso concreto en el que se interpreta un determinado principio cuando se define su resultado<sup>163</sup>.

Otra diferencia radica en su origen. Dice nuestro autor, la mayoría de las normas de derecho son válidas si son creadas por alguna autoridad competente, en cambio el origen de los principios radica en el sentido de conveniencia u oportunidad que tanto en el foro como en la sociedad se desarrolla en el tiempo, la continuación de su poder depende de que tal sentido de conveniencia se mantenga<sup>164</sup>. Asimismo, las reglas se diferencian de los principios por su forma de identificación, las reglas pueden ser identificadas por una regla social de reconocimiento, en cambio los principios, como se ha mencionado, no pueden ser identificados por una regla de este tipo, ya que es imposible brindar una lista de los principios o establecer una forma canónica de cada uno de ellos<sup>165</sup>.

Finalmente, una de las diferencias más importantes que se da entre reglas y principios se obtiene de la definición que da Dworkin de los principios *stricto sensu*: el relativo al contenido moral. Ahora bien, el contenido de los principios es intrínsecamente moral, mientras que en el campo normativo son de contenido diverso<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 89. En este sentido, puede darse el caso de un conflicto entre dos principios, lo cual no significa que el que no sea aplicado no es un principio jurídico de un sistema, sino que el otro principio tuvo mayor peso, pero el que no fue aplicado podrá serlo en otro caso en el que tenga mayor peso que otro principio. *Ibidem*, p. 77.

<sup>163</sup> *Ibidem*, pp. 77-78. Asimismo véase ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.* pp. 380-381.

<sup>164</sup> *Ibidem*, pp. 94-95.

<sup>165</sup> VIGO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 298.

<sup>166</sup> *Idem*.

Las diferencias que fueron anotadas en los párrafos anteriores, son más notorias en las formas de solucionar controversias en las que ambas son operantes. Entre reglas y principios pueden surgir varios conflictos que pueden conducir a resultados contradictorios al resolver un caso, estos conflictos o colisiones pueden ser los siguientes; a) regla vs regla; b) principio vs principio, y c) regla vs principio. Para el primer caso la solución se da entre las mismas reglas; esto es, o bien se incorpora una excepción a la regla general sin declarar inválida la otra regla con la cual se entró en conflicto<sup>167</sup>, o bien, se declara una regla inválida, por medio de una regla que establezca las jerarquía de una norma determinada, como por ejemplo *lex posterior derogat priori*<sup>168</sup>.

Para el segundo caso, los principios pueden ser ponderados y uno debe ceder ante el otro. Un principio en ciertas circunstancias puede preceder a otro, esto quiere decir que tienen mayor peso, por ejemplo, un principio P1 en un caso, bajo ciertas circunstancias, precede al principio P2, pero en otro caso, en el que estén en colisión P1 y P2, resulta de mayor peso P2. Esto es a lo que Alexy denomina una relación de precedencia condicionada, un principio, tomándolo en cuenta en el caso concreto, indica las condiciones bajo las cuales precede a otro. De lo anterior puede decirse que los conflictos entre reglas se realizan en la dimensión de la validez; por el contrario, la colisión de principios se lleva a cabo en la dimensión del peso<sup>169</sup>.

Finalmente, para el tercer caso, realmente no existe gran dificultad en cuanto a este tipo de conflicto, ya que se resuelve un conflicto con base en ponderación entre principios que dieron origen a la norma (que fueron

---

<sup>167</sup> Debe tenerse en cuenta que el hecho de que existen conflictos entre normas no se aplican apelando a que una es más importante que la otra, por ejemplo una regla de derecho penal prohíbe la violencia y otra acepta su uso siempre que sea en defensa propia, en este sentido el juez debe aplicar la más importante, como ya se mencionó, ya que están en claro conflicto, sin embargo, la violencia en defensa propia es vista como una excepción a la regla de la prohibición del uso de la violencia, la cual describirá la regla general de una manera más precisa. Para Dworkin no importa que la excepción se encuentre o no dentro de la misma regla, ya que puede estar contenida en otra regla independiente, esto no cambia la función de la regla. Véase DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 137.

<sup>168</sup> Como ejemplo de lo anterior, dentro de nuestro sistema jurídico mexicano está la tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice: COTO NORMATIVO. FORMA DE SOLUCIONARLO. Para resolver un conflicto normativo, debe atenderse al principio de que, ante contradicción entre dos leyes, debe atenderse a la de mayor jerarquía y, en caso de ser iguales a lo que disponga la ley especial. Tesis XX.72 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. III, mayo de 1996, p. 607.

<sup>169</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 89-92.

considerados en el proceso legislativo)<sup>170</sup>, por lo que se resolvería el conflicto por medio de la ponderación.

En este orden de ideas lleva a Dworkin a preguntarse sobre el *status* de los principios jurídicos dentro del derecho, por lo que considera que existen dos alternativas de tratarlos: a) que los principios al igual que las normas son obligatorios para los jueces al resolver ciertos casos, por lo que son derechos, o, b) los principios no son obligatorios como lo son las normas, por lo que al ser aplicados por los jueces, éstos van más allá de las normas que están obligados a aplicar. Estos dos enfoques son para nuestro autor de gran importancia ya que determina si los jueces se limitan en los casos difíciles a establecer el derecho preexistente o si aplican estándares que van más allá del derecho por medio de su *discreción* aplicando normas *ex post facto*<sup>171</sup>.

#### ***b) Discreción judicial y los casos difíciles.***

Vemos que, tanto para Hart como para Dworkin, la certeza jurídica en un sistema jurídico es de suma importancia. De ello deviene gran parte de su teoría jurídica. Como se mencionó en los dos primeros capítulos del presente trabajo, para Hart, se necesitaba de una regla secundaria de reconocimiento que ayudara a un determinado sistema jurídico a identificar las reglas de derecho aplicables a los miembros de la comunidad que son regidas por ese conjunto de reglas. Lo anterior, ayudaba a tener cierta certeza jurídica de las reglas aplicables al resolver los casos, sin embargo, ese ideal no se alcanzaba debido a la textura abierta que afecta a todas las reglas, lo cual llevaba al juez a crear nuevas reglas donde ésta no es clara.

Para el sucesor de Hart en la cátedra de *Jurisprudence* en la Universidad de Oxford, en un Estado de Derecho siempre deben aplicarse derechos preexistentes y no así derechos creados *ex post facto* a los casos posteriores. Por ello, para exponer su teoría de los derechos, imagina a dos jueces uno llamado Hércules y otro Herbert, que actuarán de forma distinta en un caso difícil que se plantea ante su jurisdicción. Uno de estos jueces aceptará que los

---

<sup>170</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.* pp. 381-382.

<sup>171</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 81-82.

principios son derecho y el otro no lo hará; ya que para Dworkin, el hecho de que consideremos a los principios como parte del derecho o no, determinará la teoría de la actividad jurisdiccional dentro de una teoría jurídica<sup>172</sup>.

Existe otra postura que no considera a los principios como parte del derecho, *i.e.* la teoría positivista de que los jueces ejercen discrecionalidad jurisdiccional. La discreción, dentro del esquema básico del positivismo, sostiene que cuando un caso no puede subsumirse a una norma clara (cuando son casos que se encuentran dentro de la zona de penumbra de una regla) el juez debe, ejerciendo su *discreción*, introducir un nuevo precedente legislativo<sup>173</sup>. Esta es la postura que tomará un juez Herbert partidario de la tesis de la discreción judicial.

Para nuestro autor se tiene *discreción* cuando alguien está encargado de tomar una decisión sujeta a normas establecidas por una determinada autoridad. Por ello Dworkin distingue tres sentidos de discreción judicial: puede entenderse en un sentido débil, de la cual se desprenden dos formas de discrecionalidad, a decir, como discernimiento, cuando las normas no se pueden aplicar mecánicamente y el juez ejerce su juicio; o cuando se tiene la decisión final sobre un asunto y no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.

Asimismo, existe un sentido fuerte cuando alguien que debe tomar una elección y elegir no se encuentra vinculado por estándares impuestos por una autoridad, no obstante lo anterior, no quiere decir que no esté sujeta a crítica dicha elección, ya que quien elige debe poner en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. Al no existir una regla que regule una actividad se dice que existe una discreción en el sentido fuerte y, concluye Dworkin, que los positivistas al parecer lo entienden de esta forma<sup>174</sup>.

El ideal de certeza jurídica dentro de un Estado de derecho se ve derrumba por esta concepción. Un juez podría arbitrariamente aplicar derechos

---

<sup>172</sup> DWORKIN, Ronald, *Una Cuestión de principios*, trad. Victoria Boschirolli, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 30.

<sup>173</sup> *Idem*, *Los derechos en serio*, *ob. cit.* p. 83.

<sup>174</sup> *Ibidem*, pp. 85-86. Aunque la postura y crítica hacia Hart, es que siempre los positivistas ejercen discreción en sentido fuerte.

y/u obligaciones a las partes sin estar antes reconocidos en la ley. Lo cual es inconcebible en un estado democrático. Lo anterior debido a que los jueces no son legisladores y no les corresponde crear derecho sino descubrirlo.

En un Estado democrático la tesis de la discrecionalidad que pretenden los positivistas al describir lo que los jueces hacen al resolver casos difíciles, violarían principios que un Estado de derecho debe tener. Tal es el caso de la irretroactividad de la ley. Al aplicar ley retroactivamente, se viola con ello el principio de certeza jurídica, ya que a los individuos que acuden ante los tribunales a solucionar sus controversias jurídicas estarían adquiriendo derechos creados *ex post facto* e imponiendo deberes aun no preexistentes al momento de iniciar los litigios<sup>175</sup>.

Esta misma tesis de la discreción judicial, lleva a Dworkin a considerar lo siguiente. En todo estado democrático existe una separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). Cada poder tiene ciertas facultades dentro del aparato estatal, y en el caso que nos compete, el poder Legislativo crea o deroga reglas mediante cierto procedimiento, y el juez se encarga de aplicarlas en casos concretos. Si la tesis de la discreción es correcta violaría el principio de separación de poderes indispensable dentro de un estado democrático. Para nuestro autor, esta idea es insostenible, ya que como se mencionó, el juez no es legislador, *i.e.* su función es descubrir y no crear derecho<sup>176</sup>.

Es notorio que para Dworkin la teoría de la discrecionalidad judicial no explica lo que los jueces hacen al resolver los casos, ya que en dicha teoría estos no siempre aplican derecho, en ocasiones lo crean. Él considera que el positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan existir antes de ser creados por la legislación, *i.e.* sólo considera derechos a aquellos que fueron creados con base en decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita<sup>177</sup>; es por ello que los argumentos del autor en comento, tratan

---

<sup>175</sup> DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, trad. Javier Esquivel, Cuadernos de Crítica no. 14, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1981. pp. 10-11

<sup>176</sup> *Idem.*

<sup>177</sup> En este sentido dice Dworkin que es importante que los “derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo, de modo tal que se los haga cumplir *cuando así lo requieran los ciudadanos* a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares, en la medida en que sea posible.” [*sic*], sin embargo, dentro de la teoría que propugna Dworkin, aunque la ley es un elemento importante para dirimir qué derechos tienen las partes, los

de mostrar cómo los individuos pueden tener derechos legales en los casos difíciles<sup>178</sup> aun en aquellos que no existan dichos derechos creados mediante un procedimiento preestablecido, como la legislación.

Para demostrar lo anterior, nuestro autor expone su tesis de los derechos. Esta tesis consiste en que “*las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en los casos difíciles [...] característicamente son y deberían ser generadas por principios y no por políticas*”<sup>179</sup>; i.e. las decisiones judiciales no deben basarse en argumentos políticos, sino en argumentos por principios. Bien, los argumentos por principios son aquellos que se utilizan en las decisiones judiciales respeta o asegura algún derecho individual o de grupo, en cambio, los argumentos políticos son aquellos que favorecen o protegen alguna meta colectiva de la comunidad en su conjunto<sup>180</sup>.

Esta distinción que hace Dworkin entre principios y políticas nos lleva a la distinción entre derechos y fines, misma que tienen una gran relevancia dentro de la tesis de los derechos. Nuestro autor prosigue su análisis de su teoría: los argumentos por principios son con base en derechos, establecen derechos, los argumentos de políticas establecen fines colectivos. Ambos, derechos y fines, son objetivos políticos que se orientan a conservar un cierto estado de cosas aunque los primeros son individualizados y los segundos no individualizados.

Podría parecer que la diferencia entre derechos y fines es meramente cuantitativa, sin embargo, tienen una diferencia cualitativa. Fines y derechos son absolutos o relativos. Estas características hacen referencia al peso de ambos. Un principio puede tener mayor peso (absoluto en cuanto pueda resistir la competencia de otros principios de caso en caso) o menor que otro (cuando no soporte la competencia). Los fines al igual que los derechos pueden ser relativos o absolutos; sin embargo, un derecho debe tener mayor peso que un fin, i.e. ningún objetivo político puede ser llamado derecho a menos que tenga

---

derechos morales también lo son. Véase DWORKIN, Ronald, *Una Cuestión de principios*, op. cit., pp. 28, 29 y 34.

<sup>178</sup> *Idem*, *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 37-39. Véase *infra* pp. 75-77, donde se toca el tema de los derechos en serio.

<sup>179</sup> *Idem*, *Casos difíciles*, op. cit., p. 10.

<sup>180</sup> *Idem*, *Casos difíciles*, op. cit., pp. 7, 10. Asimismo, *cfr.* con DWORKIN, Ronald, *Una Cuestión de principios*, op. cit., pp. 25-27.



cierto peso frente a los objetivos colectivos en general<sup>181</sup>, aunque esta posibilidad no quita que en casos de urgencia puedan ser derrotados<sup>182</sup>.

En este sentido, prosigue Dworkin, los argumentos basados en principios les competen a los jueces, y los argumentos basados en directrices políticas, le compete al poder legislativo (o el órgano que cree las reglas de derecho).

Quedó asentado que los jueces aplican derecho por medio de argumentos de principios, más no por políticas o fines. Cuando las partes acuden en litigio ante un juez, éste descubre los derechos previos que tienen las partes, mas no los crean. Esos derechos que se descubren deben ser concretos, institucionales y jurídicos. Para Dworkin es de suma importancia los rasgos antes señalados. Por ello lo lleva a decir lo siguiente:

Cualquier teoría adecuada distinguirá, por ejemplo, entre derechos morales generales, que son los derechos que proporcionan una justificación para las decisiones políticas de una sociedad en abstracto, y los derechos institucionales, que proporcionan una justificación para las decisiones de alguna institución política determinada específicamente<sup>183</sup>.

Analicemos el párrafo antes citado. Un derecho concreto es cuando se define con precisión el peso que tiene ante otros derechos y otros fines. Contrarios a estos están los derechos abstractos, cuyo peso no se encuentra definido en la solución de conflictos. Los derechos abstractos no toman en cuenta otros derecho (y otros fines) con los que pueda competir, los derechos concretos, en cambio, sí los toma en cuenta. Al respecto, añade Cruz Parceró, cuanto más concreto es el alcance de un principio con más verisimilitud puede decirse que es absoluto, y si bien es cierto que para la tesis de los derechos los

---

<sup>181</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999, pp. 233-235.

<sup>182</sup> Un ejemplo de lo anterior dentro del sistema jurídico mexicano podría ser el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece lo siguiente: En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto [...] podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona.

<sup>183</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 24. Sin embargo, no hay que olvidar que los derechos morales generales dentro de la teoría de Dworkin, tienen cierta importancia, como se verá más adelante.

derechos abstractos proporcionan argumentos a favor de los derechos concretos<sup>184</sup>, para Dworkin al decidir los casos difíciles los jueces deben resolver con base en derechos concretos<sup>185</sup>.

Asimismo, los derechos deben ser institucionales<sup>186</sup>. Esta característica determina que no se pueda apelar al resolver los casos a la moralidad política general, las instituciones están formadas por reglas constitutivas y regulativas que hacen que exista una cierta autonomía institucional con respecto de la moral general. En este respecto, es obvio que para Dworkin no toda moral forma parte del derecho<sup>187</sup>, porque esta autonomía evita que cualquier moral (derecho moral general o abstracto) sea aplicada al resolver los litigios; *i.e.* la autonomía institucional aísla el deber institucional de un funcionario de la mayor parte de la moral política general. En este mismo sentido Cruz Parceró pone el siguiente ejemplo: un juez sureño, antes de la guerra en los Estados Unidos, pudo haber creído que los esclavos tenían un derecho moral a ser libres; pero como juez tienen el deber *institucional* de aplicar el derecho *institucional*<sup>188</sup>.

Finalmente, la tesis de los derechos debe aplicar derechos jurídicos; que se encuentren contenidos en la Constitución, Leyes y reglas del *common law*.

Se dijo que un juez Herbert actuará de forma discrecional en casos difíciles, ahora veamos como actuará un juez Hércules en un caso de este tipo. Éste no seguirá las teorías de la decisión judicial (que Dworkin denomina clásicas), en las que un juez Herbert sigue las leyes y precedentes hasta sus límites de determinación, para después actuar por cuenta propia<sup>189</sup> en las que tendrá que legislar reglas nuevas; para Dworkin tanto los principios como las reglas son parte del derecho, ambos ayudan al juez a descubrir el derecho (no a inventarlo como la teoría de la discreción judicial supone) adjudicando los derechos que tienen las partes.

---

<sup>184</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 239.

<sup>185</sup> *Cfr.* DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 24-36

<sup>186</sup> *Cfr. Ibidem*, pp. 36-43

<sup>187</sup> Sólo la moral implícita en la Constitución, leyes y *common law*, cuando determina la actuación de los jueces.

<sup>188</sup> CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *op. cit.* pp. 235-236.

<sup>189</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 62

La tesis de Dworkin abarca coherentemente a los principios que están implícitos o que son presupuestos por el derecho explícito, y por ello se requiere un juez dotado de una habilidad y erudición sobrehumana. La teoría de la adjudicación de Dworkin es una construcción de un esquema de principios abstractos y concretos que identifica la moralidad convencional presupuesta en la Constitución, las leyes y los precedentes<sup>190</sup>.

Para la tesis de los derechos un principio es coherente cuando los funcionarios, por medio de argumentos de principios justifican la aplicación de ese principio dentro de una teoría política, siempre y cuando se puedan justificar decisiones pasadas y las futuras en los distintos niveles normativos. Por lo anterior dice Dworkin, rechaza las decisiones aisladas que aunque parecen correctas tomadas solitariamente, no pueden justificarse ni integrarse dentro de un marco de principios y políticas generales, ya que la tesis de los derechos exige una coherencia articulada en la aplicación de los derechos políticos<sup>191</sup>.

Hércules tendrá que realizar una teoría constitucional tomando en cuenta que la Constitución establece un esquema político general que es justo y que por razones de equidad, debe ser considerado permanente dentro de un Estado. Debe tenerse en cuenta que quienes redactaron dicha Constitución plasmaron ciertos principios mediante el acto de su creación, *v. gr.* la justicia, la libertad (de expresión, de conciencia, etc.). Cuando un juez tenga de resolver un caso difícil, deberá remitirse al conjunto de las demás reglas constitucionales y práctica jurisdiccional con el objetivo formular una teoría jurídica que encaje dentro de ese marco constitucional<sup>192</sup>.

En lo que respecta a las leyes y los precedentes, hay que tener en cuenta que tienen ciertos propósitos y principios subyacentes que deben tomarse en cuenta al desarrollar una teoría sobre los derechos de las partes, mismos que el juez no debe hacer a un lado; por ello dice nuestro autor que si los jueces

---

<sup>190</sup> VIGO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 301.

<sup>191</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 45.

aceptan ciertas prácticas establecidas en un sistema tienen que aceptar alguna teoría política que justifica dichas prácticas<sup>193</sup>.

Para el caso de las leyes, el asunto es similar. Debe realizar una teoría que justifique su obligatoriedad, por ello debe recurrir a su teoría constitucional en la que dentro de un régimen político democrático, una legislatura electa por las mayorías es el órgano apropiado para determinar qué conductas son permitidas o prohibidas, si una ley es promulgada así, entonces encaja dentro de su teoría constitucional<sup>194</sup>. Bien, al determinar qué derechos tienen las partes en las leyes, deben justificarse no buscando la intención de los redactores de la ley, *i.e.* de un hipotético estado mental de los legisladores<sup>195</sup>, sino el propósito que tienen esa ley.

Cuando una ley es establecida por una legislatura, son plasmados ciertos principios en ella, un juez que deba aplicar la ley no debe aplicar ningún principio que haya sido rechazado por la ley, por ello se le debe negar una función dentro de la decisión judicial, por ello, sin un derecho moral abstracto no es coherente con la ley no debe ser aplicado<sup>196</sup>.

El precedente es algo más complejo. Dice Dworkin, los precedentes no contienen una forma canónica de las obligaciones y derechos de las partes, sin embargo, tienen una fuerza gravitacional que ejerce sobre otros casos similares debido a los principios que subyacen en ellos. Por ello el precedente se basa en el principio de equidad (tratar a los casos iguales de la misma forma). Bien, la fuerza gravitacional de un precedente debe limitarse a los argumentos por principios y no de políticas<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 43-44.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 47-50

<sup>195</sup> Véase DWORKIN, *Una Cuestión de principios*, *op. cit.*, pp. 53-102, en donde Dworkin expone con mayor detalle el rechazo a las teorías intencionistas de la ley.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 34-35.

<sup>197</sup> DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, *op. cit.*, p. 55. supóngase que en un precedente P1 se determina que A tienen derecho al pago de daños y perjuicios por una acción X, en otro precedente P2, con hechos similares, B tienen ese mismo derecho. Si la decisión de un precedente se genera por argumentos políticos supondría lo siguiente: se puede otorgar una concesión a A, para explotar las vías de comunicación, pero no otorgárselo a B, porque con ello sería benéfico para el país.

Por ello cuando los jueces deciden los juicios respecto de los derechos políticos de las partes, no se oponen [las decisiones nuevas] con las del pasado, sino que las reflejan<sup>198</sup>, ya que el juez debe tomar en cuenta todos aquellos precedentes que hayan sido dictados por tribunales pasados en casos semejantes, ya que los principios impuestos en casos anteriores tienen un valor inicial *prima facie* para los casos futuros, porque presupone que el Gobierno establece un derecho X a ciertas personas que se encuentran en situaciones similares.

En definitiva, Hércules se apoya en los principios morales que sustentan las leyes e instituciones de la comunidad, en las propias prácticas y decisiones judiciales. Para Rodolfo Vigo, la teoría de Dworkin permite reconocer en términos coherentes y de moralidad, el derecho explícito e implícito que rige y debe regir a una comunidad, posibilitando una respuesta correcta que objetivamente se merece el caso<sup>199</sup>. Esta respuesta correcta se emite con los materiales jurídicos existentes –negando al juez la actividad creadora de derecho que supone la teoría de la discrecionalidad judicial- salvando de la invasión de funciones legislativas y judiciales que supone un estado democrático, así como la falta de certeza del derecho al aplicar las reglas retroactivamente<sup>200</sup>.

Para Dworkin los jueces deben justificar sus decisiones: dentro del régimen de gobierno constitucional, de la interpretación de la ley y de la fuerza gravitacional de los precedentes, aunque no estén explícitamente mencionados

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 14-15, 60 y ss. Siempre deben tomarse los demás precedentes en cuenta a la hora de resolver los casos, *v.gr.* si un precedente Pn establece un derecho X, y en varios precedentes anteriores [P1, P2, P3...] semejantes a Pn, se establece un derecho Y, entonces la conducta del tribunal que determinó un derecho X, es inconsistente con el derecho Y establecido en P1, P2, P3..., lo cual sería incoherente en la tesis de los derechos de Dworkin.

<sup>199</sup> VIGO, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 304-307. Para este autor, la tesis de los derechos que sostiene la posibilidad de descubrir esa única respuesta correcta, basada en el reconocimiento de derechos individuales preexistentes, tiene su viabilidad en poder probar la existencia de los derechos. Sin embargo, puede darse el caso de que diferentes jueces lleguen a conclusiones diferentes de los derechos que tienen las partes. Esto se debe a que desarrollarán una teoría constitucional en la que se requieren juicios de diferente índole a los de carácter institucional (morales y políticos) que hará inevitable que los jueces lleguen a conclusiones diferentes dentro de su justificación de niveles inferiores, como la ley y el precedente, *Cfr.* con DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 61-62. En este sentido, la teoría de la respuesta correcta seguirá manteniéndose debido a que, aunque partan de teorías constitucionales diferentes, la respuesta deberá ser coherente con todo el material jurídico con que cuenta cada juez, y en este sentido, será la correcta dentro de dicha teoría.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 302.

en ellos ciertos derechos, sí están subyacentes, por ello es que un juez Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que proporciona una justificación coherente tanto vertical para todos los niveles normativos (constitución, las leyes y los precedentes), como horizontal (leyes-leyes, precedentes-precedentes)<sup>201</sup>. En este sentido dice Rodolfo Vigo, la tesis de los derechos investiga e invoca no sólo los principios aludidos en las reglas particulares, sino que su esfuerzo de adecuación y justificación moral exige remontarse hasta los principios presupuestos por todo el ordenamiento jurídico<sup>202</sup>.

Una vez expuestas las críticas de Dworkin a la teoría de la discreción judicial, pasamos al estudio del deber en el pensamiento de este autor, la cual nos mostrará una de las debilidades de la teoría de Hart, que a mi consideración, es crucial dentro de su teoría del Derecho.

### **c) Teoría del deber.**

El tercer dogma de los positivistas que se refiere a la existencia de las obligaciones jurídicas queda desfigurada al no contemplar los principios. Los positivistas consideran que el juez al resolver un caso aplican una regla que contiene un obligación por el hecho de caer bajo el supuesto que aquella establece, sin embargo, en los casos difíciles al no existir una regla determinada se aplica una obligación *ex post facto*, no así la confirmación de una regla existente<sup>203</sup>, razón que iría en contra de la certeza jurídica.

No obstante lo anterior, si se abandona la idea de que el derecho únicamente se compone de normas, y se acepta que los principios son parte del derecho, dice Dworkin, planteamos la posibilidad de que una obligación pueda ser impuesta tanto por un principio como por reglas<sup>204</sup>. Como se pudo observar en lo antes dicho, los jueces cuando deciden casos lo hacen no sólo con base en normas jurídicas sino también en principios según Dworkin. Para éste la teoría de la obligación que tienen origen en una regla social, tal como

---

<sup>201</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 61.

<sup>202</sup> VIGO, Rodolfo, *op. cit.*, p. 302.

<sup>203</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.* p. 100.

<sup>204</sup> *Idem.*

Hart la concibió en su obra *El concepto de derecho*, es insuficiente para explicar la existencia de deberes.

La regla de reconocimiento es puesta a prueba por Dworkin, ya que ve en el derecho algo más que reglas, debido a que se encuentra integrado, además, por principios y directrices políticas. Es por ello que evalúa si dicha regla maestra sirve para identificar los principios que ya se vio que operan en asuntos jurídicos. En Hart, la regla de reconocimiento no identifica las normas morales como normas jurídicas, ya que hizo una separación conceptual entre las normas jurídicas y las morales. En este sentido, Dworkin se da cuenta que hay casos en los que son aplicables principios [morales] que son ya parte del derecho, y que una regla de reconocimiento no ayuda a dar cuenta de ellos dentro de un sistema; los principios [morales] y las directrices políticas no se dejan derivar por la regla de reconocimiento como parte del sistema<sup>205</sup>.

Partamos de la base de la teoría de la *regla social*. Según Dworkin, para Hart, una regla es obligatoria por dos razones: a) o bien porque un grupo de personas en una comunidad, mediante la práctica, acepta [la regla] como norma de conducta, y la reconocen como razón o justificación de su propio comportamiento y como crítica para las desviaciones de dicha práctica; o bien, b) porque es promulgada de conformidad con una regla secundaria que estipula que las normas así creadas son obligatorias, diciendo que son válidas. Las reglas son obligatorias porque son aceptadas o porque son válidas<sup>206</sup>.

En este sentido al no ser la regla de reconocimiento válida, por no satisfacer los requisitos estipulados por otra regla superior, es la única regla del sistema que cuya fuerza obligatoria se debe a su aceptación de los jueces y otros funcionarios; por lo que debe configurarse el aspecto fáctico de toda regla social. En palabras de Dworkin:

Hay deberes cuando existen reglas sociales que establecen tales deberes. Existen reglas sociales cuando están reunidas las condiciones que caracterizan una práctica de la que e pueden extraer aquellas reglas.

Dichas condiciones están reunidas cuando los miembros de una

---

<sup>205</sup>ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.* p. 368.

<sup>206</sup>DWORKIN, Ronald, *op. cit.* pp. 69-70.

comunidad se comportan de cierta manera; esta conducta constituye una regla social e impone deberes.<sup>207</sup>

De lo anterior debe notarse que para Dworkin la teoría del deber de Hart es una cuestión de meros hechos, que consiste en la existencia de una práctica social que imponga los derechos y deberes.

Asimismo, otra forma de imponer deberes se debe a que una regla satisfaga los criterios contenidos en una regla maestra. Este punto anterior, nos lleva a una cuestión de suma importancia en la estructura de las críticas de Dworkin. Al hacer notar las diferentes formas en las que surgen deberes, Dworkin se da cuenta que no siempre un deber es impuesto por una regla social. Por lo que lleva a concluir a Dworkin que, las normas que son enunciadas en los casos *Riggs* y *Henningsen* por vez primera deben su fuerza en parte por principios y no exclusivamente a normas identificadas por la regla de reconocimiento<sup>208</sup>.

Para Dworkin existen obligaciones que surgen por su forma de creación, y obligaciones que surgen por su fuerza moral vinculante, pero que sin embargo, no surgen de reglas sociales. Veamos un ejemplo del que se vale Dworkin para ejemplificar o anterior.

Las reglas del *common law* en ocasiones son modificadas por lo tribunales aun en casos que han sido constantemente confirmados por los jueces. Lo anterior, dice Robert Alexy genera una objeción a la teoría jurídica basada únicamente en principios, la cual denomina *objeción competencial*. Ésta “*expresa el temor de que la teoría de los principios conduzca a un inadmisibles desplazamiento de poder desde el parlamento a los tribunales [de justicia]*”<sup>209</sup>, sin embargo, debe tenerse en cuenta otros estándares que son principios *procedimentales* como el de la supremacía legislativa que pide a los jueces el respeto a los actos legislativos cuyo peso es mayor a otros principios, cuestión que se debe a cuestiones competenciales y políticas en cuanto a la división de poderes.

---

<sup>207</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.* p. 35, asimismo, véase DWORKIN, Ronald, *op. cit.* pp. 100, 106.

<sup>208</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* pp. 97-99.

<sup>209</sup> ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa editorial, 2ª edición, Barcelona, 2004, pp. 169-170.



Entonces, quien quiera cambiar una norma del *common law* debe tener en cuenta que dichos cambios deben favorecer a algún principio, aunque no todo principio debe importar más que una regla, si no, no tendríamos certeza ya que ninguna norma estaría a salvo y por ende sería obligatoria<sup>210</sup>. De no serlo así, todas las normas serían modificadas libremente. En este sentido una regla es obligatoria ya que cuenta con el apoyo de principios que el tribunal no es libre de ignorar y que pesan más que otros principios que abogan por el cambio<sup>211</sup>. De lo anterior, se desprende que para Dworkin los principios desempeñan un papel importante en la decisión de los jueces, y con ello, dentro del derecho (cuestión que quedó demostrada párrafos atrás), y por ende, al no ser capaz la regla de reconocimiento de dar cuenta de todo lo que es derecho, se vienen a bajo dicha regla como identificadora de derecho.

De todo lo antes dicho se desprende que las obligaciones no pueden venir sólo de reglas sociales como las afirmaba Hart. Como dice Dworkin, éstas no están en la regla social, ésta no es la fuente del deber que el juez cree tener<sup>212</sup>. El *common law*, que es modificado por los jueces en diversos casos, es prueba de que la teoría de la regla social no es fuente de obligaciones porque hay deberes que provienen de principios.

Dworkin se encuentra ante esta postura, hay deberes que no surgen de una regla social sino de una regla normativa, pero, ¿qué entiende Dworkin por estas reglas? Para que exista una regla social deben existir ciertas situaciones fácticas, y para que una regla normativa debe darse una situación normativa, es decir, que en realidad exista un deber<sup>213</sup>. En resumen, las reglas normativas no necesitan de la existencia de una práctica social, ni de su aceptación para imponer deberes, en cambio, la regla social describe derechos y deberes que de hechos son aceptados.

Dentro de esta teoría, asimismo, Dworkin hace una distinción entre regla social en sentido fuerte y en sentido débil. La primera versión sostiene que cada vez que se afirma un deber, ha de entenderse que presupone la

---

<sup>210</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 91.

<sup>211</sup> *Ibidem*, pp. 91-92.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>213</sup> MONTERO, Alberto, *op. cit.* p. 152. Asimismo, DWORKIN, Ronald, *op. cit.* pp. 107-108.

existencia de una regla social y quiere decir que él acepta la práctica que la norma describe. La segunda, sostiene que quien afirme un deber hay que entender que presupone una norma social que estipula dicho deber, es decir, que podría afirmar un deber que en realidad no depende de la existencia de una regla social<sup>214</sup>, es decir de la práctica social.

Para Dworkin la regla social en sentido fuerte, como la entendía Hart no es la fuente de la obligación, porque hay ocasiones en los que no existe dicha regla social, como en los casos difíciles<sup>215</sup>, ¿qué pasa con las reglas que son enunciadas en los casos *Riggs* y *Henningsen* por vez primera<sup>216</sup>? Por ello nuestro autor dice que ésta no puede ser el fundamento de un deber porque los positivistas no realizan la distinción entre moral concurrente y moral convencional. La primera se da cuando los miembros de una comunidad afirman una misma regla o semejante, pero que tal coincidencia no es definitoria, y en la segunda, dicha coincidencia es definitoria<sup>217</sup>.

Al hacer dicha distinción pone de manifiesto que la teoría de la regla social depende únicamente de su aceptación convencional, y por ende aplicable a la moral convencional, y no es operante en los casos de la moral concurrente como el caso del vegetariano que, si bien no existe una práctica social, puede afirmar un deber moral en el sentido de no como carne debido a que esta mal matar en cualquier circunstancia.

Este problema puede trasladarse al ámbito de la obligación que tienen los jueces al aplicar cierta regla de reconocimiento. Tal y como describe Hart dicha regla, se debe tener en cuenta que su teoría apela a la moral convencional, sin embargo, dice Dworkin, hay casos en los que los jueces le atribuyen mérito independiente a ciertos estándares sin que otros jueces los acepten<sup>218</sup>, como en el caso de Elmer. Esto es obvio un caso de moral concurrente, que si bien

---

<sup>214</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 109.

<sup>215</sup> *Idem.*

<sup>216</sup> En el ejemplo de las reglas del *Common Law*, si bien es cierto está fundamentado en el principio de la supremacía legislativa sobre aquel, también lo es que en este caso sí existe una práctica social en ese sentido. Dworkin tomó el ejemplo, de que al fin de cuentas se pueden remitir (en la mayoría de los casos) a principios subyacentes a las reglas, o a algunas instituciones sociales.

<sup>217</sup> MONTERO, Alberto, *op. cit.* p. 152, asimismo, véase DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 111.

<sup>218</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 111.

pueden coincidir otros jueces en aplicar, es sólo por el hecho de que también le asignaron el mismo mérito.

Por lo anterior, es fácil observar a dónde nos lleva la argumentación de Dworkin. La insistencia por parte de este último en caracterizar la tesis de Hart como basada en prácticas sociales, lleva a concluir lo siguiente. La regla de reconocimiento se apoya eminentemente en la teoría de la regla social, y al demostrarse, a juicio de Dworkin, que no siempre una regla social impone deberes (o mejor dicho, ninguno dentro de la teoría integradora de Dworkin), sino por reglas normativas, puede el juez no tener ningún deber de aplicar ciertos estándares al no existir dicha regla social, lo anterior, dice Dworkin, socaba la tesis de Hart de que una regla de reconocimiento contiene siempre una regla social que establece qué es reconocido y aplicado por ellos<sup>219</sup>.

Por otra parte, teniendo como base la teoría de la regla social aplicable sólo a la moral convencional, surge otro problema. En cuanto al alcance del deber. Pueden existir personas que al preguntarles sobre la regla apelarán a una regla social con contenido muy distinto, la regla puede ser controvertida al no determinar el alcance preciso del deber. En este sentido cuando surgen desacuerdos sobre el contenido, alcance y límites de una regla social (como lo es la regla de reconocimiento) no existe una verdadera regla social que pueda imponer obligaciones, por lo que los jueces deben aplicar otros estándares<sup>220</sup>.

Supongamos que existe una práctica social en el sentido de que los varones deben tener descubierta la cabeza en la iglesia. Como toda regla social existe una práctica social en este sentido, pero Dworkin nos diría, si se le pregunta a cada persona que nos diga la norma que siguen, (por ejemplo, qué sucede si se les pregunta si dicha regla contempla o no a los niños con gorrito), ¿qué responderían? Dworkin cree que varios podrían discrepar sobre su alcance, unos dirían que sí abarca a los niños dicha regla y otros, por el contrario, dirían que no. Lo anterior supondría que no todos apelan a la misma regla, incluso habrá quien no lo haga. Entonces, ¿en realidad existe una obligación?

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 116, 122 y 123.

<sup>220</sup> BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. Un estado de la cuestión, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 16.

Por lo anterior, dice Dworkin, la teoría de la regla social fracasa porque insiste en que la práctica social debe tener el mismo contenido que la norma que enuncian los miembros en su nombre; en el caso concreto de los jueces que aplican la regla de reconocimiento. En este sentido los jueces ya no tienen el deber de aplicar la regla de reconocimiento, sino se habla de lo que deberían hacer<sup>221</sup>. Esto sucede porque nuestro autor lleva al extremo la moral convencional, concluyendo que los deberes no deben ser en un principio discutibles, de ser así (de no saber cuál es el deber del juez), el juez no debe tener deber alguno, sólo se habla de lo que se debe hacer<sup>222</sup>.

Ante esta incertidumbre, nuestro autor concluye que un deber no puede ser originado por una regla social, sino en una regla normativa. En esta última la práctica social justifica a la regla normativa y puede tener el mismo contenido que esta última; puede ampliarla o restringirla, y sin embargo, seguir existiendo ese deber. Dice Dworkin al respecto, el juicio normativo supone una práctica social la cual ayuda a justificar una regla normativa que el juicio enuncia, sin embargo, no es la práctica la que constituye el deber que el juicio normativo enuncia<sup>223</sup>.

Al caso concreto, el tema del presente trabajo, que es el de la regla de reconocimiento, si aplicamos las críticas a la teoría de la regla social anteriormente dichas, significa que una práctica coincidente de los funcionarios y jueces que aplican el derecho no tendría la capacidad de fundamentar por sí misma la obligación de observar dicha práctica<sup>224</sup>.

Asimismo, por no ser generadora del deber de los jueces de aplicar dicha regla, existe un desacuerdo en cuanto al alcance e la regla social, se dice que no existe tal deber, por lo que para solucionar un debate respecto de un deber,

---

<sup>221</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 124. Véase también pp. 104-106, en el que Dworkin hace una distinción entre los juicios que se hacen de *tener deber* y *lo que se debe hacer*. Dice que La ley no enuncia lo que los jueces o ciudadanos deben hacer, sino lo que tienen el deber de hacer. En el caso de los jueces y funcionarios las leyes no aconsejan sobre las decisiones que deben tomar, prevé que éstos tienen el deber de reconocer e imponer ciertas reglas y que cuando el juez no tenga tal deber, simplemente se habla de lo que los jueces deben hacer, (lo que en términos de Hart es la llamada Discreción judicial, cuando tienen que decidir casos cuando no existe reglas que prevean ese asunto).

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 124

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>224</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.* p. 273.

se debe acudir al denominado argumento moral<sup>225</sup>; es decir, acudir a argumentaciones relacionadas sobre la posición moral de una posición sobre la otra<sup>226</sup>, y en este caso la regla de reconocimiento como la plantea Hart, deja de ser una regla social.

En este sentido concluye Dworkin si una teoría del derecho ha de proporcionar una base para el deber judicial, entonces los principios que enuncia deben de tratar de justificar las reglas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que fundamentan realmente las reglas<sup>227</sup>, por lo que la regla de reconocimiento de Hart, como regla social, al no imponer deberes judiciales, es errónea. Faltando con ello sobre si la conducta se encuentra o no regulada por la regla que se pretenda aplicar<sup>228</sup>.

Por lo anterior la crítica dworkiniana radica, en resumen, en que sólo las reglas normativas, basado en un cierto *estado de cosas normativas*, puede justificar la existencia de cualquier tipo de deberes. Esta función no puede cumplirla una regla social que sólo toma en cuenta cierto *estado de cosas fáctico*<sup>229</sup>. Los deberes radican en derechos previos a los derechos institucionalizados, aunque recordando, deben estar institucionalizados. Asimismo, al no poder dar cuenta la regla de reconocimiento de todos los estándares que operan en el razonamiento judicial, falla en su postulado fundamental, en tanto que reconoce todo lo que es derecho, y distingue los deberes jurídicos de otros deberes (como los morales y políticos).

#### **d) Los derechos en serio.**

Se ha esbozado que el derecho no puede ser visto como sólo un conjunto de reglas, junto a ellas operan los principios [morales]. Se mencionó en el párrafo que antecede, que Dworkin considera que existen derechos que son previos a los derechos institucionalizados, contrario a lo que creían los positivistas. Ahora, ¿qué derechos existen antes de ser otorgados por el Estado?

---

<sup>225</sup> BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *op. cit.* p. 16.

<sup>226</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 129

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *op. cit.* p. 274.

<sup>229</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.* p. 36.

En pensamiento político contemporáneo se han dado un conjunto de teorías que tratan de fundamentar los derechos políticos de los ciudadanos con base en una teoría contractual, es decir, un contrato social como origen de una sociedad políticamente organizada. Nuestro autor toma como base la distinción entre tres diferentes tipos de fundamentación política que se valen de un contrato como origen de una teoría política. Una basada en objetivos, otra en derechos y otra basada en deberes<sup>230</sup>. Para Dworkin una teoría del contrato social, está basada en derechos, y no en objetivos o deberes, ya que las teorías basadas en derechos se preocupa por la independencia del individuo y toma en cuenta el valor del pensamiento y de la acción individual.

En este sentido, para Dworkin el mejor programa político es el que considere la protección de ciertas opciones individuales, que no deben subordinarse a ningún deber u objetivo o combinación entrambos, por lo que debe entenderse que al no ser impuestos por vía legislativa (institucional) o por la costumbre social, son estos derechos el fundamento para juzgar reglas creadas por la legislación o la costumbre<sup>231</sup>.

Ya se mencionó como se explicaría una teoría política basada en un contrato social. Esto lleva a la pregunta de cuáles son los derechos naturales de los que habla nuestro autor norteamericano. Este derecho debe ser un derecho abstracto, el cual consiste en que todos los hombres y mujeres tienen igualdad consideración y respeto, prosigue Dworkin, este derecho lo poseen las personas por ser seres humanos con la capacidad de hacer planes y administrar justicia; por ser personas morales, y esta cualidad hace que los hombres sean capaces de contratar<sup>232</sup>. Por ello dice nuestro autor:

El gobierno debe trata a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llega a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con

---

<sup>230</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 261.

<sup>231</sup> *Ibidem*, pp. 267-268.

<sup>232</sup> *Ibidem*, pp. 272-274.

ellas. El Gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto<sup>233</sup>.

En este sentido, la libertad no podría operar como derecho básico para fundamentar la teoría del contrato social, ya que si bien es cierto, los individuos tienen la libertad de contratar, y el interés de contratar para proteger dichas libertades en la sociedad política, también lo es que los individuos deben tener igualdad en consideración y respeto al momento de realizar el contrato, *i.e.* que tengan igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas.

Este derecho de ser tratado con igual consideración y respeto, es a lo que Dworkin denominaría un derecho moral. Estos derechos morales los podemos hacer valer en contra del gobierno, porque son previos a la constitución de éste, en este sentido cuando se tienen un derecho de este tipo, tiene a la vez el derecho de infringir la ley toda vez que la ley invade los derechos de los individuos que tienen en contra del Gobierno. En este mismo sentido dice Cruz Parceró, que los derechos morales, o derechos en sentido fuerte, que se tienen contra el gobierno es que su existencia implica que el Gobierno no los puede negar<sup>234</sup>.

Pero podría decirse que un derecho es restringido o debilitado por el bien común (por obtener el mayor beneficio para los el mayor número de miembros de una sociedad) de modo tal que un individuo pierde su derecho moral<sup>235</sup>. Si seguimos todo lo antes dicho sobre el pensamiento de Dworkin, veremos que no se puede vulnerar esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática de imponer su voluntad sobre cierta minoría. Sólo se justificaría una limitación de un derecho si, y sólo si, cree el Gobierno, de forma plausible que un derecho concurrente es más importante que el otro al que se va a limitar<sup>236</sup>, por lo que un derecho siempre debe sobrevivir ante leyes que son

---

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 388, 399 y s.

<sup>234</sup> *Cfr.* CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *op. cit.* pp. 238 y 243.

<sup>235</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* pp. 384-385. Sin embargo, hay que tener presente que no todos los derechos jurídicos son derechos morales frente al gobierno ya que debe considerarse que en ocasiones se tienen razones para invalidar un derecho sólo cuando se tenga que proteger los derechos de otras personas. Asimismo, *cfr.* CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *op. cit.* p. 245.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 288.

contrarias y que defienden un interés común aún cuando con ello no se beneficie el interés general<sup>237</sup>.

Siguiendo lo antes dicho, debe decirse que un Gobierno que se toma los derechos en serio debe tomar en cuenta la idea de la dignidad humana, que identifica a un individuo como miembro de la comunidad humana; y el de la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una sociedad tienen derecho a que se les considere por su Gobierno con la misma consideración y respeto<sup>238</sup>. De lo anterior, puede desprenderse que tomarse los derechos en serio es que se reconozcan los derechos individuales por encima de los derechos colectivos, darles prioridad, por ello si un Gobierno no se toma los derechos en serio, tampoco se estará tomando con seriedad el Derecho.<sup>239</sup>

En lo que va del presente capítulo hemos realizado un estudio de las principales críticas que hiciera Dworkin a la teoría de Hart, en lo sucesivo, analizaremos la respuesta que el profesor británico diera las críticas antes aludidas, mismas que se encuentran, principalmente, en el *Postscriptum a El concepto de derecho*.

## II. Defensa de la teoría hartiana.

Como pudo hacerse patente en el apartado anterior, Ronald Dworkin emprendió una crítica en contra del positivismo defendido por Hart, poniendo a prueba las tesis sostenidas por éste; asimismo, dichas críticas son la base de su teoría del derecho como integridad. En este apartado, se mencionará la defensa que Hart hizo de su obra, la cual se encuentra en varios trabajos, en especial de su *Postscriptum*<sup>240</sup> al *Concepto de derecho*. Este texto tiene una

---

<sup>237</sup> Cruz Parceró en este sentido pone el siguiente ejemplo: un niño negro tiene derecho moral a recibir igual educación, aun cuando la comunidad sufra por ello. Véase, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *op. cit.* p. 238.

<sup>238</sup> DWORKIN, Ronald, *op. cit.* p. 295.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>240</sup> Existen dos traducciones al español. HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope A. Bulloch y Joseph Raz, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000; y HART, H. L. A., *Postscriptum*, trad. Juan Manuel Pombo Abondano, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin.*, con Estudio preliminar de César Rodríguez, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 2002. En este trabajo seguiremos la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, sin embargo, se citarán entre paréntesis la versión de Juan Manuel Pombo Abondano.



defensa de los postulados de sus principales tesis de forma sistemática, por ello, se tomará como base de su defensa<sup>241</sup>.

Como ya quedó asentado, las principales críticas de Dworkin fueron sobre 1) la existencia de otros estándares distintos de las reglas, y cuyo contenido es netamente moral es decir la relación necesaria entre derecho y moral; 2) la tesis de la discreción judicial no explica lo que realmente los jueces hacen al resolver los casos difíciles, y 3) la teoría de la regla social de Hart (teoría práctica de las reglas) no justifica la obligación de los jueces al aceptar y aplicar la regla de reconocimiento en tanto que regla social.

Bajo esta tesitura, todas estas objeciones se analizarán teniendo en mira la teoría de la regla de reconocimiento, ya que le atañen todas estas críticas. Después de describir y analizar la defensa de Hart a los puntos antes mencionados. Primero analizaremos la respuesta que Hart da a la primer crítica de Dworkin, es decir, que el derecho no sólo está compuesto por reglas, sino también por principios con un contenido moral.

#### **a) Reglas y principios.**

Muchas de las críticas de Dworkin tienen como punto de partida el hecho de que la postura positivista de Hart es omisa al considerar los principios jurídicos como una especie de estándares de conducta de suma importancia dentro de la actividad jurisdiccional. Estos principios tienen un carácter eminentemente moral, y además, no son inidentificables por medio de una regla de reconocimiento, tal y como lo pretende Hart. Bien, este último, acepta que fue omiso al hablar profundamente de los principios, sin embargo, sí los tomó en cuenta al describir su teoría. Por ejemplo, en su *Postscriptum*, Hart reconoce

---

<sup>241</sup> Además de este trabajo se consideraron el artículo HART, H. L. A., *El derecho desde la perspectiva de la Filosofía: 1776*, en [https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Frevista%2Fpdf%2FDerechoComparado%2F33%2Fart%2Fart2.pdf&ei=wf9jVePDDMWWsAXyrlCYBQ&usq=AFQjCNEV\\_AsITEK4m6-LLHvCbibNi5XX4A&sig2=9vKpzIMNNK4WrcujauOi6A](https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Frevista%2Fpdf%2FDerechoComparado%2F33%2Fart%2Fart2.pdf&ei=wf9jVePDDMWWsAXyrlCYBQ&usq=AFQjCNEV_AsITEK4m6-LLHvCbibNi5XX4A&sig2=9vKpzIMNNK4WrcujauOi6A), (31 de julio de 2015), HART, H. L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, en <http://jmcharles.blogia.com/2011/030201-el-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.-herbert-l.a.-hart.php>, (31 de julio de 2015) y De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *Entrevista a H. L. A. Hart*, en <http://hdl.handle.net/10045/10893>, (4 de agosto de 2015).

que los principios tienen un papel importante dentro del derecho. De ahí que su positivismo sea conocido como *positivismo suave*<sup>242</sup>.

Pero vamos por pasos. Hart en el capítulo VII, *Formalismo y escepticismo ante las reglas*<sup>243</sup>, de *El concepto de derecho*, menciona que no siempre es posible predecir por anticipado todas las acciones humanas que deben ser reguladas por el derecho, porque resulta difícil el identificar todas las clases de acciones específicas que deben ser realizadas u omitidas para ser convertidas en una regla (general) simple. Por lo anterior, las conductas deben regularse por *estándares variables*, por lo que las personas a quienes se dirigen los estándares deben adecuarse a dicha conducta antes de que hayan sido definidos de manera oficial por un tribunal, pudiendo ser que se enteren *ex post facto* de su violación<sup>244</sup>.

Tal es el caso del estándar del *debido cuidado*. Nos dice Hart, en los casos de culpa o negligencia debido a la inmensa cantidad de casos a los que podemos aplicar dicho *estándar variable* no podemos prever “[...] *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño.”<sup>245</sup>

En este sentido parecería que existe una confusión en la interpretación de Dworkin a la obra de Hart, ya que como dice acertadamente Carrió, el hecho de que para Hart el derecho sea un conjunto de reglas (primarias y secundarias), no sólo se incluyen estándares (o reglas) específicas como la de *la velocidad máxima es de 80 k/h*, sino que también se incluyen reglas (estándares) generales, en sentido amplio, como el de *Nadie puede beneficiarse de su*

---

<sup>242</sup> HART, H. L. A., *Post scriptum...*, *op. cit.*, p. 26 (106).

<sup>243</sup> HART, H. L. A., *El Concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 162-166.

<sup>244</sup> Dworkin podría argumentar que en su teoría del derecho el aplicar *ex post facto* dichos estándares sería injusto, sin embargo, hay que recordar que cuando Elmer asesinó a su abuelo tenía en mente que no existía un estándar no concluyente (en terminología de Dworkin) en el sentido de que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”, sólo tenía presente que a la muerte de su abuelo el sería heredero tal y como lo establecía el testamento. Por lo que entonces, tal y como afirma acertadamente Hart, dicho principio (o estándar variable, en terminología de Hart) fue aplicado una vez que se había violado dicho precepto.

<sup>245</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 165.

*propio delito o el de debido cuidado*. Ambas pueden adolecer de la textura abierta, en tanto que reglas<sup>246</sup> (específicas o generales).

En este sentido, ambos autores coinciden en la existencia de varios estándares de conducta: reglas y principios (estándares variables). No obstante, el desacuerdo se mantiene en que para Dworkin existe una diferencia substancial y para Hart no. A criterio de Hart, los principios se distinguen de las reglas en dos rasgos: 1) una cuestión de grado; son más generales y amplios que las reglas, y 2) se refieren a propósitos, valores que merecen ser mantenidos o adherirse a ellos, por ello, dice Hart, contribuyen a la justificación de las reglas. Del primer punto se desprende que las reglas se aplican en los casos concretos de manera *todo o nada*, una regla válida es concluyente cuando se configuran todos los supuestos que establece. En cambio los principios tienen un carácter no concluyente, sólo determinan el sentido de una decisión, más no la imponen<sup>247</sup>.

El hecho de ser los principios no concluyentes, hace que éstos tengan una dimensión de peso y no de validez como las reglas. El peso de los principios para Dworkin, como vimos anteriormente, consiste en que sean aplicados unos en vez de otros en el caso concreto, sin que los que no sean aplicados para un caso dejen de operar dentro del sistema, siendo aplicables en otros asuntos donde tendrán más peso. Las reglas en cambio, son válidas o no, se aplican o no.

Hart, para refutar la tesis de Dworkin, se vale de los propios ejemplos que este último utilizó para ejemplificar la dimensión de peso de los principios. Dworkin citó el caso *Elmer*<sup>248</sup>, que *grosso modo* dice, en el Estado de Nueva York, en 1882, éste fue instituido como heredero por parte de su abuelo para que a su muerte heredara toda su fortuna. Si Elmer moría antes que el abuelo entonces heredarían sus hijas. Al contraer matrimonio su abuelo, Elmer sospechaba que cambiaría el testamento y que ya no le dejaría nada. Por ello fue que mato a su abuelo, por cuyo delito fue sentenciado a 10 años de prisión.

---

<sup>246</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.*, pp. 37-38.

<sup>247</sup> HART, H. L. A., *Post scriptum...*, *op. cit.*, pp. 39-40 (119-120).

<sup>248</sup> DWORKIN, Ronald, *Imperio de la justicia*, 2ª ed., trad. Claudia Ferrari, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012, pp. 26-27.

El principio subyacente a dicho asunto fue el de que *nadie puede beneficiarse de su propio delito*, no obstante de que existía una regla que, con un lenguaje claro, establecía que se debía dar la herencia al homicida (por ser él a quien por derecho le correspondía). Sin embargo, los tribunales decidieron negarle dicho derecho debido a que el heredero fue quien asesinó al *de cujus*<sup>249</sup>, no aplicando la regla que era válida y aplicable al caso concreto, una vez que ya se habían configurado todos los supuestos que ésta (la ley o el reglamento) establecía.

Del ejemplo anterior, Hart observa que existe un conflicto entre reglas y principios en el cual, en esta ocasión, el segundo venció sobre el primero, pero este hecho, continua Hart, no significa que le dé sustento a la teoría dworkiniana de la distinción tan tajante que marca entre reglas y principios, sino al contrario, dicho caso muestra que las reglas no tienen un carácter todo o nada como lo sugiere Dworkin, toda vez de que son susceptibles de entrar en conflicto con los principios y pueden ser vencidas<sup>250</sup>.

Dicho lo anterior, en el caso que cita Dworkin, una regla aun siendo clara en redacción y configurados todos y cada uno de los supuestos que establece, no es aplicable al caso concreto. Esto no quiere decir, a criterio de Hart, que la regla sea inválida (cosa que Dworkin afirma sucederá cuando entran en conflictos dos reglas o un principio y una regla y ésta es vencida), simplemente en este caso no es aplicable, sigue siendo válida y subsiste para ser aplicable en otro caso cuando tenga mayor peso que otra regla o un principio. Por lo anterior, es que para Hart la diferencia entre reglas y principios no es sustancial como pretende Dworkin, sino que es sólo una cuestión de grado.

En este mismo sentido se manifiesta Carrió. Es falso que una regla sea aplicada de manera todo o nada como lo sugiere Dworkin. Por lo que no es

---

<sup>249</sup> Usando el concepto en la tradición del derecho civil.

<sup>250</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 41-42 (121-122). A esto podría argumentar Dworkin que sólo es un conflicto entre principios (el principio y, el o los principios que subyacen a la regla), sin embargo, cabría preguntarnos si en todo conflicto entre principio y reglas podrá trasladarse a un conflicto entre principios en el sentido antes indicado, suponiendo con ello que de nada sirven las reglas que regulan de forma más específica las conductas si siempre debemos basarnos en última instancia en principios, es decir, valdría lo mismo si hay reglas que regulen por ejemplo el homicidio, si se cuenta siempre con principios generales (respeto por la vida humana) y abstractos de donde se puedan resolver los casos, y aplicar con ello siempre estándares generales, sin que se especifique por ejemplo, las excepciones.

raro que una decisión se funde en el peso de una regla, concluyendo con ello que no es exclusivo de los estándares no concluyentes, como el de *Nadie puede beneficiarse de su propio delito*, la dimensión de peso<sup>251</sup>.

Bien, en el capítulo 3 de *Los derecho en serio, El modelo de las normas II*, Dworkin menciona que Hart en ningún momento define el término regla de forma restringida, sino que su concepto podría incluir tanto reglas (estrictamente hablando) como principios en términos dworkinianos<sup>252</sup>. Asimismo, dice Dworkin, al poner en tela de juicio la teoría de Hart como un sistema de reglas, no ha sido nunca su pretensión cambiarla por un sistema constituido por reglas y principios<sup>253</sup>, antes bien, el desacuerdo con Hart está en la insistencia del positivismo en que las reglas jurídicas se pueden distinguir de las morales y políticas por medio de una regla maestra<sup>254</sup>.

Lo dicho en el párrafo precedente tiene gran relevancia para fijar bien el conflicto entre Hart y Dworkin, que por lo menos se observa en todas sus críticas contra el positivismo de este último. Dice Shapiro, el debate entre estos dos autores gira en torno a uno de las mayores cuestiones más profundas de la filosofía del derecho: la relación entre legalidad y la moralidad. Determinar, como sugiere Dworkin, que en última instancia la legalidad depende de cuestiones morales<sup>255</sup>.

Lo anterior es por lo siguiente, según Dworkin una de las diferencias entre reglas y principios, es que el contenido de los segundos es eminentemente moral, a diferencia de los primeros que tienen una estructura formal, es decir, sólo deben su razón de ser en el derecho por su forma de creación y de recepción dentro de un orden jurídico, es decir, su fuente social.

Al considerar lo anterior supone Dworkin que, a) un principio no puede ser descubierto por medio de una regla de reconocimiento como la propone Hart, es decir por su *pedigrí*, ya que como se dijo en los párrafos anteriores, los

---

<sup>251</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.* pp. 38-39.

<sup>252</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio, op. cit.*, p. 118.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 470.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>255</sup> SHAPIRO, Scott J., "El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos", trad., Mariano C. Melero de la Torre, en Mariano C. Melero de la Torre (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Tirant lo Blanche editorial, México, 2012, (pp. 143-194), p. 147.

principios únicamente se identifican por una interpretación constructiva; y, b) la regla de reconocimiento sólo provee criterios de *pedigrí*<sup>256</sup>. Para Hart, esto es erróneo. Veamos qué dice Hart al respecto.

Dworkin ignora que muchos principios deben su *status* no a su contenido, sino a su *pedigrí*. Dice Hart, “[...] algunos principios jurídicos [...] son identificados como derecho por la prueba de “pedigrí”, que han sido consistentemente invocado por los tribunales en series de casos diferentes proporcionando razones para la decisión [...]”<sup>257</sup>, es decir, que se recurre a los principios que ya fueron aplicados en casos concretos en el *common law*, siendo identificados por esas resoluciones.

Sobre este punto, diría Dworkin, que si bien es cierto existe prueba de la juridicidad de los principios por medio de su institucionalización, también lo es que existen casos en los que se aplican por primera vez y en los que no existe una regla social que los respalde. Sin embargo, nótese que los principios son aplicables por disposición del mismo sistema jurídico que así lo establece, y que a fin de cuentas, conduce a su aceptabilidad a una fuente social para su juridicidad, y no por tener contenido moral *per se*. Por lo anterior, no se debe abandonar la tesis de la regla de reconocimiento como criterio de identificación tanto de reglas como de principios. En este orden de ideas, es consistente la teoría de la identificación de los principios por medio de su *pedigrí* y la tesis de la regla de reconocimiento.

Lo antes mencionado podría no convencer a muchos juristas que no comparten las tesis positivistas, sin embargo, más adelante nos dice Hart que se puede realizar una conclusión aún más fuerte, a decir, una regla de reconocimiento es necesaria si se deben de identificar los principios conforme al criterio de interpretación integral que sugiere Dworkin<sup>258</sup>.

Dicho lo anterior, para Hart, el hecho de que se tenga que realizar un trabajo de interpretación que integre todo el derecho existente de un

---

<sup>256</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 44 (125).

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 45 (125).

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 46 (127). Este supuesto, que a criterio personal es de suma importancia, se refiere a la construcción de los jueces de la mejor teoría del derecho del material jurídico disponible en un ordenamiento jurídico como teoría de la adjudicación de Dworkin, ya que es usado para replicar a este autor.

determinado ordenamiento jurídico para reconocer al principio que mejor se adapte al ordenamiento, tal y como lo sugiere Dworkin, debe de realizarse una labor de identificación de un área específica del derecho para saber qué principio encaja mejor en el ordenamiento. Incluso Dworkin está consciente de que algunos derechos morales deben de estar reconocidos en el derecho positivo para no aplicar unos que sean contradictorios dentro del sistema, lo cual sugiere que no todo derecho moral es un derecho jurídico.

Por ejemplo, Dworkin en *Una cuestión de principios*, señala que hay dos formas de interpretar el Estado de Derecho<sup>259</sup>, una concepción centrada en el cumplimiento del reglamento y otra centrada en los derechos. La primera sugiere que sólo se debe ejercer el poder del Estado contra los ciudadanos cuando exista un reglamento que así lo establezca, sin importar su contenido. La segunda supone que existen derechos morales y políticos que, si bien son anteriores al reconocimiento del Estado, deben estar reconocidos en el derecho positivo de modo que los ciudadanos los hagan valer cuando así lo requieran a través de los tribunales. Dworkin adopta la segunda y aunque es más ambiciosa, también es más susceptible a las críticas filosóficas debido al problema que plantea el reconocimiento de cuáles son esos derechos morales que son anteriores a los derechos establecidos por el Estado<sup>260</sup>.

En este sentido, continua Hart, dicho acto de integración supone una identificación del derecho positivo y la aplicación de una regla de reconocimiento que establezca las fuentes del derecho y las relaciones de supra subordinación entre éstas. Por lo que, con esta explicación deja claro que aun dentro de la teoría de Dworkin, se necesita que sea reconocido el derecho para integrar los principios que se aplicarán a los casos concretos<sup>261</sup>.

Lo anterior muestra, a juicio de Hart, que queda demostrado que los principios no sólo pueden ser identificados mediante una interpretación constructiva e integradora del todo el derecho explícito e implícito en el ordenamiento jurídico, sino que también se puede identificar con base en su

---

<sup>259</sup> *Rule of law.*

<sup>260</sup> DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, *op. cit.* pp. 28-30.

<sup>261</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 46 (127)

*pedigrí*, al reconocer todo el derecho explícito y creado por fuentes sociales del que se deducirán principios subyacentes.

Asimismo, para Dworkin la regla de reconocimiento de Hart no puede identificar los principios por no atender a su contenido, sino sólo a su forma de creación e identificación. Pues bien, para Hart una regla de reconocimiento puede contemplar criterios sustanciales para identificar al derecho, cosa que Dworkin no observó en su teoría, por lo que su teoría no puede ser un positivismo de meros hechos.

Hart le responde a Dworkin diciendo que su teoría no responde únicamente a hechos históricos como criterios de identificación del derecho, su positivismo no se vale únicamente del *pedigrí* para identificar al derecho. Tal afirmación se base en el hecho de que en su obra, *El concepto de derecho*, y su artículo, *Positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, explícitamente menciona que se pueden incorporar, además de criterios de *pedigrí*, principios de justicia o valores morales sustantivos, y éstos podrían constituir los límites jurídicos constitucionales<sup>262</sup>. Bien, que se contemplen dichos criterios ha hecho que la doctrina de Hart sea denominada como *positivismo suave*. Lo anterior no quiere decir que comparta la idea de Dworkin en el sentido de que al reconocer a la moral como otorgando criterios de identificación jurídica, que tenga que existir una relación necesaria entre derecho y moral, sirviendo ésta como evaluación y justificación de las reglas jurídicas.

#### ***b) Discreción judicial.***

En este punto dentro de la teoría hartiana, se aceptado la inclusión de estándares morales en determinados casos, y como se ha mencionado, una regla de reconocimiento puede contener criterios morales como parte de la identificación jurídica (siempre que se considere dicho elemento como criterio de identificación), en cuyo caso, el derecho puede ser identificado sólo con

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 22 (102).



base en sus fuentes<sup>263</sup>. Pero, ¿qué sucede con el ideal de certeza cuando se usan criterios morales, que además son controvertibles?

Para Ronald Dworkin lo anterior no es un problema, su tesis es integradora, donde no existen vacíos legales, ya que siempre existe un derecho implícito dentro del derecho explícito, y que le corresponde a un juez Hércules integrar todo el derecho existente para que se adecue lo mejor posible la resolución de un caso concreto con el ordenamiento jurídico. En la teoría de Hart en cambio, un juez Herbert debe resolver un caso concreto, debe considerar el derecho como indeterminado e incompleto.

Hart, al proponer que los jueces ejercen su discreción judicial, tiene en mente que sí se tiene una facultad jurídica creadora otorgada a los jueces, sin embargo, es diferente a la que tienen las legislaturas, por el hecho de que los primeros sólo pueden ejercerla en casos concretos, además de que está limitado por el propio derecho, por ello dice Hart, en casos difíciles y al ejercer dicha discreción, el juez crea derecho y aplica derecho establecido al existir dichos límites<sup>264</sup>. Al ejercer dicha discreción judicial parecería que la tesis de la regla de reconocimiento, en tanto que soluciona el problema de falta de certeza en los órdenes primitivos, falla en su postulado básico, trayendo como consecuencia que, así al menos parecería en casos difíciles, no existe certeza en la regulación de las conductas.

Hay que tener presente que Hart contemplo desde un principio que una regla nunca da una certeza absoluta por valerse de términos generales en su redacción, a esto lo llamó *textura abierta* de las reglas. Esta textura abierta aplica cuando existe regla (en sentido amplio y en sentido estricto) de derecho pero con contenido indeterminado, sin embargo, hay casos en los que no existe regla alguna que determine un resultado.

Ante este problema de incompletitud, dentro de la teoría de Dworkin es donde resalta más la operatividad de los principios jurídicos con su carácter moral y justificativo de los derechos jurídicos. Para Hart en cambio, aún en

---

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 51 (131).

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 56 (136-137). Asimismo, HART, H. L. A., *El derecho desde la perspectiva de la filosofía...*, *op. cit.*, p. 323, y en HART, H. L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico. op. cit.*

estos casos cuando se tenga que aplicar criterios morales, como los principios, se ejerce la discreción judicial jurídico-creadora. Al introducir los criterios morales al resolver los casos no regulados por el derecho, parecería que se atenta nuevamente contra la tesis de la certeza jurídica que pretende una regla de reconocimiento al identificar los estándares de conducta de un ordenamiento jurídico, restándole con ello fuerza a esta tesis.

Sin embargo, nos dice Hart, aunque se ha confiado en la presunción de que todas las conductas humanas están reguladas por el derecho, existen casos difíciles donde el derecho los ha regulado de forma incompleta, y no hay un estado conocido de un derecho claramente establecido<sup>265</sup>. Por lo que suponemos que, si bien es cierto que no se tiene un grado de certeza absoluto al incluir pautas morales<sup>266</sup>, así como por tener reglas con un lenguaje general, también lo es que no nos regula un ordenamiento donde no se sabe las consecuencias jurídicas de nuestras acciones en ningún caso, sólo si se quisiera tener una regla de reconocimiento que otorgue un grado de certeza supremo y dominante dentro de un ordenamiento jurídico, dice Hart, entonces sí podría existir una inconsistencia entre una teoría positivista que contemple criterios morales (positivismo suave) y la tesis de la discreción judicial e incluso de la regla de reconocimiento<sup>267</sup>.

En este mismo sentido nos dice Waluchow, al sugerirse una conexión entre derecho y moral, aunque sea contingente, podría parecer que la regla de reconocimiento, al incluir criterios morales como criterios de validez jurídica, no comete su objetivo de otorgar certeza en cuanto a saber de antemano las consecuencias de nuestras acciones. Pero, al igual que Hart, Waluchow por medio de su argumento de la función responde a este respecto.

Waluchow está consciente que dentro de la teoría de Hart la certeza jurídica no es un valor absoluto que deba ser alcanzado a toda costa. El profesor de Oxford está consciente que las reglas al tener textura abierta se

---

<sup>265</sup> HART, H. L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico. op. cit.*

<sup>266</sup> LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 213.

<sup>267</sup> HART, H. L. A., *Post scriptum, op. cit.*, pp. 27-28 (107-108).

dejan casos sin una guía cierta sobre todos y cada uno de los casos que se someten ante los tribunales.

Aquí, sostienen Waluchow, Dworkin parece contrastar radicalmente la certeza que otorga una regla que trata de establecer todos los supuestos de aplicación y el grado de incertidumbre que los principios morales, que son controvertibles, pueden otorgar<sup>268</sup>. Sin embargo, una regla, que Dworkin denomina todo o nada, es tan indeterminada que su aplicación requiere de la consideración de otros elementos, y un principio puede, a veces, dar respuesta fáciles a los asuntos en que es aplicable.

Por ello, al existir un grado de incompletitud dentro del derecho, no se atenta contra la tesis de la regla de reconocimiento, en tanto que da certeza de las consecuencias de nuestras acciones, por lo menos de la gran mayoría de ellas, y se adecúa a la postura de Hart en lo que respecta a la actividad de los jueces.

Ahora bien, en casos difíciles pueden existir dos o más principios implícitos en leyes, normas constitucionales y en precedentes, de los cuales tengan una igual atracción gravitacional que otro principio contrario que podrían ser aplicables al mismo caso concreto, presentándose, con ello, un conflicto entre estos<sup>269</sup>.

De lo anterior se sigue que el juez tendrá que hacer una elección entre ambos principios, confiando en lo que cree que es mejor: [...] *No importa*, [dice Hart], *para cualquier propósito práctico, si al decidir así los casos el juez se encuentra creando derecho de conformidad con la moralidad [...] o, alternativamente, guiado por su juicio moral como si un derecho previamente existente hubiera sido revelado por una prueba moral para la [determinación] del derecho*”, ya que siempre que el derecho requiera aplicar estándares morales se otorga con ello a los tribunales discreción judicial<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> WALUCHOW, Wilfrid, *Positivismo Jurídico Incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 200.

<sup>269</sup> HART, H. L. A., *El derecho desde la perspectiva de la filosofía*, op. cit., p. 327.

<sup>270</sup> *Idem*, *Post scriptum*, op. cit., p. 3 (111-112).

Para nuestro autor, la única forma de eliminar por completo la discreción judicial sería solamente si se tuviera una lista o catálogo de principios en el que se establezca su relación jerárquica de los principios, cosa que no podría suceder debido a que adquieren cierto grado de relevancia con referencia a los casos concretos<sup>271</sup>.

Tomando las críticas de Dworkin respecto de la identificación de los principios por una regla de reconocimiento, para él resulta imposible hacerlo con tal regla, ahora bien, ¿qué haría suponer que si una regla creada por actos humanos no es capaz de identificar todos los principios jurídicos, sí podría hacerlo un juez al construir una teoría que mejor justifique dicho principio dentro de un cúmulo de reglas que gozan de textura abierta, asignándole un lugar y peso relativo dentro de su teoría al mejor principio? Es verdad que sólo un juez Hércules puede hacerlo, siendo sólo un ideal de actuación judicial. Por otro lado, suponiendo que pueda darse que se encuentren todos los principios operantes y ordenarlos conforme a su peso concreto, un juez podría diferir de la teoría de otro juez, echando por la borda la objetividad de la moral operante dentro de todo sistema jurídico.

Esta teoría de la objetividad de los juicios morales dentro del derecho es de gran relevancia para la postura de Dworkin. Lo anterior se debe a que, dentro de su teoría, los derechos legales son, en parte, una subespecie de los derechos morales. Él calificó como derechos naturales a aquellos que tienen las personas y que son anteriores a cualquier orden jurídico. Tal es el caso del derecho a la igual consideración y respeto<sup>272</sup>. Este derecho anterior es, o debe ser, la guía en la actuación de los tribunales al decidir los casos difíciles. De la formulación de su teoría se desprende que un derecho moral no debe aplicarse sólo en un determinado ordenamiento jurídico, sino que pretende ser una guía general al decidir los casos concretos en general. Por lo que, reiterando, en un ordenamiento jurídico que se aprecie de serlo, debe aplicar el método dworkiniano de adjudicación, tal como Hércules lo haría.

---

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 59 (139). Asimismo en HART, H. L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico*. *op. cit.*

<sup>272</sup> HART, H. L. A. *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, *op. cit.* Cfr. con DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, *op. cit.* p. 28 y ss.

Bien, Hart nos dice al respecto, un juez con una obligación de aplicar el método hercúleo, cumplirá su deber sólo si así lo hace, desobedecerá en el caso contrario. Pero el hecho de que un juez deba aplicar dicho método y aplicar con ello criterios morales al resolver casos concretos, se debe a que una regla de reconocimiento establece, dentro de sus criterios de identificación jurídica en casos concretos difíciles, que se utilice el método hercúleo, concluyendo con ello que en última instancia se puede recurrir a una fuente social<sup>273</sup>.

Tan es así que el hecho de que se aplique un método como el de Hércules reafirmando la conexión conceptual y necesaria del derecho y la moral, como lo sugiere Dworkin, lleva a Hart a afirmar que en los órdenes jurídicos perversos en los que los principios subyacentes son moralmente igual de perversos que el derecho explícito, llevaría a aplicar en casos difíciles los principios malvados<sup>274</sup>. Pero, ¿qué no se supone que dentro de la teoría de Dworkin sólo operan principios moralmente aceptables (y objetivos)?

Para resolver dicha cuestión, como menciona Genaro Carrió<sup>275</sup>, Dworkin al responder las críticas realizadas por Greenawalt y Richards, llegó a afirmar que puede existir derecho moralmente malvado, en cuyo caso no deberían aplicarse los principios subyacentes, desprendiéndose de ello que no existe obligación moral alguna de aplicación de tales principios y por ende el método de Hércules<sup>276</sup>, pero sí de aplicar principios que no sean malvados.

A esto podría argumentarse que se puede hacer una distinción entre la teoría de la adjudicación que permite descubrir y dimensionar la inmoralidad objetiva del derecho positivo, por un lado, y por el otro, el problema moral en el que se encuentra el juez al tener que optar entre las exigencias de las morales

---

<sup>273</sup> *Ibidem*.

<sup>274</sup> *Ibidem*.

<sup>275</sup> Véase, CARRIÓ, Genaro, *op. cit.* pp. 23-33. En lo que hace al argumento de Greenawalt, *vid. Ibidem*, p. 28, y la respuesta de Dworkin en, DWOKIN, Ronald, *Los derecho en serio*, *op. cit.* pp. 150-151. Donde dice que en ciertos casos el derecho institucional claramente establecido entra en conflicto con los derechos morales básicos. Asimismo, véase la cita del argumento de Richards en CARRIÓ, Genaro, *op. cit.*, p. 28, y los argumentos de Dworkin en DWOKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 468. En el que menciona que el derecho no siempre es moralmente bueno, ni lo que es moralmente bueno es siempre derecho, ni siquiera en los casos difíciles.

<sup>276</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*

a las legales. El anterior planteamiento nos lleva a un problema profesional del juez ante el derecho injusto y al reconocimiento de una moral objetiva para poder realizar juicios evaluativos del derecho, y saber si se tienen la obligación moral de aplicar el derecho inicuo<sup>277</sup>.

Sin embargo, al parecer Dworkin lleva hasta el extremo la defensa de la objetividad de los derechos que llama naturales y la conexión de la moral con el derecho, al defender que los jueces en casos de principios malvados no deben aplicarlos, renunciando con ello al método de aplicación del jurídica de la tesis de los derechos que dice que en los casos difíciles, aun en los de orden civil, los jueces siempre aplican el derecho implícito (aunque no explícito) recurriendo a principios subyacentes en las disposiciones jurídicas. Por lo que el método de Hércules en la decisión de casos concretos no es atribuible a todos los órdenes jurídicos, como teoría general de lo que hacen los jueces, sino únicamente a un orden particular<sup>278</sup> y sobre su justificación de cómo deben actuar los jueces.

Ahora bien, para Hart es de hecho controvertible que pueda existir una moral objetiva, sin embargo, (suponiendo sin conceder que haya una relación conceptual entre derecho y moral) es consciente de que de ser así al resolver un caso difícil un juez estaría descubriendo derecho implícito dentro del sistema jurídico; y en caso contrario, sólo se estaría haciendo uso de su discreción judicial y no descubriendo una moral componente del derecho<sup>279</sup>.

En este orden de ideas, si la moral es parte del derecho, la forma en que se solucionan los casos difíciles será aceptada de una manera objetiva, y que por lo tanto, existe la objetividad de la moral en un sentido en el cual la moralidad responde a cualquier tipo de caso jurídico tal y como tiene que ser de acuerdo a esa objetividad. Por lo anterior se tendría que aceptar que, por ejemplo, el derecho responde a que, o las mujeres tienen derecho a abortar siempre y en todo momento o no. Lo cierto es que no se puede saber eso y

---

<sup>277</sup> VIGO, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 320-323.

<sup>278</sup> La teoría de Dworkin –las tesis de los derechos- es una teoría particular que describe la regla de reconocimiento de aquellos sistemas jurídicos en los que existe una práctica efectiva convencional por parte de los jueces de decidir cuestiones jurídicas con base en criterios morales (objetivos). Véase, LEITER, Brian, *op. cit.*, pp. 219-220. Asimismo, agregando, justifica su propia realidad jurídica particular.

<sup>279</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*

que la objetividad de la moral es, por lo menos, incognoscible. Esto afecta la cognoscibilidad de las decisiones en las cuestiones jurídicas.

Un positivista como Hart parte de la diferencia del discurso prescriptivo moral frente al discurso prescriptivo legal, y argumenta que el discurso prescriptivo legal tiene que evadir la aceptación de que el derecho es también moral, pero afirmar la introducción de la moral en las decisiones que el discurso prescriptivo normativo no puede impedir.

Es necesario recalcar que esta forma de sostener un positivismo no es contradictoria puesto que niega que el derecho sea moral, pero tampoco es ignorante, puesto que acepta que es un hecho que en casos de decisión relacionados con la afirmación o negación de los derechos de las personas, como el abortista, el homosexual que se quiere casar, el adoptante homosexual, el científico clonador, etc., la moral juega un papel fundamental. De esta manera, se puede argumentar que los principios en el derecho son utilizados pero no que los principios pueden concebirse como derecho, este positivista sigue sosteniendo que el derecho no está conformado por principios morales<sup>280</sup>.

### **c) Teoría del deber.**

Hasta este momento se ha dicho poco sobre el carácter de la regla de reconocimiento en tanto que regla social. Cabe recordar que para Dworkin la regla de reconocimiento de Hart no da cuenta de la obligación de los jueces de aplicar las reglas de derecho, ya que sólo se habla de lo que los jueces deben hacer, mas no de lo que tienen el deber de hacer. Por otra parte, critica fuertemente el hecho de que al ser una regla convencional puede existir un desacuerdo sobre el alcance de dicha regla<sup>281</sup>.

Profundizando en lo anterior, para Dworkin un regla social, tal y como la describe Hart, sólo impone deberes si se cumplen las condiciones prácticas de

---

<sup>280</sup> El contenido de estos dos últimos párrafos, se debe a una observación que me hiciera Francisco Martínez Herrera, respecto de la diferencia entre moral y derecho que hace posible que en algunos casos se admitan ciertas conductas y en otras no, como el caso del aborto, que en el Distrito Federal es admisible su realización dentro de las 12 semanas de gestación, y en otros Estados del país, es punible en cualquier momento del embarazo.

<sup>281</sup> Véase, *infra* pp. 67-74.

su existencia más su aceptación, sin embargo, como bien notó Dworkin, ¿qué sucede en los casos en los que no existe una práctica social y que sin embargo contienen criterios normativos –imponiendo deberes- a sus destinatarios?

Dworkin al refutar la tesis de la regla de reconocimiento como regla social distinguió dos versiones de la teoría práctica de las reglas, una se basa en la existencia de una regla social y en el de una regla normativa. El primero es el enunciado de un sociólogo que se justifica si existe la situación fáctica que la regla enuncia, y la segunda se justifica si existe cierta situación normativa, es decir, existe en realidad el deber que supone tener<sup>282</sup>.

Este estado de cosas sugiere que existe una justificación moral para poder explicar la normatividad de las reglas, ya que en todo caso, no existirá acuerdo en el alcance de la regla si sólo se atiende a la práctica que supone una regla social. Hart reconoce que existen casos a los que su teoría práctica de las reglas no es aplicable –siguiendo la terminología de Dworkin, sólo para los casos de reglas convencionales-, sólo a reglas primarias. Existe, además de reglas primarias, el caso de la moral concurrente y reglas que son válidas por cubrir los requisitos que establece una regla de reconocimiento, y en los cuales no se aplica la teoría práctica de las reglas, debido a que no existe una práctica previa para ser aceptadas ni apoyadas por quienes ejercen la presión social en caso de desvío<sup>283</sup>.

Lo que a Hart le interesa es resolver, desde una perspectiva moralmente neutra, esta deficiencia de su teoría de las obligaciones en el derecho. A una regla promulgada no le basta una presión social ni la conformidad hacia la regla, además debe existir una aceptación de que las reglas son respuestas legítimas a las desviaciones, otorgándole con ello el componente legal y

---

<sup>282</sup> En este caso coincido con Hart de que la expresión *cierto estado normativo* es ambiguo, sin embargo, puede desprenderse de la teoría de Dworkin que, dicho estado sólo existe si existe un juicio moral que justifique dicha regla. *Vid.* HART, H. L. A., *Post scriptum...*, *op. cit.*, pp. 34-35 (114-115).

<sup>283</sup> Véase, HART, H. L. A., *Post scriptum...*, *op. cit.*, pp. 33-34 (113-114), y De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *Entrevista a H. L. A. Hart*, *op. cit.*, p. 343, 345. Hart aclara que las reglas promulgadas no están apoyadas en una presión social, sino que se apoyan en reglas que permiten a funcionarios responder a la desviación por medio del ejercicio de medidas coactivas para asegurar dicha conformidad. Por otra parte, Dworkin no hace objeción a las reglas válidas por cumplir los requisitos de una regla maestra, por lo menos así parece de la argumentación que el mismo hace.



normativo de las reglas jurídicas<sup>284</sup>. En este sentido se necesita que la teoría práctica de las reglas baje sus pretensiones a una teoría más débil, es decir, que las condiciones de existencia de algunas obligaciones se debe a una práctica social convencionalmente aceptadas por sus miembros, otras que son válidas por el cumplimiento de los requisitos de una regla de reconocimiento<sup>285</sup>.

Nótese que, aunque se acepta que la teoría práctica de las reglas como fue originalmente expuesta, no explica todas las obligaciones, ésta sigue aplicándose a la regla de reconocimiento, ya que al describirla se percata un teórico del derecho que los jueces (y demás funcionarios) aplican sus criterios para determinar cuáles son las reglas del sistema, describiendo con ello una práctica convencional de hecho<sup>286</sup>.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que Hart acepte un concepto justificativo del derecho, no comparte la idea de Dworkin de que sólo existen los deberes siempre y cuando exista una justificación moral para hacer lo que la regla establece, debido a que la considera una tesis muy fuerte sobre la justificación del mismo; sea el hecho de suponer que siempre se obedezca el derecho por criterios morales, o, sea el simple hecho de que se pretenda que se obedezca el derecho por la creencia de que existen fundamentos morales, por lo que Hart, no ve por qué razón se tenga que aceptar únicamente la justificación moral para obedecer el derecho, dentro de las varias razones que existen para justificar la normatividad del derecho<sup>287</sup>.

Finalmente, a la crítica realizada respecto al contenido sobre la reglas de reconocimiento, su controvertibilidad respecto de su alcance. Cabe recordar que Dworkin la describió de forma tal que la pretensión de la regla de reconocimiento fuera determinar por completo los resultados jurídicos a cualquier cuestión que se le pusiera en frente, o al menos parece ser la

---

<sup>284</sup> Véase, De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *op. cit.*, p. 344; asimismo, BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *op. cit.*, p. 89.

<sup>285</sup> LEITER, Brian, *op. cit.*, p 215.

<sup>286</sup> *Cfr.* HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 33 (113-114).

<sup>287</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 35-36 (115-116). Nótese que aquí Hart es descriptivo al considerar varias razones para suponer la obediencia al derecho, dentro de las que destaca la moralidad, no optando por una de ellas que justifica la obligatoriedad del mismo. Véase asimismo, *Ibidem*, *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 42, 44.

descripción de ella que se desprende de su capítulo 3 de *Los Derechos en serio, El modelo de las normas II*.

Pues para Hart, es un error esta caracterización de Dworkin respecto de la regla de reconocimiento. En ningún momento fue su intención que ésta tuviera una respuesta para todo caso que se presente, y menos aún, por meras cuestiones fácticas, ya que también contempla cuestiones sustanciales. Su objetivo principal fue, en principio, el de establecer los criterios de validez jurídica, es decir, todas aquellas características que una norma debe tener para ser considerada como obligatoria y perteneciente a un determinado sistema jurídico.

De lo anterior se sigue, que los jueces que deban resolver un caso, deben voltear a ver los criterios allí contenidos y determinar si el estándar de conducta es considerada jurídica o no. Estos rasgos ayudan a determinar qué es derecho y qué no lo es, ya que no toda regla, por moralmente correcta que sea puede ser derecho, sólo si los criterios determina que ciertos principios de la moral pueden ser condición de validez. Esto nos lleva nuevamente a que no sólo contienen una regla sí criterios fácticos, sino sustantivos también. Sin embargo, el hecho de que se incorporen criterios morales para resolver casos controvertidos, no nos da la seguridad de que ya no habrá desacuerdo, ya que en sí son controvertibles al carecer de objetividad<sup>288</sup>.

Una vez analizadas las críticas de Dworkin a la teoría que Hart presentara en *El concepto e derecho*, y las respuestas que este último dió en su *Postscriptum*, pasaremos a una versión del positivismo jurídico que se ha considerado reconciliadora de ambas teorías antes descritas, a decir, la de Dworkin y la de Hart, *i. e.* el *positivismo jurídico incluyente*, en especial, la tesis mantenida por Waluchow.

### **III. Positivismo jurídico incluyente.**

En este apartado analizaremos una teoría que se ha denominada positivismo jurídico incluyente, versión que ha surgido por el debate Hart-Dworkin, y tiene como objetivo asimilar las tesis de éste sin abandonar los postulados

---

<sup>288</sup> HART, H. L. A., *Post scriptum...*, *op. cit.*, p. 37 (117).

positivistas de aquel, principalmente, la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral.

W. Waluchow expone y defiende su postura incluyente en su libro denominado *Positivismo jurídico incluyente* (contra Raz y el positivismo excluyente, y contra Dworkin y sus críticas a los malentendidos de la teoría de Hart). Su principal tesis consiste en la afirmación de que la moral política juega un papel importante en la determinación de la existencia, contenido y significado de las normas positivas, siempre y cuando sean reconocidas por una regla de reconocimiento que así lo considere, no obstante no es necesaria esta incorporación<sup>289</sup>. Por lo anterior puede entenderse por qué su postura es denominada positivismo incluyente.

No obstante, podría parecer que su objetivo es similar al de Dworkin, sin embargo, esto está lejos de su pretensión ya que no se ubica desde una perspectiva normativista como la de Dworkin en la que su objetivo sea justificar (moralmente) las normas, sino desde una perspectiva descriptiva que pretende dar una mejor explicación de los sistemas jurídicos modernos constitucionales, en los que se considera a la moral política como fundamento de la validez del derecho<sup>290</sup>. Al fin y al cabo, como sostenía Hart, si se admite a la moral como criterio de validez, es porque en última instancia depende de una práctica social. La relación entre derecho y moral es contingente.

Aquí es menester señalar que, al igual que Hart, Waluchow resalta los errores en los que incurre la teoría de Dworkin y señala las consecuencias que se siguen si se llevan al extremo sus principales postulados. Por ello, en esta sección ya no realizaré la división que he venido haciendo en los demás apartados del presente capítulo: principios y reglas, discreción judicial y teoría del deber; sino que mencionaré los argumentos de Waluchow sobre las confusiones que Dworkin tuvo de la teoría de Hart.

---

<sup>289</sup> WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp.17, 97, 181.

<sup>290</sup> Sobre estas perspectivas de abordar el derecho, normativista y descriptiva, véase *supra* pp.105-113.

### **a) La fuerza institucional del derecho.**

Waluchow hace patente las confusiones que tiene Dworkin al proponer una teoría que se proponga reemplazar al positivismo jurídico. Confunde teoría del derecho, teorías de la adjudicación y teoría de la obediencia: *i. e.* fundamentos del derecho, su fuerza institucional y su fuerza moral<sup>291</sup>. Si hacemos lo anterior, no podríamos explicar ciertos hechos que ocurren en los sistemas jurídicos modernos. Por ejemplo, en la primera mitad del siglo XX, existió un sistema que no reflejaba ningún principio de moral objetiva, por otra parte, no podríamos explicar el hecho de que diferentes jueces decidan de diferente forma los mismos casos, aquí trataremos este último.

Supongamos que dentro de otro sistema jurídico, moralmente aceptable, existe una norma que establece que las madres, en caso de divorcio, tendrán la guarda y custodia siempre que los niños sean menores de diez años. Si aplicamos nuevamente una teoría hercúlea, nos trae el siguiente problema.

Al divorciarse una pareja, con un hijo de 5 años, el juez J1 determina que por ser menor de 5 años tienen que vivir con su madre, tal y como lo dispone el precepto señalado. El padre se manifiesta inconforme debido a que el menor necesita cuidados especiales por una enfermedad y que su madre no le da dichos cuidados por negligente, cosa que manifestó ante J1 y que pasó por alto, por lo que apela decisión ante J2 quien determina que el derecho le corresponde al padre. La madre por su cuenta se ampara contra la decisión de J2 ante el tribunal T1 (que es supremo dentro del sistema) quien determina que la guarda y custodia la tiene la madre.

El ejemplo supone que un juez Hércules de un tribunal inferior difiere de otro superior, y que al realizar teorías sobre el derecho de las partes parece que tienen distintos derechos en distintos tribunales, o peor aún, parece que el derecho es sólo aquel que establece el último tribunal.

Los problemas anteriores surgen si confundimos el fundamento del derecho, su fuerza institucional y su fuerza moral. Si distinguimos estos

---

<sup>291</sup> WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp. 45-47.

elementos distintos entre sí, podremos superar las confusiones de Dworkin sobre la teoría del derecho.

En los dos ejemplos antes citados existe un fundamento del derecho, en el primer caso: *los hombres negros no pueden estar en parques en los que sólo pueden estar personas blancas*, y en el segundo supuesto, *la madre en caso de divorcio, tendrán la guarda y custodia siempre que los hijos tengan menos de diez años*. Estas reglas dentro de los sistemas a que pertenecen son válidas, y las preposiciones jurídicas que las enuncian son verdaderas en cuanto existen reglas que establecen tales supuestos.

Pero hay que tener presente que existe una diferencia entre lo que es la fuerza institucional del derecho y los fundamentos de derecho. Entender esta diferencia hace posible que podamos decir que en un sistema jurídico en que existe una regla válida (fundamento) que establece que los negros no pueden estar en los mismos sitios que los blancos no sea aplicable en ciertos casos (fuerza institucional), sin que sea inválida.

Con lo anterior se quiere decir que el derecho no siempre es vinculante para los jueces. En ocasiones tienen el poder jurídico de cambiar el derecho que en otro caso los obligaría a aplicar dichas reglas, poder que parece que estar gobernado por reglas institucionales o estándares de adjudicación que determinan el tipo de fuerza institucional que tienen las reglas. Sin embargo, éste no es facultad de todos los jueces, ya que depende del nivel del juez: e. g. el juez J1 tiene que aplicar la regla de que la guarda y custodia le compete a la madre siempre que tenga menos de diez años, pero un juez J2 tiene el poder da cambiar dicha decisión porque existen reglas adjudicativas que así lo estipulan para J2 y no para J1.

En este sentido, la fuerza institucional del derecho puede definirse como la función del poder jurídico de alterar el derecho de un modo tal de anular su efecto sobre una decisión<sup>292</sup>, es decir, no tener la obligación de aplicar ciertos estándares jurídicos modificando el derecho que de otra forma estarían obligados a seguir. Dicho poder depende de las reglas de adjudicación que el mismo sistema establece.

---

<sup>292</sup> Cfr. *Ibidem*, pp.53-54.

Lo anterior explicaría de mejor forma los casos en los que las decisiones, y los derechos, varían de un juzgado<sup>293</sup> (o tribunal) a otro, ya que si tomamos la teoría de Dworkin sobre la reconstrucción teórica del derecho existente para determinar los derechos de las partes, socavaría la tesis de la unidad y objetividad del derecho, los derechos estarían hasta un punto alarmante relativizados, porque diferentes jueces, resuelven de distintas forma en el mismo caso.

Por ello, si confundimos o equiparamos lo que es el fundamento de su fuerza institucional, perderíamos mucho sobre la comprensión de los sistemas jurídicos si aceptamos, como pretende Dworkin, el punto de vista interno, al identificar como derecho todo aquello que aplican los jueces como derecho. Si seguimos el ejemplo anterior, se pone de manifiesto que el derecho no siempre es jurídicamente vinculante para los jueces, entonces si el derecho no es siempre obligatorio no puede identificarse con todo lo que los jueces aplican al resolver los casos<sup>294</sup>, de ser así podríamos, como sostiene Bulygin, considerar a las reglas de la gramática, que en ocasiones son usadas por los jueces, como derechos, pero creo que esto sería un absurdo.

Lo anterior abre el panorama para clarificar la diferencia que existe entre reglas y principios según Dworkin. Waluchow hace una exposición de la teoría de Dworkin en la que caracteriza a las principales diferencias entre los principios y las reglas. Las primeras tienen peso y las segundas tienen validez. La explicación que hace Waluchow sobre Dworkin de este tema es el siguiente: si existen estándares que son principios que tienen peso y no validez, si esto es así son incapaces de satisfacer los criterios de una regla de reconocimiento, por lo que se debe abandonar la postura positivista.

Para que dicho argumento sea viable hay que demostrar que los principios y reglas son diferentes, y que ésta sea una diferencia cualitativa entre ambos de forma que cuando se enuncie la expresión principio, no esté

---

<sup>293</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 60-72.

<sup>294</sup> NAVARO, Pablo, *et alter*, *La fuerza institucional del derecho*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/241/art/art7.pdf>, (4 de agosto de 2015), p. 193.

presente la expresión regla<sup>295</sup>. Esto es lo que se propone Waluchow. Para demostrar la diferencia se requiere que a) los principios necesariamente tengan peso, b) las reglas necesariamente carezcan de peso, y c) que la validez y el peso son lógicamente inconsistentes<sup>296</sup>. Por lo tanto, interesa verificar esta última, ya que de ser verdadera, la crítica de Dworkin sería viable y por tanto, deberíamos pensar seriamente en abandonar el positivismo jurídico como una teoría viable.

Pongamos el siguiente ejemplo. Supongamos que existen dos reglas R1 y R2 que cumplen los criterios establecidos por una regla de reconocimiento y por ende pertenece a un sistema determinado. Al ser una regla válida R1 debe de aplicarse siempre que sea el caso que se caiga bajo su supuesto. Sin embargo hay casos en los que R1 y R2 (o viceversa) sean aplicables al mismo asunto, y que será aplicable R2 sin por ello se declare inválida R1, lo anterior dice el autor se debe a que una regla de adjudicación lo establece así.

Si aplicamos el ejemplo pasado a un caso práctico podríamos citar el siguiente. El artículo 130 de la Ley del Seguro Social establece la esposa y el esposo (o en su caso concubina o concubino) tendrán derecho a la pensión por viudez, pero para el caso de el varón, tendrá que acreditar que dependía el esposo o concubino viudo que dependía económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez, circunstancia que no es exigida a la mujer. Supongamos que la Autoridad A1, decide no otorgarle la pensión al derechohabiente DH por no haber acreditado que dependía económicamente de la esposa.

Por lo anterior DH decide inconformarse con el superior de A1, A2, quien decide que A1 está en lo correcto, y lo hace así porque argumenta que la ley establece tal condición para poder tener derecho a tal pensión por viudez. DH inconforme, acude ante una Tribunal superior T1, quien decide declarar inconstitucional dicho precepto por atentar contra el derechos de igualdad y de no discriminación, contenidos en los preceptos 1º, párrafo tercero, y 4º párrafo primero, y 1º, párrafo tercero, y 4º párrafo primero, respectivamente.

---

<sup>295</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios y derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 51-52.

<sup>296</sup> WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, p. 184.

Nótese que la regla al ser declarada inconstitucional por T1, no es aplicable al caso concreto, sin embargo, ésta seguirá operando dentro del sistema jurídico por ser válida. El hecho de que no haya sido aplicable la regla no quiere decir que deje de ser operante para los demás casos futuros en los que se apela la regla, siempre que sea invocada las autoridades y jueces deben de apegarse a ella.

En los párrafos que anteceden, Waluchow trata de distinguir lo que es la validez de una regla y su fuerza institucional, ya que al ser una regla válida no necesariamente tiene fuerza institucional de vincular a los jueces de aplicarla siempre que se cumplan los supuestos que una regla establece. En lo que hace a los principios sucede lo mismo, cuando figuran éstos no siempre vinculan a los jueces, a veces pueden aplicarlos o no dependiendo las circunstancias especiales del asunto, su peso y su fuerza institucional son independientes<sup>297</sup>.

Esto es lo que lleva a nuestro autor a concluir que reglas y principios tienen ambos fuerza institucional en diferente grado, lo cual hace que no siempre se apliquen estándares que estarían obligados a aplicar, siempre y cuando existan reglas adjudicativas que le permitan escapar a su fuerza. En este sentido, la validez y el peso no son lógicamente distintos, ya que ambos tienen fuerza institucional que puede ceder en ciertos casos, además, si no son distintos principios y reglas, su diferencia sólo es de grado, entonces sí pueden ser reconocidos por una regla de reconocimiento tal y como lo propone el positivismo<sup>298</sup> (inclusivo).

Hart y Waluchow coinciden en este punto. Reglas y principios pueden ser aplicadas o no dependiendo las circunstancias del caso, sin que la que no es aplicada deje de ser válida dentro del sistema. Dicho lo anterior, pasaremos a otra confusión que trajo problemas a Dworkin dentro de su teoría del derecho, al confundir fundamentos y fuerza moral del derecho.

---

<sup>297</sup> *Ibidem*, pp. 185-187, y NAVARO, Pablo, *op. cit.*, pp. 201-203.

<sup>298</sup> *Cfr.* BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *op. cit.*, p. 107, e *Ibidem*, p. 189.



**b) La fuerza moral del derecho.**

Otra diferencia que hay que tener presente es el que existe entre la fuerza institucional de los fundamentos del derecho y su fuerza moral<sup>299</sup>. Si confundimos lo anterior caemos en el error de no considerar derecho a los sistemas jurídicos perversos. Recordemos que, en los primeros capítulos de *Los derechos en serio*, Dworkin parece sostener que los sistemas jurídicos establecen derechos morales pero institucionalizados; *i. e.*, que los jurídicos son una subespecie de los derechos morales. Derecho y moral tienen una conexión conceptual.

Para los casos difíciles en los que no existe una norma expresa que estipule el derecho, éste debe extraerse mediante una interpretación constructiva de la práctica jurídica, de conformidad con aquel conjunto de principios de moral política que mejor explique y justifique esa práctica en su conjunto.

Lo anterior acarrea los siguientes problemas. Pongamos un ejemplo. Supongamos que dentro de un sistema jurídico perverso existe una norma que establece que los hombres negros no pueden estar en parques en los que sólo pueden estar personas blancas, porque estos últimos son superiores a aquellos. Un ejemplo así traería problemas dentro de una teoría como la de Dworkin. Si utilizamos el método de Hércules, que trata de encontrar los principios subyacentes dentro de todo el material jurídico, lo que sucede en un caso así es que el principio subyacente es el de la supremacía racial, pero si la analizamos bajo la luz de una moral objetiva, como pretende Dworkin, esto no podría ser considerado derecho.

Si su fuerza moral es equivalente a la fuerza institucional del fundamento, entonces no se tendría que aplicar dicha regla por contravenir un principio objetivo de igualdad. En estos casos, en los que se aplican principios subyacentes injustos mediante el método hercúleo de adjudicación, es notoria la importancia de hacer esta distinción<sup>300</sup>; por otra parte, si son distintos, cabe

---

<sup>299</sup> Cfr. WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp. 72-78.

<sup>300</sup> NAVARO, Pablo, *op. cit.*, p. 198.

la posibilidad de la existencia de reglas que en ocasiones pueden ser aplicables por su fuerza institucional dentro de ese sistema jurídico, aún sí su fuerza moral establece que no sean aplicables.

Por otra parte, confundir el fundamento con su fuerza moral, socaba la idea de que los jueces deben realizar una teoría que mejor justifique los derechos de las partes, como sugiere Dworkin, por lo que su teoría interpretativa sería aplicable en ciertos sistemas como el norteamericano y no en todos, porque si un juez en un ordenamiento perverso decide no aplicar los principios subyacentes, entonces su teoría integradora sólo es contingente y depende de lo establezca el propio sistema.

Lo anterior se subsanaría, asimismo, si separamos la fuerza institucional del fundamento y fuerza moral, y consideramos que el derecho y moral tienen una relación contingente. Esta parece ser la opinión que sostuvo Dworkin en su artículo publicado como apéndice de *Los derechos en serio*.

Dicho lo anterior, es menester abundar sobre la relación entre derecho y moral. Recordemos que, según Dworkin, una teoría positivista sobre el derecho sólo reconoce criterios de validez oficial hechos sociales, excluyendo la posibilidad de que existan criterios materiales de validez. Hart, como vimos, argumenta que en varios pasajes de su obra sí contempló la idea de que se considere a la moral como criterio de validez<sup>301</sup>, pero esa inclusión es sólo contingente.

En este mismo sentido Waluchow se manifestó por medio de su argumento del linaje. El citado autor parte del supuesto, como el propio Hart lo hizo, de que no necesariamente la moral sólo puede reconocerse por medio de una teoría constructiva como la de Dworkin, y su juez mítico Hércules. También puede hacerse mediante una regla de reconocimiento. Un claro ejemplo puede encontrarse en casos constitucionales donde se aplican constantemente criterios de moral política para determinar la validez de las normas<sup>302</sup>, y cuyos principios están desde su promulgación y no desde que se realice una teoría

---

<sup>301</sup> *Vid. Supra* p. 85-86.

<sup>302</sup> Por ejemplo el principio de igualdad entre el hombre y la mujer consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

constructiva. En palabras de Waluchow: “[...] la concepción que insiste en que si la validez jurídica es de algún modo, en algún sistema jurídico particular, una función de validez moral, es porque una regla de reconocimiento hace que esto sea así.”<sup>303</sup>

Por lo anterior, si bien es cierto que se contempla que se incluyan principios de moral política en estados constitucionales como criterios de validez, también lo es que el hecho de que suceda así no quiere decir que sea necesariamente en todos los casos, es decir, depende de si la práctica jurídica de un determinado sistema jurídico lo determina así.

Pero se podría suponer que hay principios que no están expresados en las reglas pero que se encuentran subyacentes a éstas, y que su primera aplicación es mediante una resolución judicial. En este mismo sentido, el autor canadiense, manifiesta, al igual que lo hizo Hart, que para descubrir el derecho subyacente tenemos que usar reglas legisladas o la jurisprudencia emitida con anterioridad (la cual ya es una práctica dentro de ese sistema), tenemos que utilizar algo que determina qué cuenta como derecho, algo así como una regla de reconocimiento, por lo que, a fin de cuentas, el comienzo de la construcción de la teoría integral del derecho que pretende Dworkin, depende de una práctica<sup>304</sup>.

En casos constitucionales es el paradigma perfecto donde la moral juega un papel dentro del derecho, pero esto es así, porque una regla de reconocimiento le atribuye tal carácter, nuestra constitución en este caso. Pero, Dworkin le atribuyó al positivismo jurídico una caracterización de puro linaje no obstante de que autores positivistas (como Hart) han considerado que la moral política si juega de *facto* un papel en la determinación de validez de reglas del sistema<sup>305</sup>.

Hasta este punto se ha mencionado que la teoría de Hart ha sido malinterpretada por Dworkin al dirigir sus críticas erróneamente en contra de sus principales postulados teóricos de Hart. Por lo que sigue, en el próximo

---

<sup>303</sup> WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, p. 195.

<sup>304</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.

<sup>305</sup> Cfr. BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *op. cit.*, p. 108; e *Ibidem*, p. 196.

capítulo, argumentaré que la naturaleza de las teorías de Hart y Dworkin son totalmente distintas. Asimismo que e mencionará que la regla de reconocimiento como tal no es una regla normativa y que en ningún momento fue el objetivo de Hart que dicha regla estableciera un deber en el mismo sentido que una regla impone la obligación de pagar impuestos a los ciudadanos.

## CAPÍTULO CUARTO.

### TEORÍAS NORMATIVAS Y TEORÍAS DESCRIPTIVAS DEL DERECHO.

En el transcurso de los capítulos precedentes realicé un estudio de la obra de Hart, profundizando en la regla de reconocimiento. Posteriormente, analicé las críticas que Dworkin realizara al profesor británico, poniendo énfasis en la regla de reconocimiento como regla social.

Mencioné al principio del capítulo tercero, relativo a las críticas de Dworkin, que la regla de reconocimiento era de gran importancia para este trabajo, debido a que tal como fue planteada, a criterio de Dworkin, no es fundamento sólido del deber que los jueces tienen al aplicar el derecho; *i. e.*, siendo los hechos sociales el fundamento del derecho, no se cuenta con un fundamento sólido sobre lo que un tribunal considera como derecho.

Posteriormente, de las respuestas que dieran Hart y Waluchow a las críticas de Dworkin se amplió mi panorama de interpretación de la obra del profesor británico, por lo que realicé una nueva lectura de los escritos de Hart con el objetivo de ver si, como creía éste, Dworkin había malinterpretado su teoría en dos aspectos: a) sobre la interpretación de los postulados teóricos del positivismo, *i. e.* reglas y principios, discreción judicial y teoría de la obligación, y b) sobre la naturaleza de la teoría del Derecho que presentó en su obra *El concepto de derecho*.

Como pudo observarse de lo escrito en la segunda parte del capítulo anterior, vimos las respuestas que dio Hart al inciso a), dejando, en ese momento de lado, el punto b) porque sería tratado en el presente capítulo. Por lo anterior procederé de la siguiente forma con el objetivo de verificar si hubo malentendidos como lo menciona Hart.

En primer lugar, analizaré si las críticas de Dworkin a la obra de Hart no son del todo atinadas por una mala interpretación que realizó de la teoría del profesor británico. Para ello expondremos las posturas de varios autores que han considerado que ambos comparten modelos teóricos muy distintos sobre el

derecho, dentro de los cuales se encuentran argumentos como los de Nino, Ruiz Manero, Waluchow y del propio Hart.

En segundo lugar, aplicaré las características de la regla de reconocimiento al sistema jurídico Mexicano, señalando que ésta se encuentra en nuestra Constitución, la cual otorga certeza, a quienes rigen su vida mediante el derecho, de la consecuencia de sus actos.

Posteriormente mencionaré que dentro de la teoría de Hart no encontramos una teoría de la adjudicación judicial como pretende Dworkin, la regla de reconocimiento no puede ser interpretada como regla primaria que se aplica a los jueces, para lo cual nos basaremos en algunos pasajes del propio Hart.

Finalmente, me permito realizar un nuevo análisis de la regla de reconocimiento como regla social, apoyaré en la interpretación que realiza Raz sobre la regla de reconocimiento como regla normativa que impone deberes, con el objetivo de formular que una nueva interpretación en cuanto a la naturaleza de dicha regla que ha sido base de muchas confusiones y que puede desprenderse de la misma obra de Hart.

## **I. Teorías Normativas y teorías descriptivas del derecho.**

Ronald Dworkin en un pasaje de *Los derechos en serio* se cuestionaba sobre la obligación que tienen los jueces de obedecer una regla. Podría responderse que en última instancia la Constitución les impone esa obligación, pero, como el mismo Dworkin dice, esto es una petición de principio, ya que la nueva pregunta sería respecto de la obligatoriedad de la Constitución<sup>306</sup>.

Para Manuel Atienza y Ruiz Manero, podría responderse diciendo que una Constitución es obligatoria porque así lo establece ella misma, o bien porque lo dice una norma que pertenece al ordenamiento jurídico y distinta de la propia Constitución, identificada con base en ella. La primera incurre en una petición de principio y la segunda supone querer explicar una norma con base en una norma válida en función de la primera que tratamos de explicar su

---

<sup>306</sup>DWORKIN, Ronald, *op. cit.* pp. 105-106.

obligatoriedad. Continúan dichos autores, o bien, dichos argumentos son circulares o vacíos<sup>307</sup>.

En Dworkin, el fundamento del deber que tienen los jueces de aplicar la Constitución (o del derecho en general) en última instancia depende de consideraciones morales, v. gr. en los Estados Constitucionales, esto suele ser así, reflejan principios morales<sup>308</sup> que sirven como criterios de validez jurídica sin los cuales una norma creada mediante el procedimiento establecido podría ser aplicable, pero anulable cuando se lleve ante los tribunales y no ser aplicable al caso concreto no adecuarse a dichos principios.

Al plantearse la cuestión anterior, y de la respuesta que diera Hart en su *Postscriptum*, entendí que dentro de su teoría no existe una postura justificadora sino descriptiva sobre el Derecho. Adelantándonos un poco, si podemos verificar si se reconoce a la Constitución como regla de reconocimiento es porque observamos que de hecho es así; que su existencia sea una cuestión de hecho, es porque es observable que no se cita una regla por encima de ella, pero no que la práctica observable sea su justificación.

La normatividad hace referencia a la discusión sobre la obligatoriedad de las normas jurídicas, trata de responder a la pregunta de por qué los jueces obedecen la regla de reconocimiento en última instancia, o mejor dicho, la aplican o la consideran apropiada para ser aplicada<sup>309</sup>. En Hart la normatividad encuentra su fundamentación dentro del propio orden jurídico, no ve la necesidad de apoyarse en un orden moral, por medio de su teoría de las reglas sociales.

Dworkin consideró que una regla de reconocimiento no daba cuenta de todo lo que es derecho por las razones siguientes. Recordemos que una regla social como la entendió Hart, según aquél, no impone deberes debido a que hay casos en los que no existe una práctica social y aun así existen deberes,

---

<sup>307</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *op. cit.*, pp. 145-146.

<sup>308</sup> Cfr. WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp. 157-180.

<sup>309</sup> DELGADO PINTO, José, "Normatividad del derecho", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edits.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000 (pp. 425-440), pp. 425, 435. Asimismo, considérese que, como se verá más adelante, una regla de reconocimiento no impone deberes, lo que importa aquí, es resaltar que no hay norma jurídica que le otorgue validez o vinculatoriedad a los jueces.

por lo que una teoría de la regla social sólo da cuenta de deberes que surgen mediante la moral convencional. Luego, un deber surge de otro lado, de una regla normativa que su vez depende de principios de moral política, y como la regla de reconocimiento tiene como uno de sus objetivos determinar qué cuenta como derecho y qué no, se concluye que una regla tal no puede ser el fundamento del deber que tienen los jueces de aplicar el derecho.

Por la interpretación precedente es que grandes juristas como Nino, Ruiz Manero, Waluchow y el propio Hart, han considerado que Dworkin confunde dos cuestiones de importancia dentro de la Teoría del Derecho: justificar y describir el derecho. Dworkin aporta una teoría integral, muy valiosa, en la que están unidos la moral, la política y el Derecho, elementos sin los cuales no se podría entender toda su teoría. Hart, en cambio, trata de describir aquel fenómeno social que se denomina Derecho.

Recordemos que para Dworkin, el derecho y la moral están conectados de manera necesaria por medio de los principios jurídicos. Dicha relación es más notoria en los casos difíciles en los que no hay una regla aplicable al asunto. Un juez Hércules debe realizar una teoría que mejor justifique su decisión al caso concreto, basándose en las reglas del sistema en conjunto y de los principios (morales) que subyacen a aquellas. Asimismo, traigamos a colación que Hart argumentó, en respuesta a aquél, que en ningún momento dejó fuera la posibilidad de que la moral y el derecho estén conectados de manera contingente, mas no necesaria, como lo pretende Dworkin.

Tal vez la confusión podría recaer en que, en Dworkin, las pretensiones de moralidad dentro del derecho son más ambiciosas que en Hart; para este último el Derecho reproduce ciertas exigencias de la moral que pueden ser considerados como mínimo para la unidad de la sociedad, normas relativas a las lesiones, homicidio y propiedad. En cambio, para Dworkin el derecho reproduce valores más abstractos, *v. g.* se requiere todo lo que una sociedad considera justo y que sus miembros sean tratados con igual consideración y respeto para poder ser considerado derecho.

En Hart su contenido mínimo de moral es porque, ramas que sea normativas como el derecho y la moral tendría como fin guiar la conducta con



el propósito de conseguir determinados fines u objetivos: en una sociedad es necesario que se regulen conductas como la relativa al homicidio, lesiones o al robo, porque somos vulnerables y queremos proteger nuestros bienes (alimentos) que hemos conseguido mediante un gran esfuerzo contra gente oportunista. Sin embargo, este contenido bien podría ser diferente y variar debido a que los seres humanos pudieron evolucionar de forma distinta y crear su propio alimento o bien no ser vulnerable a los ataques físicos.

Nuestro autor, está consciente de la relación entre derecho y moral, pero ésta es contingente, puede que se dé o no dentro de un sistema jurídico, como lo es el caso de la Alemania Nazi, en la que no reproduce ningún principio de moral objetiva. No obstante de reconocer lo anterior, ¿era su intención justificar la práctica jurídica? En Hart, pese a que la moral puede tener un papel determinante en ciertos sistemas jurídicos, dentro de su obra no tienen un papel justificativo que le atribuye Dworkin, ya que su teoría es general y descriptiva a diferencia de la de Dworkin que sí es justificativa.

En este sentido nos dice Hart, el hecho de que un participante del derecho tome con mayor importancia el punto de vista interno del derecho, no quiere decir que un teórico no pueda, aun destacando el carácter evaluativo claro está, ser descriptivo de dicho aspecto interno. Un teórico del derecho, al describir la aceptación que los participantes tienen del punto de vista interno, no supone que aquél acepte, comparta o respalde dicho aspecto interno, o como diría Hart, aun si existen razones morales para obedecer el derecho es algo que la jurisprudencia descriptiva *moralmente neutra* tiene que registrar (y agregar, describir), más no compartir<sup>310</sup>.

Hart describe el derecho como una institución social con carácter normativo (por estar formado por normas) que a lo largo del tiempo y espacio, ha tomado una misma estructura, y que es moralmente neutra<sup>311</sup>, porque no hace juicios justificativos o valorativos respecto de esos estándares prescriptivos que lo conforman. Por ejemplo, el derecho es un conjunto de reglas de obligación cambio y adjudicación, cuya aplicación está prescrita a

---

<sup>310</sup> HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 16 (94-95).

<sup>311</sup> Véase, De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *op. cit.*, p. 348; e *Ibidem*, p. 11-12 (91-92).

ciertos funcionarios por medio de una regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan. Esto es descriptivo más no normativo. Bien, el hecho de optar por un concepto descriptivo de derecho es debido a que ayuda a distinguir las distintas funciones que desempeña esa institución en su interacción con otras instituciones<sup>312</sup>, que también pueden ser normativas, como lo es el caso de la moral.

Hart jamás intenta justificar la normatividad del derecho, sino únicamente describir que una regla que impone deberes, al cumplir los requisitos de la regla de reconocimiento, debe su autoridad a su fuente social de producción sobre cuya identidad existe un consenso de aceptación por parte de los jueces<sup>313</sup>. Esto hace referencia a las reglas válidas, pero en el caso de la regla social de reconocimiento, no es que la práctica como tal imponga el deber, ésta sólo puede ser una prueba empírica de que existe un deber, ya que al comportarse los miembros de una sociedad de cierta forma en determinadas circunstancias se presupone un parámetro de conducta regular que es seguido -y será seguido- por los integrantes de la comunidad, y de los jueces en el caso de la regla de reconocimiento.

De suponer que la práctica sea la justificación del deber de los jueces, como dice Delgado Pinto, en Hart no se podría explicar el paso lógico de una práctica a una norma, por lo que concluye que si queremos explicar la obligatoriedad de una regla última, por ejemplo, la Constitución, no debemos remitirnos a una norma jurídica, sino a una regla moral<sup>314</sup> para justificar su normatividad.

Por otro lado, Dworkin, si bien es cierto su teoría contiene una parte descriptiva del derecho y de la actividad de los jueces, también lo es que le da

---

<sup>312</sup> Asimismo, es importante debido a que la descripción de sistemas deficientes o moralmente perversos tienen una misma estructura que se asemeja a los sistemas moralmente buenos. Véase NINO, Carlos Santiago, *Los conceptos de derecho*, en *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. XIII, no. 38, México, agosto 1981 (pp. 29-52), pp. 34-35, 42 y 48.

<sup>313</sup> Véase, De PÁRAMO ARGUELLES, Juan Ramón, *op. cit.* p. 347.

<sup>314</sup> DELGADO PINTO, José, *op. cit.*, pp. 437-439. Delgado Pinto dice que en todo sistema jurídico existe una pretensión de legitimidad implícita, la cual supone una obligación moral de obedecer el derecho. Cuando un juez emite una decisión imponiendo una obligación apoyándose en una norma jurídica, en aras de un razonamiento práctico correcto y completo, debe partirse de una premisa moral, que en última instancia justifica la inferencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas y aplicadas.

una mayor importancia al punto de vista de los que usan el derecho para guiar su conducta (punto de vista interno). Por ello es que él trata cuestiones de justificación del mejor ordenamiento jurídico posible, es decir, que defiende una concepción normativa del derecho.

Por lo anterior, es comprensible que Dworkin interprete la teoría práctica de las reglas de Hart, como si la práctica fuera el fundamento de un deber que los jueces tienen al aplicar una regla social (regla de reconocimiento), es decir, como si tuviera una teoría justificativa<sup>315</sup>. Este error parece deberse que al reconstruir la teoría práctica de las reglas de Hart, y en específico de la regla de reconocimiento, haya considerado que cuando Hart habla de deberes o de validez (términos que sólo pueden hacerse desde el punto de vista interno, y en este sentido conceptos normativos) los use (Hart) en ese sentido<sup>316</sup>.

En este mismo sentido se manifiesta J. Ramón de Páramo, quien sostiene que Dworkin confunde el punto de vista interno del juez que se preocupa por determinar qué reglas justifican sus decisiones (postura de Dworkin), con el punto de vista externo de un científico (el de Hart) preocupado por determinar el contenido de un sistema<sup>317</sup>, lo anterior desemboca en el error de considerar como derecho a todo aquello que vincule a los jueces en sus decisiones. Si consideramos como derecho a todo aquello que los jueces aplican al resolver los casos particulares, confundimos teorías del derecho y su fuerza institucional y teorías del derecho con su fuerza moral como sostiene Waluchow.

En primer lugar no podríamos explicar casos en los que a veces las reglas no se aplican teniendo los jueces el deber de hacerlo, o en ocasiones, aplican preceptos que no están obligados a utilizar. Si seguimos la teoría de Dworkin, podrían hacerse dos críticas: a) que los derechos difieren de un tribunal a otro,

---

<sup>315</sup> Nótese que la regla de reconocimiento no impone deberes a los jueces. Véase, *supra* pp. 119-123.

<sup>316</sup> Véase en NINO, Carlos Santiago, *op. cit.* pp. 36, 38 y 46; RUIZ MANERO, Juan, *op. cit.*, pp. 169-170; así como LEITER, Brian, *op. cit.* p. 215. Hay que tener presente que, como dice Nino, si bien se puede hacer uso de los modelos descriptivos, también lo es que en algunas situaciones, como cuando los jueces justifican sus decisiones, debemos valernos de un concepto normativo. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.* p. 43.

<sup>317</sup> De PÁRAMO ARGUELLES, Juan Ramón, *op. cit.* pp. 400-401. En este mismo sentido Véase NINO, Carlos Santiago, *op. cit.* p.34. En el que dice que Dworkin presupone que Hart utiliza un concepto de derecho desde el punto de vista interno igual que él lo hace. Lo anterior haría comprensible que Dworkin atribuya a que una práctica social sea la que impone los deberes.

y b) los derechos jurídicos son aquellos que el más alto tribunal ha determinado.

De ser lo anterior así, Hércules ya no estaría frente a un sistema unificado, la tesis de la integridad de Dworkin queda socavada al no poder explicar que en ciertos asuntos se decide de diferente forma dependiendo el tribunal, ya que, o bien, el derecho difiere de un tribunal a otro, o, la mayor parte del derecho sería desconocido porque no siempre los tribunales superiores conocen de todos los asuntos, por lo que el derecho sería lo que decidió el último tribunal que conoció el caso, estando, tal vez, equivocado. No obstante lo anterior, esto sería comprensible y fácilmente explicable por una teoría que distinga su fundamento de su fuerza institucional<sup>318</sup>.

Por otra parte, y no menos importante, si confundimos una teoría del derecho con una teoría de la obediencia, caemos en extremos de confundir el derecho con la moral, los fundamentos con su fuerza moral. En este supuesto no tendrían cabida los sistemas jurídicos perversos porque en ellos, es notorio, que no justifican principios de moral objetiva, un juez Hércules ya no tendría que aplicar su método justificativo, sino tratar de escapar a su fuerza institucional y seguir su fuerza moral para resolver el caso, *i. e.* apelar a un deber moral para resolver el caso en cierto sentido, aún existiendo un deber jurídico de resolverlo en sentido contrario<sup>319</sup>.

Por lo anterior es obvio que Dworkin al tener en mente una teoría que justifique el uso de la coacción estatal basándose en criterios morales, se debe a que teoriza dentro del sistema norteamericano, en donde la Constitución contiene criterios materiales de validez, y a que los jueces no aplican reglas contrarias a esos principios constitucionales. El hecho de que en su sistema jurídico exista una relación estrecha entre el derecho y la moral, no se sigue que esto atente contra la tesis de la separación conceptual entre ambas<sup>320</sup>, porque si bien es cierto que ahí se justifica la coacción estatal, hay sistemas en los que no sucede así.

---

<sup>318</sup> Cfr. WLUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp. 60-72, y NAVARRO, Pablo, *op. cit.*, pp. 188-191.

<sup>319</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 72-78, y NAVARRO, Pablo, *op. cit.*, pp. 191-192.

<sup>320</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.* p. 31.

He dicho que en Dworkin se trata de justificar por medio de la moral el uso de la coacción estatal, pero Hart sólo trata de describir las condiciones en las que podemos decir que existen reglas jurídicas y reglas sociales en general, *i. e.* en los casos en los que son verdaderos los enunciados de deber jurídico como *S tienen el deber de p*, si, y sólo si, existe un sistema jurídico que contenga una norma que establezca que *S tiene el deber de p*<sup>321</sup>. En palabras de Juan Carlos Bayón, los enunciados internos son normativos y los externos son descriptivos, Hart pretende dar explicación de enunciados externos mas no internos, sin dejar de reconocer la existencia de estos últimos<sup>322</sup>.

En resumen Dworkin caracterizó erróneamente la teoría de la regla social de Hart, *i. e.* que la práctica es la que imponía el deber, y que justificaba en última instancia dicho deber, la postura de Hart como se mencionó en los párrafos precedentes, es totalmente distinta de la de Dworkin, ya que en ningún momento fue su intención ir más allá de describir que donde hay derecho, las conductas de los individuos son guiadas en cierta forma.

## **II. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como regla de reconocimiento.**

Una vez realizado el análisis sobre la naturaleza de las teorías de Hart y de Dworkin, en los párrafos siguientes, desde una postura descriptiva, me dedicaré a aplicar la tesis de la regla de reconocimiento al sistema jurídico mexicano, con el fin de determinar si cumple todas las características que Hart le atribuyó a aquella regla, y corroborar si nuestra Constitución es lo que Hart denomina una regla de reconocimiento.

Si analizamos las primeras características que señala Hart sobre esta regla, contenidas en el capítulo VI, *Los fundamentos de un sistema jurídico*, de *El concepto de derecho*, encontraremos que dos de sus características principales, es última y suprema. Asimismo otorga validez a las demás reglas, jerárquicamente inferiores a ellas, siempre y cuando contengan los criterios que aquella especifica, su existencia no depende de los criterios de validez de otras

---

<sup>321</sup> BAYÓN, Juan Carlos, "*Deber jurídico*", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edits), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000 (pp. 313-330), p. 319.

<sup>322</sup> *Ibidem*, pp. 316-318.

reglas. En esta tesitura, en México tenemos una regla que es última y suprema y que por encima de ella no hay otra regla de mayor jerarquía. Esta es la Constitución. Pero, ¿por qué decir que ella es la regla de reconocimiento?

Supongamos que una Institución de Educación Superior, quiere un Reconocimiento de Validez Oficial de Estudios, respecto de un plan de estudios de Licenciatura en Derecho. Esta Institución al acudir a la Dirección General de Educación Superior Universitaria, de la Secretaría de Educación Pública, para solicitar dicho reconocimiento, se le indica que siempre y cuando cumpla con lo dispuesto por el Acuerdo número 279 dicho reconocimiento se le otorgará.

La institución al preguntarse por qué debe apegarse a lo dispuesto por el mencionado Acuerdo lo lleva a consultar a un abogado. Éste le dirá que si el objetivo es tener un plan de estudios que cuente con reconocimiento de validez oficial debe entregar la documentación y seguir los procedimientos allí contenidos, porque el Acuerdo 279 debe su validez a la Ley General de Educación, que fue expedida por apegarse a lo dispuesto por varias disposiciones que regulan el procedimiento de creación.

No obstante lo anterior, la Institución le preguntará al abogado por qué debe obedecer la Ley General de Educación, y éste le contesta diciendo, porque así lo dispone el artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Pero surgirá la interrogante ¿por qué se debe obedecer la Constitución?, a tal pregunta no podría ofrecerse respuesta alguna con base en una regla válida superior.

Tal vez lo anterior no era necesario, ya que muchos textos que tratan sobre este tema, citan ejemplos como éste. Sin embargo, creo no está de más, porque podemos ver que dentro de este razonamiento la Constitución es una norma última porque ya no hay otra regla jurídica por encima de ella.

Por otra parte, es suprema porque en caso de conflicto con otras normas del propio sistema que la contradigan, la Constitución será la triunfadora. Profundicemos en lo anterior. El artículo 133 constitucional establece lo siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Puede observarse que existe un orden superior que aplica a todo el país y que será privilegiado por encima de las normas estatales. Asimismo, puede observarse de la redacción del precepto, que la Constitución se encuentra a la par de los Tratados y de las Leyes del Congreso de la Unión. Parece que la Constitución no tiene esa jerarquía normativa dentro del sistema jurídico mexicano, existiendo otras normas que tienen el mismo rango de supremo y último.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que la Constitución tiene jerarquía sobre los tratados internacionales y las leyes generales (que son de aplicación en todo el territorio cuya emisión regula un precepto de la Constitución, o parte de él). Asimismo, sitúa a los Tratados Internacionales por encima de las normas generales que son emitidas por el Congreso de la Unión<sup>323</sup>. En este sentido la Constitución es Suprema a todas las demás normas<sup>324</sup>.

En este sentido, la práctica de los tribunales, los legisladores, y demás funcionarios al aplicar la Constitución como criterio último lo constata, ya que no existe dentro del sistema jurídico mexicano una norma que se cite por

---

<sup>323</sup> Véase en este sentido, por citar algunos ejemplos: Tesis: 1ª./J. 74/2008, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo XXVIII, septiembre 2008, p. 159; Tesis: P. VIII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo XXV, abril 2007, p. 6; TESIS: p. VII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo XXV, abril 2007, p.5.

<sup>324</sup> En este sentido hay que tener presente que por medio de las reformas en materia de Derechos Humanos de junio de 2011 que sufrió nuestra Constitución, se considera a estos derechos como parámetro de regularidad de control constitucional, pero que, cuando exista una restricción por parte de la Constitución a dichos derechos deberán sujetarse a lo dispuesto por ella, por lo que a fin de cuentas se sigue considerando como norma suprema del Estado Mexicano. Véase Tesis: P. J. 20/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, Pleno, Libro 5, tomo I, Abril 2014, p. 202.

encima de la Constitución. Por lo anterior, creo que estamos en condiciones de considerar a dicha norma como criterio último y supremo.

En cuanto a los criterios de validez que ella contiene, recordemos que Hart sostiene que la regla de reconocimiento contiene los criterios que deben cubrir las reglas primarias (y también las reglas secundarias) para ser consideradas como parte de un sistema. De lo anterior, hay que tener presente que el artículo 133 no puede ser considerado como regla de reconocimiento, ya que si bien es cierto, establece varias fuentes, también lo es que existen otras que no menciona el citado precepto y que se encuentran en otras normas constitucionales.

Dentro del derecho mexicano existen varias fuentes que hacen que una norma adquiera validez dentro del sistema, y por ende sea obligatoria. Para poder determinar los criterios de validez es necesario tener presente que nuestra constitución contiene dos dimensiones que Josep Aguiló Regla ha denominado constitutiva y valorativa que operan como criterio de validez jurídica<sup>325</sup>.

En lo que hace a la primera, tenemos que remontarnos a las reglas de cambio que establecen que si se siguen los procedimientos establecidos, por las personas facultadas, se crean, modifican, derogan<sup>326</sup>, normas. El procedimiento legislativo<sup>327</sup> es el ejemplo paradigmático sobre este criterio formal de validez. Otro criterio que contiene la Constitución para determinar cuándo una regla es válida, dependiente de las normas de adjudicación; la jurisprudencia<sup>328</sup> que son criterios emitidos por los tribunales del Poder Judicial

---

<sup>325</sup> AGUILÓ Regla, Josep, *Sobre la constitución del estado constitucional*, en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422802/doxa24/doxa24\\_17.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_17.pdf?portal=4), (4 de agosto de 2015), pp. 446-447.

<sup>326</sup> El mismo Hart contempla que hay una conexión estrecha entre las reglas de cambio y de reconocimiento, porque, en palabras de mismo "...donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas de las reglas...". Véase HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 119.

<sup>327</sup> En México está regulado este procedimiento general por los artículos 71 y 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, asimismo, debe cumplirse lo establecido por artículo 89, Fracción I del mismo ordenamiento. Existe la creación de normas generales aunque de carácter administrativo en las que el Ejecutivo tienen la facultad de crearlas, modificarlas o derogarlas, sin embargo, no estoy tratando de realizar un estudio exhaustivo de todas las fuentes del derecho mexicano.

<sup>328</sup> Cfr. con el artículo 94, párrafo décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, y que serán aplicados en casos posteriores. Finalmente existen los principios generales del derecho<sup>329</sup> y la costumbre.

La parte valorativa es de contenido material, los principios de moral política cuentan como criterio de validez jurídica, y en caso de que una norma la contradiga, carecerá de validez<sup>330</sup>. Lo anterior lo ha determinado el Poder Judicial de la Federación, y ha sido práctica de los tribunales que lo integran. Veamos el siguiente ejemplo:

El artículo 130 de la Ley del Seguro Social establece lo siguiente:

Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue la esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquel, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir pensión.

La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.

Esta ley fue expedida siguiendo los procedimientos que establecen las reglas de cambio. No obstante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación<sup>331</sup>, determinó que esta ley es inconstitucional por contravenir disposiciones que ella establece, y no nos referimos al procedimiento de creación normativa, sino a normas sustantivas que establecen los principios de igualdad y de no discriminación, denominadas Garantías individuales antes de la reforma de junio de 2011 y derechos

---

<sup>329</sup> Véase artículo 14, párrafo cuarto de Nuestra Carta Magna que habla sobre los principios generales del derecho que habla sobre la interpretación de los jueces en materia civil.

<sup>330</sup> Es preciso señalar que si una ley que contradiga la parte dogmática de la misma es promulgada conforme a los procedimientos establecidos por ella, seguirá siendo válida hasta que sea declarada inconstitucional por un tribunal.

<sup>331</sup> Tesis: 2a. VI/2009, S. J. F. G., Novena época, Segunda Sala, Tomo XXIX, Febrero 2009, p.470.

humanos después de dicha reforma, contenidos en los preceptos 1º, párrafo tercero, y 4º párrafo primero, y 1º, párrafo último, y 4º párrafo primero, respectivamente.

El argumento de la decisión judicial se base en el hecho de que al condicionar la entrega de la pensión por viudez a los varones a que demuestre que dependió económicamente de la fallecida, esposa o concubina, se intenta imponer un requisito adicional que no se le impone a la mujer que reclame la pensión si fuera el caso, violando con ello el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Por lo anterior es que dicho requisito no debe exigirse o aplicarse<sup>332</sup>.

Este criterio de validez es de suma importancia en los Estados Constitucionales, estos tienen preceptos que reflejan principios de moral política. Sin embargo, hay que tener presente lo siguiente. Existen casos en los que una palabra puede usarse dentro del lenguaje común y dentro del lenguaje moral. Por ejemplo: *deber o justicia: debes decir la verdad*, sería el uso de ese concepto con sentido moral, en cambio, *debes quitarte la ropa mojada o te enfermarás*, no hace referencia a ningún contenido ni pretensión moral<sup>333</sup>. En este mismo sentido, es *justo decir la verdad, y para no enfermarte, debes quitarte la ropa mojada, es justo lo que debes hacer para no enfermarte*.

En este orden de ideas, al interpretar las normas constitucionales deben usarse argumentos morales para determinar el alcance de dichos preceptos y no ser literalistas, *i. e.* debe hacerse una interpretación de los propósitos y objetivos que se propuso proteger dicha norma. Lo anterior nos lleva a que por el hecho de que se usen conceptos morales como igualdad o justicia, ello no quiere decir que los preceptos tienen un contenido material<sup>334</sup>.

Por ello, al solucionar casos concretos, en los que principios de moral política juegan un papel importante, es que se deben considerar premisas

---

<sup>332</sup> Vid. la tesis aislada del Tribunal Colegiado de Circuito Tesis: I.130. T116 L, G. S. J. F., Décima época, Tribunal Colegiado de Circuito, Libro 16, Marzo 2015, Tomo III, p. 2445.

<sup>333</sup> HART, H. L. A., *Obligación jurídica y obligación moral*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>334</sup> Cfr. WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp. 158-160. Asimismo, *vid. infra*, pp. 29-31, donde Hart menciona que aún cuando se aplique una regla perversa a todos aquellos que caen bajo su supuesto, se podía hablar de igualdad, principio de legalidad, pero nótese que sólo se hace referencia a un sentido formal y no material o sustancial.

morales como criterios de validez, lo cual permite explicar el hecho de que en una decisión o sentencia S1, pueda declarar inválida una norma constitucional por no cubrir con dicho requisito material. En este mismo sentido, es menester que en un Estado Constitucional como el mexicano la moral y el derecho estén conectados, pero que esto sea posible es porque así lo determina nuestra constitución, *i. e.* nuestra regla de reconocimiento<sup>335</sup>.

Por todo lo anterior, es que concluyo que la Constitución Mexicana (en conjunto) cumple con la descripción dada por Hart de una regla de reconocimiento, ya que no hay ordenamiento jurídico que se cite por encima de ella. Asimismo, al tener los jueces una norma escrita que permita identificar los criterios de validez, se cuenta con mayor certeza al determinar qué es derecho dentro de un sistema jurídico.

Sin embargo, hay que tener presente que el grado de certeza que otorga una regla escrita como nuestra Constitución, hasta cierto punto es mayor que en sistemas jurídicos en los que no cuentan con una regla escrita como en el caso del sistema jurídico inglés, del que escribió Hart, ya que como dice Marta Morineau<sup>336</sup>, su Constitución no se encuentra en un mismo documento como en el caso de México, a lo que los ingleses llaman Constitución son un conjunto de reglas y principios que se encuentran en la legislación y de la jurisprudencia (*case law*) que garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos y limita el poder de las autoridades.

Y digo que hasta cierto punto otorga mayor certeza, debido a que la Constitución también tiene un área de penumbra y una de certidumbre. Un ejemplo claro es el artículo 133 constitucional, que al establecer el contenido de la Ley Suprema de la Unión, no establece una jerarquía normativa, jerarquía que fue interpretada por los tribunales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

<sup>335</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 169-170, 176-177.

<sup>336</sup> MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 25.

### III. Naturaleza de la regla de reconocimiento.

Una vez que se ha expuesto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos puede ser considerada como regla de reconocimiento dentro de Estado Mexicano, pasaré al análisis sobre la naturaleza de esta regla, para ello mencionaré que en Hart no se puede encontrar una teoría de la adjudicación como lo pretende Dworkin, ya que hay partes de en *El concepto de derecho* en los que recalca que los jueces no obedecen a dicha regla, sino que la consideran como una pauta de conducta.

#### a) Teoría de la adjudicación en Hart.

Recordemos que en el primer capítulo de este trabajo, explicamos la teoría de la regla social de Hart. Éste se percató que donde hay normas jurídicas, en cierto modo, ciertas conductas son obligatorias<sup>337</sup>. Una regla hace de ciertas conductas una pauta o criterio de comportamiento. Dicha conducta es una práctica general de los miembros de una comunidad, cuando surge la ocasión la mayoría del grupo se comporta de cierta manera (quitarse el sombrero cada vez que los hombres entran a la iglesia).

Cuando existe desviaciones de la conducta prescrita éstas son consideradas como faltas susceptibles de críticas, y las amenazas de la desviación chocan con la presión a favor de la comunidad. Asimismo, no sólo se hace una crítica cuando se suscita una desviación, ésta considerada una *razón* para justificar dicha crítica. Finalmente, tienen un aspecto interno que consiste en ver en la conducta una pauta general de comportamiento para ser seguida por el grupo, *i. e.* tener una actitud crítica reflexiva con relación a ella.

Por lo anterior, una regla pretende *guiar la conducta de los individuos que la utilizan*, asimismo, la desviación de las conductas que prescriben las primeras generan una reacción hostil en contra de su transgresor. Este análisis es respecto de todo tipo de reglas sociales, primarias y secundarias, pero para que una regla imponga obligaciones la presión social por el desvío de la conducta es grande, la conducta regulada protege algún aspecto social muy

---

<sup>337</sup> Vid. *Supra* pp. 12-17. Cfr. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema Jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Coyoacán, México, 2011, pp. 182-192.

importante, y las conductas prescritas pueden hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea<sup>338</sup>. Lo anterior es *grosso modo* una regla social que impone obligaciones.

Para Dworkin, la regla de reconocimiento es una regla social que impone deberes a los jueces y demás funcionarios del sistema a no apartarse de dichos criterios de validez al aplicar las normas y resolver los casos que se someten a su consideración, el fundamento de dicho deber está en que se cumplan los requisitos prácticos de la existencia de la regla, por esto para Dworkin esta regla no da cuenta del deber que tienen los jueces por tener un fundamento fáctico, ya que hay deberes que surgen cuando no hay práctica alguna. Veámoslo más a fondo.

En el capítulo 3 de *Los derechos en serio* Dworkin hace una exposición sobre la teoría hartiana de las reglas obligatorias en una sociedad, *i. e.* la teoría de la obligación (que después lo traslada al campo de la regla de reconocimiento). La explicación de Dworkin es la siguiente. Los deberes existen cuando existen reglas sociales que prevén dichos deberes. Una regla social existe si se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia. Las condiciones prácticas quedan cubiertas cuando los miembros de una comunidad se comportan de tal manera. *Este comportamiento constituye una regla social e impone un deber*; la existencia de las normas o reglas, y por ende del deber, es una cuestión de hecho.

Véase el siguiente ejemplo para caracterizar las reglas que imponen deberes en Dworkin: a) los hombres se quitan el sombrero al entrar a la iglesia, b) cuando se le pregunta por qué lo hace un hombre se refiere a la norma social que le exige que lo haga, y c) cuando alguien olvida quitarse el sombrero antes de entrar, los demás lo critican. Según Hart, y cito a Dworkin, *en estas*

---

<sup>338</sup>Recordemos que este es un elemento no necesario, pero es algo que puede ocurrir para quienes están bajo una obligación, pueden experimentar, además recordemos que si se exagera este elemento, corremos el riesgo de caer en una interpretación psicologista de la obligación. *Vid.* De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica...*, *op.cit.*, 307, 317.

*circunstancias se satisfacen las condiciones prácticas para que una norma imponga un deber*<sup>339</sup>, i. e. la práctica justifica la norma.

Para Dworkin, tanto la existencia y normatividad de la regla de reconocimiento, depende de una mera práctica de los jueces. Por lo anterior, la práctica no garantiza nada respecto de lo que los jueces pudieran identificar como derecho al resolver los casos sometidos a su jurisdicción, o como diría Dworkin, aun existiendo una práctica, todavía se podría estar en desacuerdo sobre el alcance de tal deber (o de la regla)<sup>340</sup>, ya que no se sabría bien a ciencia cierta su alcance preciso. Incluso puede darse el caso que los tribunales modifiquen la regla de reconocimiento, como dice Raz, ya que es natural que esto suceda al ser una regla consuetudinaria está sujeta a cambio<sup>341</sup>.

Pongamos un ejemplo para entender lo anterior. En la iglesia los varones deben descubrirse la cabeza, pero en el caso de los bebés varones, hay un desacuerdo al respecto. ¿Deben o no deben tener la cabeza descubierta? Varias personas argumentarán que por ser varones tienen ese deber, por otra parte, otros argumentarán que los bebés no tienen ese deber por creer que la regla no hace ninguna referencia a los bebés.

En este sentido cada persona aplica a la misma práctica interpretaciones distintas sobre el deber de los bebés. De ser así, las personas incluso pueden estar apelando a distintas reglas que suponen se refleja en la práctica. Si la práctica no dice nada, entonces tantas interpretaciones serán posibles sobre su alcance. Para el caso de la obligación de los jueces es igual.

Toda esta explicación de Dworkin sobre la teoría hartiana del deber es para trasladarlo, posteriormente, al campo del derecho, a la regla de reconocimiento en específico, que es entendida como una práctica social por parte de los jueces, en la que se impone la obligación de aplicar estándares identificados mediante esta regla siempre y cuando se den los supuestos fácticos que requiere para su existencia. Al respecto dice Dworkin: "*Hart*

---

<sup>339</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derecho en serio*, op. cit., 106.

<sup>340</sup> *Ibidem*, pp. 112-117.

<sup>341</sup> RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed., UNAM, México, 1985, p. 125.

*aplica después su análisis al problema del deber judicial. Cree que en cada sistema jurídico el comportamiento de los jueces satisface las condiciones prácticas para [la existencia de] una norma social que impone el deber de identificar y aplicar ciertos estándares como derecho*<sup>342</sup>.

Si los funcionarios a) aplican regularmente las normas o reglas establecidas en la ley para llegar a sus decisiones, b) justifican esa práctica apelando a la norma según la cual los jueces deben seguir lo que dice la ley, y c) censuran a cualquier funcionario que no siga la norma, entonces (cito nuevamente a Dworkin), “según la teoría de Hart, se puede decir que esa comunidad tiene una norma social según la cual los jueces deben seguir lo que dice la ley”<sup>343</sup>.

Esta caracterización de la teoría de Hart aplicada a la regla de reconocimiento es errónea, ya que en ningún momento impone deberes a los jueces, y lo anterior se puede desprender de varios pasajes de *El concepto de derecho*<sup>344</sup>.

Por ejemplo, cuando Hart<sup>345</sup> describe la relación que existe entre los ciudadanos respecto de las reglas primarias y de los funcionarios de las reglas secundarias, nos dice Hart, los primeros obedecen las reglas y los segundos aceptan esas reglas, el término obedecer es inadecuado para describir lo que hacen los funcionarios respecto de las reglas secundarias. Los ciudadanos pueden seguir las reglas por diferentes razones, e. g. por miedo a un castigo pueden adecuar su conducta; pueden o no aceptarlas, verlas desde el punto de vista interno o no, sin embargo, a criterio de Hart, este requisito no es indispensable en su caso.

Para el caso de los funcionarios en general, y de los jueces en particular, al aplicar una regla de reconocimiento, el asunto es distinto. Lo que se necesita aquí es que los jueces acepten y tomen una actitud crítica de su conducta y de los demás frente a las desviaciones de dichos criterios de validez. Es necesario que tome el punto de vista interno que toda regla social debe tener (porque

---

<sup>342</sup> Cfr. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 107, y ss.

<sup>343</sup> *Idem.*

<sup>344</sup> CARRIÓ, Genaro, *op. cit.*, pp. 51-54.

<sup>345</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, pp. 141-144.

recordemos que esta regla no cumple criterios de validez contenidos en otra regla). Aquí se necesita que los jueces la consideren como criterio común y no como simplemente algo que *obedecen*<sup>346</sup> cada uno por su cuenta, como lo harían los ciudadanos.

Finalmente, Hart en uno de sus argumentos a favor de la existencia de un sistema jurídico nos dice que existen dos condiciones necesarias y suficientes: 1) las reglas válidas deben ser *obedecidas* por los ciudadanos, y 2) las reglas secundarias deben ser *aceptadas* por los funcionarios del sistema<sup>347</sup>. Se observa que en ningún momento Hart le otorga valor prescriptivo a la regla de reconocimiento, y el hecho de que la regla de reconocimiento contenga los criterios e validez jurídica, el reconocerlos es sólo un paso para determinar el sentido de una decisión de un juez, mas no que sea todo el proceso de decisión.

Dicho todo lo anterior, puede observarse que Dworkin cae en un error al concebir la teoría de Hart, error que parte de la confusión teórica respecto de su postura metodológica entre ambos, ya que si bien es cierto este último trató de desvirtuar las críticas realizadas en cuanto teoría, también puso énfasis en que ambos autores estaban comprometidos con empresas totalmente distintas. Dicha malinterpretación hace que le atribuya una teoría de la adjudicación a Hart, tesis que no sostuvo este último.

#### ***b) Naturaleza de la regla de reconocimiento.***

Al inicio del presente capítulo mencionamos que se puede realizar una interpretación sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento diversa a la que se ha presentado en la literatura jurídica. Se ha sostenido que ésta tiene un carácter normativo, es vista como una norma que impone deberes; el objetivo último de la teoría de las reglas sociales es aplicarla a la regla de reconocimiento. Por ello describí que una regla social contiene una práctica general y constante que cada que aparezca la oportunidad la gente debe comportarse de cierta manera, además, el desvío trae consigo críticas, es más,

---

<sup>346</sup>En términos del ciudadano que obedece reglas válidas reconocidas por los funcionarios del sistema.

<sup>347</sup>Véase, HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 145.



el desvío se considera una razón legítima para realizarlas, y tienen un aspecto interno que consiste en tomar la conducta como un criterio general de comportamiento<sup>348</sup>.

Quien tiene una obligación es porque cada que se cae bajo el supuesto de la regla, es decir, que surge la oportunidad de actuar conforme a ella, y hay un desvío la presión social que se ejerce es fuerte y persistente además de que protegen algo que es valioso para la sociedad<sup>349</sup>. Además vimos que una regla social obligatoria tiene como objetivo el guiar la conducta, prescribir que cierta conducta sea realizada u omitida por los seres humanos lo quieran o no, éstas son las que Hart denomina reglas primarias.

En este mismo sentido, para Raz, las condiciones de existencia de una regla social, en este mismo sentido, consisten en la práctica de las personas a las cuales se dirigen: la teoría de las reglas sociales depende de una práctica. La explicación que realiza Hart de una regla social tiene como objetivo explicar en última instancia a la regla de reconocimiento. Para Raz una regla de reconocimiento que establece los criterios de validez jurídica (cuestión que causa conflicto alguno al caracterizársele de esa manera), lo importantes es, continúa, saber si imponen o confieren facultades y quiénes son los sujetos del deber<sup>350</sup>.

Es bien sabido que los sujetos normativos de una regla de reconocimiento son los jueces y demás funcionarios del sistema. Y en lo que hace a su naturaleza es básicamente una regla que impone deberes, y en ningún momento una regla social no establece facultades. En este sentido una regla de reconocimiento impone el deber a los órganos aplicadores que reconozcan y apliquen las normas (y demás disposiciones jurídicas) que cubran con los requisitos que ella establece<sup>351</sup>.

Po otra parte, es notable destacar que, de la interpretación de Raz sobre las reglas facultativas, sólo pueden ser conferidas a los órganos aplicadores y creadores de reglas, por reglas de adjudicación y de cambio, respectivamente,

---

<sup>348</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 69-72.

<sup>349</sup> Vid. De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *op. cit.*, 307.

<sup>350</sup> RAZ, Joseph, *El concepto de sistema Jurídico. op. cit.*, p. 239.

<sup>351</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 240; e *Idem*, *La autoridad del derecho...*, *op. cit.*, pp. 122-124.

haciendo de la regla de reconocimiento la única de las reglas que el mismo Hart denominó *secundarias*, la excepción ya que esta tiene que ser forzosamente primaria<sup>352</sup>.

También existen reglas de otro tipo que se denominan reglas secundarias que establecen que haciendo o diciendo ciertas cosas se pueden introducir (crear, modificar o extinguir) reglas del tipo primario. Estas reglas secundarias pueden ser privadas o públicas. Este tipo de reglas acuerdan facilidades para llevar a cabo los deseos de las personas dentro del derecho. Estas reglas se relacionan con aquellas porque las secundarias confieren facultades para crear reglas primarias, son reglas sobre reglas. Las reglas secundarias son acerca de las reglas primarias.

Ambas reglas tienen como propósito regular la conducta, y cada ésta cae bajo el supuesto que la regla establece pueden ser criticadas o valoradas con referencia a ellas, tanto reglas primarias y secundarias constituyen pautas o criterios de conducta para su apreciación crítica. Diría Hart, "*quizá sea a esto a lo que se refiere cuando las designamos como reglas*"<sup>353</sup>. En este sentido se podría concluir que la diferencia entre reglas primarias y secundarias sólo es el grado en que la presión social es ejercida. Lo anterior es de gran importancia debido a que los jueces aun sin tener un deber siguen viendo las conductas como sujetas a crítica por su desvío. Pero dejemos por el momento esto y veamos qué tipo de teoría de la obligación trató de realizar Hart, porque como vimos, una de las críticas de Dworkin, fue que su teoría no da cuenta de todos los deberes.

Cuando Hart inició su estudio sobre el derecho decidió hacerlo, al igual que Austin, analizando el concepto de obligación, ya que se percató de que donde hay derecho, o donde se usa usualmente la palabra derecho, la conducta es obligatoria o no optativa. Considero que, al decir esto, Hart tiene como objetivo tomar un punto de partida ya conocido para los juristas, mas no tener en mente que las reglas sociales siempre imponen deberes.

---

<sup>352</sup>RAZ, Joseph, *op. cit.*, p. 123.

<sup>353</sup>HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 41.

Al tratarse de reglas sociales, que pueden ser consuetudinarias o morales, Hart trata de poner sobre la mesa las condiciones generales en las que podemos hablar de obligaciones, pero aquí su objetivo no es describir deberes morales o consuetudinarios individuales como los que podría tener yo en mi ámbito privado o como el del vegetariano en el que no existe una práctica general, pero que, sin embargo, con base en ella podemos juzgar la moral efectiva de los grupos sociales, así dice Hart, por ello el propósito es describir aquella moralidad, principios de moral, que perdería su fuerza a menos que fueran aceptadas ampliamente dentro de un grupo social<sup>354</sup>.

Hart nunca desconoció deberes diferentes a los que dependen de su aceptación general, v. gr. moral individual, pero su análisis de las reglas sociales depende de aquellas en las que sí la aceptación es importante, hecho que también reconoció en su *Postscriptum a El concepto de derecho*, en el que la caracteriza como reglas sociales convencionales, cuya aceptación es parte importante del deber. Por ello podría ser tachado de omiso, pero jamás de estar equivocado.

En cuanto a reglas jurídicas, obligaciones jurídicas o facultativas, Hart realiza un estudio sobre las condiciones en las que pueden ser verdaderos los enunciados jurídicos como por ejemplo: *A debe cien mil pesos a B* y, por ende, *B tiene el derecho subjetivo sobre A, a que le pague cien mil pesos*. En lo que hace a la noción de derecho subjetivo, *A tiene el derecho subjetivo sobre A, a que le pague cien mil pesos*, presupone la existencia de una regla particular y que los hechos que ella establece han acaecido, asimismo, la existencia de un ordenamiento jurídico. Lo anterior no quiere decir que exista la regla, que hayan acaecido los hechos o que el sistema jurídico exista efectivamente<sup>355</sup>, sino que se presupone. El mismo argumento es aplicable para las reglas obligatorias.

Dentro del derecho las condiciones bajo las que surgen los deberes y derechos son mediante las reglas del sistema jurídico que les otorgan tal carácter. Este análisis lo realizó Hart sobre las reglas primarias y secundarias

---

<sup>354</sup> Cfr. *Idem, Obligación jurídica y obligación moral, op. cit.*, pp. 16-17, y De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *op.cit.*, p. 305.

<sup>355</sup> Cfr. *Idem, Definición y teoría en la ciencia jurídica, op. cit.*, pp. 104-117.

que los particulares crean, modifican, extinguen o adquieren. Pero para el caso de los legisladores la situación es la misma. Cuando los legisladores crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones hacen uso de una regla que establece que si ellos hacen uso de cierto procedimiento las obligaciones y derechos pueden ser creados<sup>356</sup>.

Ahora bien, si las reglas son las que imponen deberes sin que exista previamente una práctica general, entonces ¿la teoría de las reglas sociales no le es aplicable a las reglas jurídicas? Hart reconoció que su teoría no daba cuenta del surgimiento de las obligaciones jurídicas cuya obligatoriedad no depende de su práctica. Sin embargo, observó algo de suma importancia, se percató que dentro del derecho la validez depende de que se cubran los requisitos de una regla última y suprema que establezca los criterios de validez que las normas deben satisfacer para poder crear derechos y obligaciones dentro del marco jurídico.

Lo anterior nos lleva al problema de la naturaleza de la regla de reconocimiento que es, dentro de la teoría de Hart, esa norma que otorga validez a las demás normas sin depender ella de otra norma. Todo lo que hemos hecho es en aras de considerar a dicha regla de reconocimiento como una regla social.

La regla de reconocimiento, es considerada por varios autores como Raz y Ruiz Manero, como una regla normativa que impone deberes, de esta misma forma la concebí al iniciar el presente trabajo. Ahora revaloremos los argumentos de Hart para ver si es pertinente realizar esta aseveración. Dentro del capítulo V de *El concepto de derecho*, Hart introduce la regla de reconocimiento como remedio para el defecto de aquellas sociedades que sólo tienen reglas primarias para regular su conducta, en las que no habría certeza de saber cuáles son las reglas de un sistema.

La regla de reconocimiento, como se ha dicho un sinnúmero de ocasiones, es aquella que especifica las características que una regla debe tener para ser considerada como parte del sistema, eliminando con ello el defecto de la falta

---

<sup>356</sup> Cfr. *Idem*, *Obligación jurídica y obligación moral*, *op. cit.*, pp. 5-6.

de certeza. Asimismo, introduce la noción de sistema jurídico. Por lo que su función principal es dotar de certeza jurídica y de unidad del derecho.

Hart caracterizó a esta regla como última y suprema en cuanto a los criterios de validez, o fuente del derecho, dentro de un determinado sistema jurídico, pero que a su vez no depende de otra norma para su existencia. La existencia de la regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica de los funcionarios del sistema al identificar las reglas mediante ese criterio. Por ejemplo, cuando el grupo social, legisladores y tribunales, se conduce de cierta forma al reconocer a la constitución como fuente del derecho, entonces existe una regla en la que, dicho desde el punto de vista externo, lo que establece la constitución es derecho<sup>357</sup>.

Al ser una cuestión de hecho su existencia, nos lleva a considerarla como una regla social de las descritas anteriormente. Vemos que tiene un elemento fáctico en lo que hace a la práctica efectiva de los tribunales y legisladores al aplicarla en sus decisiones y en la creación de disposiciones jurídicas. Por lo que su existencia sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Pero como toda regla social, tiene un elemento interno que consiste en que sea aceptada como pauta o criterio de conducta por los funcionarios y el desvío de la conducta prescrita dará lugar a críticas. Puede ser usada desde enunciados internos y externos<sup>358</sup>.

Aquí lo importante es señalar dos cosas, a) que las obligaciones jurídicas no sólo surgen de una práctica social, cuya existencia depende de una práctica efectiva de los sujetos a quienes se dirige, también surgen siempre y cuando cumplen los requisitos establecidos por una regla de reconocimiento, existen en tanto que son válidas, y b) ésta es una regla cuya existencia depende de que la práctica constante de los funcionarios y de su aceptación de los mismos criterios de validez, por lo que es una regla social.

Creo que hasta este punto he considerado junto con muchos autores, dentro de los que se encuentran Raz, Dworkin y Ruiz Manero, que la regla de reconocimiento es regla social, pero, ¿realmente es una regla que impone

---

<sup>357</sup> *Ibidem*, pp. 9-10, e *Idem*, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 126-127.

<sup>358</sup> *Vid. Idem*, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 136-137, 139.

deberes, o más aún es una regla normativa? Esto es algo en lo que me dedicaré en los párrafos siguientes.

Vimos que las reglas, primarias y secundarias, son ambas “*pautas o criterios de conducta para la apreciación crítica de acciones determinadas. Quizás esto es lo que se quiere decir al designar ambas como reglas*”<sup>359</sup>. Para Raz y Dworkin, las normas sociales sólo pueden ser reglas primarias de obligación, y que la teoría de la regla social tienen como objetivo aplicarse a la regla de reconocimiento y a los deberes que tienen los jueces respecto de ella, y que, como dice Raz en específico, una regla social como las que describe Hart, no dan lugar a reglas secundarias.

Esta apreciación de Raz es un error. En su artículo *Obligación jurídica y obligación moral*, Hart realiza un análisis sobre el porqué ciertas palabras imponen obligaciones, y observa que es porque una regla establece que si se dicen esas palabras pueden darles origen, estas reglas que crean obligaciones son secundarias y confieren poderes o potestades jurídicas a ciertas personas.

En este mismo artículo dice Hart, al referirse a reglas consuetudinarias (reglas sociales), también pueden conferir potestades para crear normas: se pueden crear obligaciones por reglas del *common law* que no han sido legisladas pero que son concebidas como una práctica consuetudinaria por los tribunales desde hace mucho tiempo<sup>360</sup>.

Al respecto, cabe aclarar lo siguiente. Cuando se acude a un tribunal para la decisión de un caso, el juez competente debe determinar si ha sido una práctica efectiva la forma de crear obligaciones dentro de la comunidad para determinar si se está o no obligado, esto debe ser muy distinto de que la apliquen los jueces y que se constituya una práctica en estas instancias, ya que puede haber casos en los que existe la forma X de contratar con base en el *common law*—derecho consuetudinario- pero que por su efectividad nunca ha sido necesario ser llevado ante un tribunal.

---

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>360</sup> *Vid. Idem, Obligación jurídica y obligación moral, op. cit.*, pp. 10-11

Por tanto, reglas secundarias y reglas primarias pueden ser originadas con base en reglas sociales, y en este sentido, Hart tiene razón al considerar que ambas son reglas en cuanto ambas son criterio o pautas de conducta para la apreciación crítica de ciertas acciones. Si tomamos la interpretación anterior sobre la teoría de Hart, es fácil caracterizar a una regla de reconocimiento como una regla secundaria y no como una regla primaria como lo pretende Raz.

Además, el propio Hart la denomina “regla secundaria”. Recordemos que cuando hablamos de reglas primarias que regulan la conducta de una sociedad simple no existe certeza de qué regla es parte del grupo social, por lo que existe una falta de certeza y que dicho problema se resuelve introduciendo *reglas secundarias*, como una regla de reconocimiento, que especifica las características que una regla debe poseer para ser parte de un sistema<sup>361</sup>. Por lo anterior es que si analizamos a la regla de reconocimiento como regla normativa tendría que ser ubicada dentro de las secundarias. Primero porque Hart la denomina expresamente como regla secundaria y porque sí pueden imponer facultades por medio de regla social.

Las reglas secundarias son reglas que confieren potestades, privadas o públicas, para crear modificar o eliminar reglas primarias (aunque no sólo éstas), estas reglas también son definidas como reglas acerca de reglas primarias. Las reglas secundarias otorgan facultades, facilidades para que los particulares lleven acabo sus deseos.

Según Hart estas reglas secundarias que confieren facultades a los órganos legislativos, judiciales son, por citar algunos ejemplos, a) las reglas que confieren potestades para conocer ciertos casos, sea por materia o cuantía, b) las que establecen el modo de designación de los jueces, y c) las que establecen el procedimiento que deben seguirse ante un tribunal<sup>362</sup>. Puede observarse que él denomina reglas secundarias a todas las que intervienen en el ejercicio de potestades, sea definiendo la materia sobre la que puede ser

---

<sup>361</sup>Vid. *infra*. pp. 44-46.

<sup>362</sup>Vid. HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 37, 39, y De PÁRAMO ARGUELLO, Juan Ramón, op. cit., p. 239.

ejercida, el procedimiento y la identidad de los miembros o funcionarios que deben cubrir.

De los ejemplos que cita Hart, nos lleva a concluir que no toda regla secundaria tienen como objetivo guiar la conducta de los individuos al ejercer sus potestades o poderes, ya que parece que dentro de las normas secundarias<sup>363</sup>, Hart parece incluir a reglas como las que establecerían las características de los individuos para ser jueces o legisladores, como ser mexicano, tener cierta edad y no estar inhabilitado para ejercer un cargo público. Parece que el autor incurre en el mismo error que otros autores cometieron al englobar todas los tipos de reglas al considerarlas reglas primarias o que imponen deberes, sólo que éste engloba muchas diferentes bajo el rótulo de reglas secundarias, ya que no todas son normativas.

En este sentido Hart confunde los tipos de reglas con sus funciones, ya que si su función es que las reglas secundarias puedan hacer posible la creación de reglas primarias y otras secundarias, sí podrían englobarse todos los ejemplos que usa Hart, porque al fin y al cabo, intervienen en el proceso de creación, modificación y extinción normativa. Pero si las consideramos como tipos de normas, sólo pueden ser reglas que confieren deberes y potestades, cuyo objetivo es guiar la conducta de los individuos. Dentro de su teoría no da cabida a otro tipo de reglas.

Recordemos que no todas las reglas son normativas, como ya se mencionó, ya que dentro de la lista que enuncia Hart, hay reglas que no guían la conducta, utilizando la terminología de Raz, existen dentro de un sistema jurídico disposiciones jurídicas que son normas y disposiciones jurídicas que no son normas. Entonces tenemos que la regla de reconocimiento no puede encontrarse ubicada dentro de los tipos de norma que guían la conducta, sino dentro de la función que desempeñan dentro del derecho, que son reglas sobre reglas<sup>364</sup>. El hecho de considerarlas por su función, nos lleva a concluir que dentro de la teoría de Hart toda regla que no impone deberes, por exclusión es una regla secundaria.

---

<sup>363</sup> Vid. WALUCHOW, Wilfrid, *op. cit.*, pp. 90, 249-250.

<sup>364</sup> De PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *op. cit.*, pp. 231-232.



Lo anterior puede desprenderse de la misma obra de Hart al caracterizarla como regla que impone los criterios o características que una regla debe tener para ser parte del sistema. Por ejemplo, la regla de reconocimiento remedia el problema de falta de certeza, ésta especifica alguna característica que en caso de ser poseída por una regla será considerada del sistema<sup>365</sup>; su existencia se manifiesta en la práctica de funcionarios al identificar las reglas mediante ese criterio<sup>366</sup>; y ello supone que una regla de reconocimiento es *aplicada* (no obedecida) sin que se enuncia que ella es aceptada<sup>367</sup>.

Cuando la define como regla última dice que suministra los criterios, características, de validez jurídica y que los jueces la usan en última instancia es para reconocer reglas particulares; *i. e.*, cuando se afirma la validez de una regla se usa la regla de reconocimiento como medio de identificación jurídica, y que en caso de duda debemos voltear a ver la forma en que los jueces y funcionarios identifican el derecho en general y la aceptación general que existe sobre esa forma de identificación<sup>368</sup>.

De lo anterior concluimos que descripción dada por Hart sobre la regla de reconocimiento es con el fin de otorgarle un contenido que defina los criterios de validez jurídica, dando con ello certeza a los ciudadanos de saber, la mayor parte, de la consecuencia de sus actos, mas no que le otorgue una naturaleza normativa, ya que como dijimos, es regla secundaria por exclusión, *i. e.* por no ser regla que impone deberes, pero que a su vez cae dentro de aquellas disposiciones jurídicas que no son normas, pero que a fin de cuentas, afecta la existencia o aplicación de otras reglas del sistema<sup>369</sup>.

En el punto anterior coincido con Bulygin<sup>370</sup>, al considerar que la regla de reconocimiento carece de valor normativo y que el deber de aplicar la regla de reconocimiento proviene de otra regla diferente a la misma. Bulygin sostiene que el deber de la regla de aplicar la regla de reconocimiento proviene de otra

---

<sup>365</sup> Cfr. HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 117-118.

<sup>366</sup> Cfr. *Ibidem*, p.126.

<sup>367</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 128.

<sup>368</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 133, 134 y 135.

<sup>369</sup> Cfr. RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, *op. cit.*, pp. 206-207.

<sup>370</sup> BULYGIN, Eugenio, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en <http://hdl.handle.net/10045/10790> (4 de agosto de 2015), pp. 268-270.

regla del mismo sistema y que es identificada con base en ella, y aquí es donde me separo de este autor por lo siguiente.

En este sentido, Ruiz Manero<sup>371</sup> sostiene que a fin de cuentas si el deber proviene de una regla del propio sistema, digamos N1, entonces debe haber una regla jurídica N2 que ordene aplicar N1. N2 necesariamente debe ser una regla jurídica para que el derecho se sustente intrasistemáticamente, ya que del hecho de que N2 sea una regla moral, entonces se hablaría de una conexión necesaria entre derecho y moral, y Hart, no acepta esto.

Si consideramos que el deber proviene de N1 nos llevaría al mismo problema sobre del porqué debemos obedecer la regla, lo cual se fundamentaría con N2, una regla última jurídica. N2 es una regla de reconocimiento. Si consideramos a la regla como normativa que impone el deber de los jueces de aplicar el derecho, podremos considerar esa regla como jurídica y no como moral, para no abandonar los postulados positivistas. En este sentido tiene razón Ruiz Manero. Si consideramos que la regla proviene de una misma regla del sistema, identificada conforme los criterios de validez de la regla de reconocimiento, tendríamos que sustentarla en una regla jerárquicamente superior.

Aquí, al igual que en Hart, la regla de reconocimiento es última y suprema, que desde el plano descriptivo podemos decir que en todo sistema jurídico existe una regla que no puede fundarse en otra, que no puede citarse otra regla por encima de ella, y a esa es a la que llamamos regla de reconocimiento. Entonces seguimos tratando de definir el derecho desde la misma teoría del derecho, sin allegarnos de la moral como fundamento último, sólo que a diferencia de Ruiz Manero y de Raz, la considero como una regla secundaria, entendida como regla sobre reglas y no como facultativa, que únicamente especifica los criterios de validez, lo anterior sin dejar de ser última y suprema.

---

<sup>371</sup> RUIZ MANERO, Juan, *op. cit.*, pp. 140-142.

## CONCLUSIONES.

Durante el presente trabajo he realizado un estudio sobre la regla de reconocimiento, que ha sido objeto de varias críticas y defensas dentro de la literatura jurídica. Lo que me propuse en el capítulo segundo fue dejar en claro que se trata de una regla social, que tiene un punto de vista interno y otro externo, que sirve de guía a los jueces y demás funcionarios para reconocer lo que es derecho dentro de un sistema jurídico.

En la primer parte del capítulo tercero se hizo mención de la crítica que hiciera Dworkin a dicha regla, por considerarla como inadecuada para reconocer todo aquello que es derecho: en primer lugar, porque no reconoce a los principios jurídicos que juegan un papel importante a la hora de resolver los casos concretos, y que cuentan con un contenido moral; en segundo lugar, de lo anterior se deriva que al existir deberes que no surgen de una práctica social, deja indefensa la teoría de la regla de reconocimiento, ya que en ocasiones el deber surge de la moral cuando no existe una práctica que justifique ese deber, y sólo por medio de una teoría integradora como la de un juez Hércules.

En tercer lugar, que al valernos de una cuestión práctica como fundamento de los deberes, no se puede conocer el alcance preciso de dicho deber, lo anterior debido a que los sujetos de las reglas difieren al citar su alcance, ya que sólo conocen la práctica social que se da cuando surge la oportunidad, pero no sabrían si existe un deber en casos que no se han visto en la práctica.

Por lo anterior, Hart defendió de manera notoria su teoría de la regla de reconocimiento. En primer lugar la regla de reconocimiento sí acepta criterios morales para identificar normas jurídicas, prueba de ello es que en varios textos como *El concepto de derecho* y *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, pero teniendo en cuenta que dichos criterios

únicamente juegan un papel contingente dentro del derecho, sólo si lo establece la regla de reconocimiento.

Los principios, como se dijo, juegan un papel siempre y cuando lo establezca la regla de reconocimiento, pero a diferencia de Dworkin que creía que sólo pueden ser identificados mediante una teoría integradora, en Hart es necesario la existencia de una regla de reconocimiento que ayude a identificar el cúmulo de leyes y precedentes que nos ayuden a descubrir los derechos subyacentes dentro del material jurídico de un determinado sistema jurídico, *i. e.* se requiere de todas formas de una regla maestra.

Finalmente, Dworkin la atribuye a la tesis de la regla de reconocimiento un papel exagerado en cuanto al grado de certeza que esta debe otorgar dentro de un sistema jurídico determinado. Dice Hart, que hayamos reconocido que la moral juegue un papel determinante al resolver casos difíciles, no sugiere que se vulnere la función de la regla de reconocimiento, ya que si bien es cierto que la moral permite realizar elecciones a los juzgadores para resolver los casos que se someten a su jurisdicción, también lo es que no siempre es tan controvertible, tanto que sea imposible una elección razonable.

Por otra parte, Hart nunca le atribuyó un papel preponderante a la certeza jurídica tal y como lo sugiere Dworkin, ya que si bien la regla de reconocimiento ayuda a identificar las reglas de un sistema, también lo es que al ser redactadas en términos generales, gozan de una zona de penumbra, que Hart denominó textura abierta, que hace que su aplicación a los casos concretos sea controvertible. Tanto la moral y las reglas, en ocasiones son aplicables a los asuntos de manera clara y en otros no lo son.

Dworkin confundió la naturaleza de la teoría del derecho de Hart. Aquél la concibió como una teoría que trata de justificar la normatividad del derecho por medio de una práctica social, que a fin de cuentas, si ese hubiera sido el propósito de Hart, yo mismo estaría de acuerdo con Dworkin, ya que sería lógicamente imposible pasar de un estado fáctico a estado normativo, por lo que estaría en mejor posición la postura de Dworkin quien encuentra la justificación del derecho en la moral. Pero como vimos, Hart jamás pretendió

justificar el derecho por medio de la práctica social de los jueces, quienes en última instancia, aplican el criterio último de validez jurídica.

Su propósito principal fue describir las condiciones que existen en una sociedad cuando hay normas, jurídicas y sociales, *i. e.* describir que una regla impone deberes, cuando los requisitos de la regla de reconocimiento son satisfechos, esto hace referencia a las reglas válidas, pero en el caso de la regla social de reconocimiento, no es que la práctica como tal imponga el deber, ésta sólo puede ser una prueba empírica de que existe un deber, ya que al comportarse los miembros de una sociedad de cierta forma en determinadas circunstancias se presupone un parámetro de conducta regular que es seguido -y será seguido- por los integrantes de la comunidad, y de los jueces en el caso de la regla de reconocimiento.

Finalmente, Dworkin al atribuirle una teoría de la adjudicación a Hart, fue nuestro punto de partida para interpretar la naturaleza de la regla de reconocimiento que ha sido entendida como una regla que impone deberes a los jueces de aplicar los criterios de identificación contenidos en ella, de la misma forma que una regla impone el deber de pagar impuestos. Esta concepción de la teoría de Hart es malentendida porque, como mencioné, de varios pasajes de *El concepto de derecho* se desprende que los jueces no obedecen la regla de reconocimiento sino que la aceptan, el término obedecer es inadecuado para describir lo que hacen los funcionarios respecto de las reglas secundarias.

No porque las críticas de Dworkin a la teoría de Hart no hayan sido atinadas, no por eso se demerita su valor, al contrario, hay que considerar que su aparato teórico es de suma complejidad y de gran aporte tanto para la filosofía moral, política y jurídica, pero que no atentan contra la tesis positivista de Hart, ya que el acercamiento de ambos autores al derecho es distinto.

## BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa editorial, 2ª edición, Barcelona, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2002.

BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

BAYÓN, Juan Carlos, “*Deber jurídico*”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edits.), *El derecho y la justicia*. Trotta, Madrid, 2000, pp. 313-330.

BENTHAM, Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, trad. Julián Ramos Larios, Sarpe, Madrid, 1985.

BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid 1993.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2009.

CARACCIOLO, Ricardo, “*Sistema jurídico*”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edits.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, pp.161-176.

CARRIÓ, Genaro R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de crítica No. 16, México, 1981.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México, 1999.

DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrevelsky-Endicott, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto, 2011.

DELGADO PINTO, José, “Normatividad del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (edits.), *El derecho y la justicia*. Madrid, Trotta, 2000, pp. 425-440.

DWORKIN, Ronald, *Casos difíciles*, trad. Javier Esquivel, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Cuadernos de Crítica no. 14, México, 1981.

DWORKIN, Ronald, *Imperio de la justicia*, 2ª ed., trad. Claudia Ferrari, Gedisa Editorial, Barcelona, 2012.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Una Cuestión de principios*, trad. Victoria Boschirolli, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

GARCÍA HIGUERA, Rubén. *La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, *Papeles de Teoría y Filosofía del derecho*, número 8, Madrid, 2010.

HART, H. L. A. *Definición y Teoría en la ciencia jurídica*, trad. Genaro R. Carrió, en *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962.

HART, H. L. A., *Derecho, Libertad y Moralidad. Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford (1962)*, trad. Miguel Ángel Ramiro Avilés, Instituto de derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Edit. Dykinson, S. L., Madrid, 2006.

HART, H. L. A. *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

HART, H. L. A., *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*. En *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro R. Carrió, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962.

HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope A. Bulloch y Joseph Raz (eds), trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

HART, H. L. A., *Postscriptum*, trad. Juan Manuel Pombo Abondano, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin.*, con Estudio preliminar de César Rodríguez, Facultad de Derecho-Universidad de los Andes, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 2002.

HIERRO, Liborio L. *La eficacia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 2010.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 3ª ed., UNAM, México, 2010.

LEITER, Brian, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MONTERO, Alberto J., *Derecho y Moral. Estudio Introductorio*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.

NINO, Carlos Santiago, *Los conceptos de derecho*, en *Crítica*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, vol. XIII, no. 38, México, agosto 1981, pp. 29-52.

PLATÓN, *Gorgias*, versión de Ute Schmidt Osmanzik, UNAM, Bibliotheca escriptorum graecorum et romanarum mexicana, México, 2008.



PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios y derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema Jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Coyoacán, México, 2011.

RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed. UNAM, México, 1985.

RAZ, Joseph, *La ética en el ámbito público*, trad. de María Luz Melon, Gedisa, Barcelona, 2001.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SHAPIRO, Scott J., *El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos*, trad., Mariano C. Melero de la Torre, en Mariano C. Melero de la Torre (edi.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Tirant lo blanché editorial México, 2012, pp. 143-194.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El Derecho y la ciencia del derecho. Introducción a la ciencia jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1986.

TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *La Teoría del derecho de H. L. A. Hart*, Revista de la Facultad de Derecho en UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

VIGO, Rodolfo L., *El antipositivismo jurídico de Ronald Dworkin*, en Anuario Jurídico N. XV, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1988, pp. 295-333.

WALUCHOW, Wilfrid, *Positivism Jurídico Incluyente*, trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

## CIBEROGRAFÍA.

AGUILÓ Regla, Josep, *Sobre la constitución del estado constitucional*, en [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/013727197680288374\\_22802/doxa24/doxa24\\_17.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/013727197680288374_22802/doxa24/doxa24_17.pdf?portal=4) (04 de agosto de 2015, a las 1:13 hrs).

BULYGIN, Eugenio, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en <http://hdl.handle.net/10045/10790> (04 de agosto de 2015, a las 14:45 hrs).

DABOVE, María Isolina, *El concepto de derecho en la teoría de H. L. A. Hart, perspectiva tridimensional*. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685> (04 de agosto de 2015, a las 1:30 hrs).

DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *El moralismo legal contraataca*, en: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/013616208245738391\\_99024/cuaderno15/volIII/doxa15\\_04.pdf?portal=4](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/013616208245738391_99024/cuaderno15/volIII/doxa15_04.pdf?portal=4) (04 de agosto de 2015, a las 13:55 hrs).

DE PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *Entrevista a H.L.A. Hart*, en <http://hdl.handle.net/10045/10893> (04 de agosto de 2015, a las 14:00 hrs).

FUERTE-PLANAS, Aleix. *Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart*, en <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Mario%20Jimenez/Mis%20documentos/Downloads/21678-21697-1-PB.PDF> (04 de agosto de 2015, a las 1:20 hrs).

HART, H. L. A., *El derecho desde la perspectiva de la Filosofía: 1776*, en [https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Frevista%2Fpdf%2FDerechoComparado%2F33%2Fart%2Fart2.pdf&ei=wf9jVePDDMWWsAXyrICYBQ&usq=AFQjCNEV\\_AsITEK4m6-LLHvCbibNi5XX4A&sig2=9vKpzlMNNK4WrcujauOi6A](https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fbiblio.juridicas.unam.mx%2Frevista%2Fpdf%2FDerechoComparado%2F33%2Fart%2Fart2.pdf&ei=wf9jVePDDMWWsAXyrICYBQ&usq=AFQjCNEV_AsITEK4m6-LLHvCbibNi5XX4A&sig2=9vKpzlMNNK4WrcujauOi6A) (31 de julio de 2015, a las 1:15 hrs).

HART, H. L. A., *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, en <http://jmcharles.blogia.com/2011/030201-el-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.-herbert-l.a.-hart.php> (31 de julio de 2015, a las 1:18 hrs).

HART, H. L. A., *Obligación jurídica y obligación Moral*, trads. Javier Espinoza y L. Alfonso Ortiz, En: [http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion\\_5/articulos/1\\_Obligacion\\_juridica\\_y\\_obligacion\\_moral.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_5/articulos/1_Obligacion_juridica_y_obligacion_moral.pdf) (31 de julio de 2015, a las 1:06 hrs).

NAVARRO, Pablo, *et alter*, *La fuerza institucional del derecho*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/241/art/art7.pdf> (04 de agosto de 2015, a las 13:41 hrs).

RAMÍREZ, Jorge, *La regla de reconocimiento. Una somera visión de la tesis de Hart y Lipkins*, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/79/lecciones-y-ensayos-79-paginas-163-185.pdf> (04 de agosto de 2015, a las 14:10 hrs).

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Hart: algunos puntos críticos*, en <http://hdl.handle.net/10045/10371> (04 de agosto de 2015, a las 14:15 hrs).

ROJAS Amandi, Víctor Manuel, *El Concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, en <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/246/art/art16.pdf> (04 de agosto de 2015, a las 14:20 hrs).