



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Relación entre la regla de reconocimiento y la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural en H.L.A. Hart

Ubalдина Díaz Romero

Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Filosofía, Posgrados

Bogotá, Colombia

2020

Relación entre la regla de reconocimiento y la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural en H.L.A. Hart

Ubalдина Díaz Romero

Tesis de investigación presentada como requisito para optar al título de:

Doctora en Filosofía

Directora:

Ph.D. Ángela Uribe Botero

Codirector:

Ph.D. Óscar Eduardo Mejía Quintana

Línea de Investigación:

Filosofía del Derecho

Grupo de Investigación:

Repensar el derecho

Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Filosofía, Posgrados

Bogotá, Colombia

2020

A la memoria de mi padre Saúl Díaz Romero.

A mis hijos Manuel Julián Escobar Díaz

Marcela Sofía Escobar Díaz

A mi madre, Judith Romero de Díaz

por su amor y comprensión

Agradecimientos

En primer lugar debo expresar agradecimientos a los docentes del departamento de Filosofía de la Universidad Nacional Sede Bogotá, porque en algún día del primer semestre del 2014, resolvieron darme la oportunidad de ser seleccionada como beneficiaria del Programa de Becas Doctorados Nacionales de Colciencias, convocatoria 727 de 2015. Obviamente también van agradecimientos para el Comité de Selección de Colciencias en dicho año, por los mismos motivos. Ya en el intercambio de seminarios cursados, agradecimientos al Dr. Jaime Ramos Arenas, que con su retroalimentación y orientación inicial supo acuciar mi curiosidad sobre la obra de Hart.

En ese mismo ínterin, se me hace necesario un reconocimiento de gratitud a la Dra. Angela Uribe quien fue capaz de asumir la dirección del proyecto aun sin conocerme, decisión esencial para poder gestionar la pasantía en la U. de Chile, entre otras actividades propuestas para la ejecución de recursos destinados al desarrollo del proyecto de investigación.

Sería injustificable omitir mi gratitud a la Dra. Lilian Bermejo Duque, del Departamento de Filosofía I de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Granada (España) porque gracias a ella, durante la pasantía en dicha Universidad realizada en el segundo semestre de 2017, pude atisbar otras luces respecto al problema abordado.

Existen personas que, tienen el extraño don de estar siempre en el lugar preciso y el momento oportuno. Ese es el caso del Dr. Oscar Eduardo Mejía Quintana. Recuerdo el primer día que pisé los pasillos del segundo piso de la Facultad de derecho en la Universidad Nacional Sede Bogotá, con la intención de ubicarlo y exponerle mi necesidad de contar con su apoyo para la orientación de este trabajo. Su afectuoso saludo no se borrará jamás de mi memoria. Mi gratitud por siempre, por haber aceptado en un momento pleno de circunstancias adversas y a pesar de todas ellas, asumir ser mi codirector de

investigación apoyando el duro proceso de diseño del proyecto respectivo y acompañarme en el aún más riguroso momento de sustentación ante jurados así como en las etapas posteriores hasta su culminación. Gracias por brindarme además, la ocasión de estrechar los vínculos de amistad que ya teníamos como miembros de la comunidad iusfilosófica nacional en la Asociación Colombiana de Filosofía Social y Filosofía del Derecho ASOFIDES.

Hace muchos años tuve la oportunidad de conocer los ensayos de Filosofía del derecho del profesor Rafael Carrillo Lúquez, ensayos que inspiraron mi pasión por esta rama de la filosofía. Tales materiales llegaron a mis manos a través de un egresado del programa de Filosofía de esta misma institución. Sea éste el momento de agradecer a Numas Armando Gil Olivera, actual docente de la Universidad del Atlántico por colocar en mis manos aquellos textos. Y por ser el oficiante del único encuentro que tuve allá en Valledupar con el maestro Rafael Carrillo Lúquez, cofundador del Instituto de Filosofía anexo a la Facultad de Derecho, en esta misma sede de la Universidad Nacional en 1.946 y su primer director, instituto que dio un giro radical a los estudios de Filosofía en Colombia, y del cual surgió por vez primera en la historia institucional la actual Facultad de Ciencias Humanas.

Deseo también aquí manifestar mis agradecimientos a los funcionarios administrativos del Departamento de Filosofía, especialmente a Melba Cristina Triana Olaya, Secretaria de la Coordinación de Postgrados, por ser una persona atenta a todos los procedimientos que entran en el giro de intereses de los doctorandos, así como a los funcionarios de Unidad Administrativa y de la Oficina de Coordinación de apoyo a la investigación de la Facultad de Ciencias Humanas de la citada sede.

Un doctorando o una doctoranda requieren no sólo asistencia en los ajetreos propios de la investigación. También en muchas ocasiones además del apoyo académico o del apoyo técnico, necesitan apoyo socioemocional. Éste, lo conseguí en el doctor Raúl Meléndez Acuña, a quien debo hacer reconocimientos especiales por su amable y afectuosa acogida en los momentos de crisis durante estos años de estancia en la Universidad Nacional Sede Bogotá.

Y por último, pero no por ello menos importante sino al contrario, agradecimientos imperecederos para el Dr. Juan Pablo Mañalich Raffo, director del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, por sus valiosísimas orientaciones y aportes decisivos en los sucesivos encuentros realizados durante mi pasantía para la redacción final de este trabajo, realizada en el segundo semestre de 2019 en esa Universidad. Circunstancia digna de analizar: ¿por qué la preocupación por la Filosofía se anida fuertemente en los interrogantes jurídicos, ahora y desde la Antigüedad?

U.D.R.

Bogotá, Enero 29 de 2020

Resumen

En esta investigación se propone una relación sustancial entre la tesis de la regla de reconocimiento y la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural en la teoría de H.L.A. Hart. La hipótesis de trabajo es que la Regla de Reconocimiento es una convención constitutiva que como tal, alberga en su interior las razones prudenciales colectivas derivadas de la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural. Por tanto la regla de reconocimiento, tiene un rol esencial en la teoría de Hart. Así las cosas, no puede ser considerada regla convencional a secas sino convencional constitutiva, a saber obligatoria para funcionarios, cuyas decisiones mediadas por el concepto de “autoridad proveniente de práctica legitimada” serán a su vez obligatorias para ciudadanos. La regla de reconocimiento al velar por la validez de las normas particulares, lo que hace es salvaguardar las reglas mínimas de convivencia que son el sustrato fundamental de la existencia social.

Palabras clave: contenidos mínimos de derecho natural – incertidumbre – regla de reconocimiento – autoridad – tesis de la separabilidad- tesis de los hechos sociales.

Abstract

In this research, a substantial relationship is proposed between the thesis of the recognition rule and the thesis of the minimum contents of natural law in the theory of H.L.A. Hart. The working hypothesis is that the Recognition Rule is a constitutive convention that, as such, contains within it the collective prudential reasons derived from the thesis of the minimum contents of natural law. Therefore, the recognition rule has an essential role in Hart's theory. Thus, it cannot be considered a dry conventional rule but a constitutive conventional rule, namely mandatory for officials, whose decisions mediated by the concept of "authority from legitimate practice" will in turn be mandatory for citizens. The rule of recognition when ensuring the validity of the particular rules, what it does is safeguard the minimum rules of coexistence that are the fundamental substrate of social existence.

Keywords: conventional rule - validity - legal norm - legal minimums - constitutive convention - legitimate authority.

Contenido

Capítulo 1	9
1 Qué reconoce una regla de reconocimiento	9
1.1. Introducción	9
1.2. Contextos de surgimiento: Derecho y Filosofía en el siglo XX	16
1.3. Teoría de las reglas vs teoría imperativista de Bentham y Austin	19
1.3.1 Antecedentes de este debate	19
1.4. La crítica a la teoría Kelseniana: Norma fundamental en Kelsen	28
Normas primarias y secundarias en la Teoría pura del Derecho	31
1.4.2 De norma fundamental a regla de reconocimiento	34
1.5. Obligación y Authoritas en una regla de reconocimiento	42
1.5.1 Rasgos distintivos de la teoría hartiana del derecho	42
1.5.2 Reglas Secundarias: De Obligación y De Conferir Facultades	49
1.5.3 Obligación y Authoritas en la Norma Fundamental de Kelsen	55
1.5.4 Obligación y Auhoritas en la norma social para Hart	56
1.6. Convenciones y Prácticas	58
1.7. Obligación, autoridad y doctrina	65
1.8. A modo de conclusión	66
Capítulo 2	71
2 Contenidos mínimos de derecho natural en H.L.A. Hart	71
2.1 Introducción	71
2.2 La purga iusnaturalista en la Teoría Pura del Derecho	74
2.3 Cómo nace la idea de Justicia	76
2.4 Contenidos ¿ dónde?	84
2.5 Reglas primarias de obligación y contenidos mínimos de derecho natural	99
2.6 Algunos debates	108
2.7 A modo de conclusión	111
3 Mínimos y máximos de un sistema jurídico	119
3.1 Introducción	119
3.2 Regla de reconocimiento como convención constitutiva	122
3.3 Regla de reconocimiento y teoría de la separabilidad de derecho y moral	124
3.4 Regla de reconocimiento como regla máxima	131
3.5 Crítica a la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural	145
3.6 Pasiones, contexto y convenciones	150
3.7 A modo de conclusión	162
4. Conclusiones	164

5. Bibliografia.....171

Lista de tablas

Pág.

Lista de tablas Tabla 1 XIV

Lista de Símbolos y abreviaturas

Abreviatura Término

CD *El Concepto de derecho*

CMDN *Contenidos Mínimos de derecho natural*

PC *Principio de Contexto*

RR *Regla de Reconocimiento*

TPD *Teoría Pura del Derecho*

TNJ *Tesis normal de la justificación*

TP *Tesis de la Prevención*

THS *Tesis de los hechos sociales*

TC *Tesis de la convencionalidad*

TS *Tesis de la separabilidad*

TD *Tesis de la discrecionalidad judicial*

1. Introducción

Suele ocurrir que, en el centro de un debate académico que pretende dar cuenta de las tesis de un autor, el interés inicialmente centrado en un foco determinado se afinque en dicho foco de tal manera que deje en penumbra sustratos importantes que respaldan dichas tesis. Y, si se trata de un debate filosófico el asunto se vuelve más intrincado para el lector de dichos textos pues se encuentra ciertamente asistiendo a un “match” entre hábiles contrincantes, poseedores del don de la ubicuidad, del olfato necesario para atrincherarse en diversas posiciones estratégicas que les permitan seguir defendiendo posiciones. Esto más o menos, es lo que se observa en los debates en torno a la obra de Hart: un sinnúmero de objetores ha tomado posición frente a algunas de sus tesis, atacándolas de modo frontal sin que a veces, dicho contrincante vea necesario echar una ojeada a la argumentación vecina que sustenta otra de las tesis del autor que respalda a aquella que tienen en el foco de la discusión y ello, porque su estrategia de ataque ha sido diseñada exclusivamente para el frente en cuestión.

La importancia del presente estudio tiene que ver con esto último. Han sido tantos los debates suscitados por la obra de este pensador, a más de 59 años de la publicación de su obra magna CD que es lícito preguntarse: “A qué se debe el prolífero desarrollo teórico suscitado por las tesis sostenidas en dicho texto?” Y la búsqueda de respuesta a dicho asunto me llevó a buscar constataciones en su producción académica, no sólo la contenida en dicha obra sino en aquellos ensayos publicados posteriormente como los de su trabajo crítico sobre la jurisprudencia y los estudios sobre los textos de Bentham y Mill, entre otros.

Es por ello que me atrevo a afirmar que si hay algo que pueda traer mayor claridad sobre las tesis más debatidas del autor en los últimos cincuenta años, es la articulación que pueda establecerse entre ellas, con base en lecturas de los capítulos de CD ahora enriquecidas por el análisis desde un nuevo ángulo, de sus ensayos posteriores. Así,

puedo considerar que el presente trabajo aborda dicha tarea, circunscrita al ámbito de su tesis de la RR y aquella referente a los CMDN.

El objetivo definido para abordar esta investigación fue hallar una articulación, o conexión entre esas tesis dado el contraste que en el debate subsiguiente fue visible entre ellas: una, la de la RR vituperada por propios y extraños como una regla que no tiene sentido destacar por la multiplicidad de razones que asisten a los agentes judiciales al aplicar criterios de validez. Otra, la de los CMDN, menospreciada o subvalorada como algo sobreentendido.

A mi modo de ver sobre todo en este último caso, se trataba de un modo trivial una tesis que podría arrojar mucha luz sobre aquellas otras que constituyen la citada teoría hartiana. Y, me intrigaba sobre todo, los recursos declarados por Hart como su apoyo en la elaboración de dicha tesis. Por ello, aun cuando el tema se presenta modesto en esta exploración, el hecho de poder dar cuenta de múltiples referencias tanto disciplinares como transdisciplinares en el desarrollo de la misma, hace de este trabajo un lugar propicio para ver cómo emergen nuevos interrogantes sobre la teoría práctica de las reglas que bien podrían dar lugar a lecturas innovadoras de sus planteamientos. O también, robustecer una noción de flexibilidad del derecho aplicada a los nuevos desarrollos del orden jurídico transnacional dado el tratamiento cauteloso que da su autor a eso que llamamos “naturaleza humana”. Me asisten razones para pensar que la plasticidad de la naturaleza humana declarada por Hart en su tesis de los CMDN, en un universo humano palpable y definido, al alcance de nuestros intereses como el creado por el internet, permitirá ajustar concepciones regulativas sobre el comportamiento humano, quizá vistas como imposibles hace unas décadas, o como pertenecientes a una inexpugnable esfera privada de la vida de las personas.

Como en todo propósito de investigación, siempre se presentan limitaciones y éste no ha sido la excepción: lamento no haber tenido la oportunidad de desarrollar con la fruición que merece, esa subregión que comprende la reflexión de Hart sobre asuntos del lenguaje, en la forma que hubiese querido. Quizá eso podría haber dado cuenta de una relación más explícita si cabe, entre las dos tesis- núcleo del problema abordado.

Este trabajo se aborda metodológicamente como un estudio descriptivo y analítico que intenta emular la metodología aplicada por el autor de CD a sus ensayos tales como el denominado "*Is there rights Naturals? Natural Rights in Bentham and Mill*", entre otros. Luego del esfuerzo aplicado para llevar este trabajo a término puedo afirmar que, a pesar de que estas tesis han sido materia de debate por connotados ius filósofos y jurisconsultos, no he encontrado hasta ahora un estudio que se pueda identificar como articulador de las mismas. En ese sentido, me atrevo a pensar que este trabajo puede ser altamente significativo para la comprensión de las tesis hartianas no sólo para quienes incursionan por primera vez en su estudio sino además para quienes, interesados por una formación avanzada que tenga como tema básico esta teoría, retoman sus lecturas de pregrado. Tal escenario podría generar, sobre todo en nuestro contexto contemporáneo una inusitada producción intelectual capaz de remover plácidas certidumbres sobre los patrones de comportamiento de quienes ejercen como ejecutores de la ley.

Ciertamente desde hace tres décadas más o menos, puede hablarse de un renovado vigor del saber jurisprudencial en nuestro medio latinoamericano. Trabajos como el presente, podrían impulsar con mayor brío ese interés y entusiasmo que se viene fraguando a través de la comprensión del derecho como herramienta integral de la realización humana⁸ y social en nuestro medio, pues cada vez se hace más visible su carácter dinámico, su poder de realización en la acción, en las decisiones que hacen jurisprudencia y no en las decisiones mediante las cuales se promulgan dichas normas.

En lo que va de la publicación de CD en 1961, la profusión bibliográfica y el apogeo del positivismo jurídico, ha tenido momentos de auge y momentos de declinación. A pesar de estos últimos, una revisión general de la obra y la producción aquí aludida deja entrever que aún existen muchos interrogantes por resolver en lo que respecta a las ideas sustanciales planteadas, y algunas veces, meramente indicadas, por su autor en algunos capítulos.

⁸ N. de A. A propósito, sobre este tema escribí algo hace unos años: **El Derecho como fundamento de la realización Personal**. Ensayo. Revista Nueva Época. Universidad Libre. Facultad de Derecho, Santafé de Bogotá. No. 3, Junio de 1994. pp. 41-46

Los debates iniciales que enriquecieron y mantuvieron por muchos años en el escenario de la filosofía del derecho, los temas propuestos por Hart, cumplieron su cometido en lo que concierne al desarrollo en diversas latitudes de la pregunta por el derecho, dando lugar a muchas otras tendencias teóricas surgidas de la crítica al positivismo jurídico. En el seno de esos debates se fueron definiendo posiciones teóricas relevantes para la reactivación de la pregunta por el rol del derecho en el mundo contemporáneo. Particularmente fue en principio, mi interés por comprender algunas afirmaciones respecto al lenguaje exploradas en Wittgenstein, sobre todo en *Investigaciones Filosóficas*, las que hacen viable mi arribo, ya en plan de investigación, a la obra de H.L.A. Hart .Y, en ese contexto, lo que captura la atención es la pregunta por las conexiones aparentemente ausentes entre algunas de las afirmaciones planteadas y sustentadas en capítulos diferentes del trabajo central del profesor de Oxford cuya obra entró a mi horizonte investigativo desde hace muchos años, pero precedida de tal aureola escéptica que no fue objeto de mayor atención.

Por ese motivo, la siguiente exploración, además de curiosidad, llevaba una mirada crítica previa. Esa circunstancia particular en la aproximación a las tesis de Hart contenidas en dicho texto, propició el poder expandir la mirada inquisitiva al entorno que les dio origen.

Lo que me propuse hacer en el desarrollo de esta investigación fue establecer de la manera más expedita a mi alcance, el estado de la discusión respecto a la relación entre su tesis de los CMDN y su tesis de la RR y, en lo posible, diseñar un esquema que permitiera dar cuenta de esa articulación. ¿Cómo relacionar aquellas mínimas reglas de convivencia que surgen como necesarias dadas las limitaciones físicas y de voluntad de la especie humana y la constitución de una regla que tiene por función proveer validez a las restantes reglas promovidas o promulgadas por una comunidad humana, con la finalidad de ser practicadas y aceptadas como válidas?

La hipótesis de trabajo que sirvió de guía para esta investigación parte de la afirmación de que los CMDN (Hart H. L., 2012:114) conforman una tesis clave para sustentar la perspectiva del participante y la perspectiva del observador, siendo la primera la que juega el rol más importante en el esclarecimiento de la relación de dicha tesis con la RR . Son denominados “contenidos mínimos” porque arrancan de la constatación de “hechos

obvios” esto es, de aquellos hechos totalmente visibles a la luz de la experiencia humana. Al ser captados por un sencillo proceso de constatación empírica por parte de los miembros de una comunidad de individuos de la especie humana, se constituyen en referentes para mostrar lo que no ha de ser permitido si se quiere proseguir la tendencia de la especie a la supervivencia. Por tanto, son verdades que dotan de sentido la existencia de reglas básicas orientadas como tales, a la búsqueda de la supervivencia. Por ello, están insertos dichos contenidos mínimos en reglas primarias. Dada la génesis de estos contenidos, son responsables en primer grado, de la actitud normativa del participante. Por su parte, la condición de existencia de una RR, es la necesidad de certidumbres o certezas sobre el modo correcto de comportarse. Se afirma entonces que la actitud normativa es reforzada por una regla de las características que porta la RR, la cual para algunos como Raz, es considerada regla de obligación. Por tanto, ambas tesis iluminan o dan cuenta de cómo existen e interactúan patrones de comportamiento clave para la constitución del sistema jurídico en tanto tal: Es la búsqueda de la supervivencia y las actitudes a que ella da lugar, desglosadas en restricciones a la violencia, promoción de la honestidad y del cumplimiento de promesas, por ejemplo, lo que hace posible y necesario el surgimiento y observación de una RR, pues ella surge como respuesta a la falta de certeza de los participantes en torno a la claridad y validez de las reglas primarias. Luego, se constituye en necesidad la RR por cuanto la falta de certeza, mina desde dentro la actitud normativa la cual es básica para la constitución del orden jurídico en un sistema social.

Este trabajo tiene entonces, cuatro capítulos y el apartado de bibliografía y referencias. En el primer capítulo, que consta de seis apartes principales, llevo a cabo una presentación del estado del arte del debate en torno a lo que se entiende como RR, para la cual reconstruyo la noción de regla primaria y regla secundaria en Hart, de cara al examen crítico realizado por el autor a la tesis de la norma básica en la TPD, pero necesariamente he de referirme también a sus críticas, de donde considero surgen básicamente sus tesis principales, a la teoría imperativista de Bentham y Austin.

De igual manera abordo el tema de la distinción entre reglas primarias y secundarias hartianas y normas primarias y secundarias en la TPD para mostrar diferencias sustanciales entre los dos enfoques teóricos. Por otra parte, se aclara el sentido de la noción de obligación de las reglas según la concepción hartiana en general y la concepción

de obligación ya en el contexto específico de una RR y analizo además el alcance de dicha RR.

En los tres últimos apartes, me detengo en una breve aproximación a las nociones referentes a *convenciones y prácticas*, como punto de partida para abordar la idea de autoridad entendiendo ésta como correlato del tema de la obligación, lo cual llevo a cabo teniendo como referente la discusión desarrollada por Raz en torno al tema de la autoridad y sus referentes normativos. Esta reconstrucción es clave para articular la noción de RR con la argumentación desplegada por Hart para justificar la tesis de los CMDN y, por las razones que expongo en el tercer capítulo, es pieza necesaria para abordar una posible alternativa al problema planteado en torno a los nexos entre estas dos tesis, a saber RR y CMDN.

Para el segundo capítulo, que consta de cinco apartes principales, inicio con un recorrido por la postura crítica en torno a las teorías iusnaturalistas, explícitas en la TPD así como en otros textos del profesor Hart, lo cual considero conveniente dado que se trata de reconstruir el estado de la cuestión en torno al tema de los derechos naturales y su fuerte presencia en las teorías jurídicas no sólo clásicas sino también en las contemporáneas. Luego, ya para el desarrollo de la tesis planteada por Hart en torno a tales derechos, me apoyo en los textos del *Tratado de la Naturaleza Humana* (Hume, 2015) para explicitar el origen empirista que su autor da a temas como el de la idea de Justicia, y el modo como ella se va configurando en el seno de la vida social. En el tercer aparte, me detengo en la pregunta sobre el contenido, para desarrollar la idea de la forma básica que tienen los hechos obvios para un positivista analítico como Hart. En las dos últimas secciones, realizo la primera aproximación a la articulación en torno al problema planteado y dedico unos párrafos al desarrollo de unas conclusiones parciales del capítulo desarrollado.

En el tercer capítulo, compuesto por cinco secciones, retomo el tema de convenciones y prácticas a modo de marco contextual para el análisis de la naturaleza y formas de una RR, para argumentar sobre la manera como se solapan en su práctica algunas de las tesis hartianas, en especial la concerniente a la separación de derecho y moral, dado que es precisamente en el tema de la validez donde más incidencias pude hallar para argumentar

sobre las conexiones entre los *contenidos mínimos* y la regla otorgadora de criterios de validez. En las tres últimas secciones, afirmo el carácter preeminente de una RR como la guardiana no sólo de la validez de las reglas particulares en sistemas jurídicos contemporáneos, sino además, su compromiso de flexibilidad frente a las reconfiguraciones de los sujetos sociales y los ajustes regulativos, al punto de deslizar un importante atributo a esta praxis llamada RR cual es, considerarla como regla de obligación, a despecho de lo propuesto por Hart al clasificarla como regla secundaria. En la penúltima sección afirmo ese carácter constitutivo de una RR al proponer la noción de “regla máxima” para referirnos a ella y a la TCMDN, como corolarios de una noción de derecho que lo hace oscilar entre mínimos y máximos, es decir, entre dos puntos que señalan los límites de un sistema jurídico.

Para el cuarto capítulo, hago la síntesis de las conclusiones alcanzadas en cada uno de los anteriores y desarrollo un modesto marco de sistematización de ciertos rasgos conceptuales que permiten presentar una articulación entre las tesis planteadas. Es de mi total interés suscitar interrogantes entre la comunidad iusfilosófica sobre lo aquí planteado y confío en que la difusión que se dé a estos resultados sea tan efectiva como para crear los escenarios ideales para ese debate postergado.

Capítulo 1

1 Qué reconoce una regla de reconocimiento

1.1.Introducción

Dar cuenta de la genealogía de un concepto, implica conocer las aguas en las cuales han abrevado quienes contribuyen a su formación. Tal es el propósito que marca el derrotero de este capítulo, y es tan relevante el hacer el escrutinio de esos cimientos, porque precisamente allí pueda ser posible descubrir, renombrar o aislar elementos significativos para el objetivo general del trabajo, esto es, hallar nexos que permiten coadyuvar o defender la tesis que une de modo complementario esta RR y los CMDN propuestos por Hart. Por ello, en razón a esa construcción de escenario se hace necesario situarnos en las aguas de la tradición del ius positivismo formalista de principios del siglo XX. Ello, porque advertimos que el talante de la crítica hecha por Hart a la TPD, por ejemplo, guarda ya el contenido seminal de lo que más adelante será su teoría de las reglas. Esta característica de todos conocida en el ámbito de la investigación, data de una larga tradición, en la cual las teorías y conceptos se suceden gracias al ejercicio crítico subsiguiente aplicado a ellas por contemporáneos o nuevas generaciones de investigadores, a aquellas formulaciones que brillando o no, fueron validadas y afirmaron su existencia un momento dado. Si aspiramos a reconstruir de la mejor manera las características de las tesis mencionadas en la obra de Hart, ha de ser necesario diría yo, recurrir a los ensayos y estudios críticos de autoría del profesor Hart en torno a los también ensayos y textos de Bentham y Stuart Mill, porque en ellos se concentra un porcentaje no despreciable de la empresa analítico- crítica desarrollada por el ilustre profesor de Oxford

y por esa razón, desde ellos es posible vislumbrar algunas relaciones susceptibles de entablar entre RR y la noción de moral y derecho que aquellos filósofos desarrollan.

Pero, dado que *CD*, núcleo desde donde inicialmente partió esta exploración, despliega un esfuerzo metodológico que echa mano de múltiples recursos para establecer sus tesis, he querido a mi vez, otear en aquellos horizontes, que aunque a simple vista puedan parecer ajenos a la meditación y experiencia que iluminan la teoría hartiana, creo yo que pueden aportar una luz distinta, a los diversos componentes que alimentan aquel esfuerzo por formular un concepto de derecho que se sustrae al canon dominante para la época en que se fragua el pensamiento ius filosófico de Hart. Por ello, muy a pesar de las exigencias de un enfoque analítico y descriptivo como el que he propuesto a modo general, es productivo a mi modo de ver, para profundizar en la tesis objeto central de este capítulo, situarme en la visión de Deleuze y Guattari (*Qué es la Filosofía?* 1993, pág. 86 y ss), dado que aborda problemas con un pensamiento algo menos “estructurado” pero por lo mismo, proclive a captar la complejidad de las cosas. Por otra parte, categorías de ese enfoque, como por ejemplo desterritorialización y agenciamientos (pps.69-85) promueven una comprensión no exclusivamente historicista de la construcción del conocimiento, sino más bien espacial¹ en sentido amplio, algo ajena a cierta tradición iusfilosófica, pero cercana a mi modo de ver, a los derroteros trazados por Hart, con sus ensayos, críticas, reseñas e investigaciones.

Los críticos de la Modernidad y entre ellos especialmente Deleuze ilustran, desde un enfoque multi perspectivístico cómo ocurren en el tiempo y en el espacio entrecruzamientos y agenciamientos, agenciamientos que, peculiarmente no registran un solo plano o patrón definido de los estados de cosas, pues en ellos se da la aparición de diversos planos de inmanencia, por lo cual afirma que “el plano de inmanencia es

¹ Sin embargo, no es exclusivamente deleuziana tal perspectiva. Al respecto ver, por ejemplo otros trabajos de los pensadores franceses que acuñados bajo el término “postmoderno” han sido objeto de discusiones, críticas y desarrollos. Particularmente recuerdo por ejemplo: M. Foucault. *El Orden del Discurso*. Barcelona. Tusquets Editores.1999. M.Foucault. *La Arqueología del Saber, La Verdad y sus formas jurídicas*, entre otras.

hojaldrado” (53). A mi modo de ver y guardando las proporciones debidas, es lícito comparar este enfoque deleuziano respecto a la formación de conceptos con lo que sucede en los procesos físicos de acomodación de las placas tectónicas de la corteza terrestre: los períodos de calma serían los agenciamientos que permiten el desarrollo y consolidación del concepto. Aunque en el pensamiento de Deleuze lo que prima es el movimiento y consecuente con ello, incursiona en otras distinciones entre el concepto filosófico y el concepto científico o sobre estados de cosas, para nuestros propósitos prescindiremos en esta primera parte de tales distinciones, para enfocarnos en la analogía planteada anteriormente. Así, períodos de movimiento, que aquí identifico con desterritorializaciones indican reconversión de los conceptos a la luz de ámbitos nuevos. Lo anterior, busca ampliar el horizonte de comprensión para una reconstrucción que intenta ser prolija, del escenario que tuvo ante sí el filósofo del derecho H.L.A. Hart.

El recurso metodológico aquí planteado, probablemente nos hará derivar hacia las reflexiones khunianas en torno al ciclo de vida de un paradigma científico. Pero, en este caso, espero poder observar nociones jurídicas básicas, en el campo de las desterritorializaciones, de los desplazamientos que operan de modo transdisciplinar, y por esos senderos, avistar por ejemplo que, de forma algo similar se reconstruyen relaciones tales como las que se entablan entre siervo y amo, exploradas en *Genealogía de la Moral* de F. Nietzsche. En efecto: algunos conceptos del derecho - que la tradición del mismo nos ha mostrado como constituidos de modo autónomo- aislados y depurados, no han sido sino el producto de una decantación de factores de distinto orden. Y para acceder a ese horizonte, habría que revisar cómo aborda Deleuze esta idea de los conceptos desde la perspectiva de los conceptos filosóficos, pues de algún modo puede servir de guía para la observación de cómo se consolidan conceptos jurídicos.

Es contrasentido para Deleuze por ejemplo, pensar en la filosofía como formación discursiva. El quehacer filosófico no lidia con proposiciones, ya que éstas suponen una carga referencial, dado que se refieren a estados de cosas, que el filósofo francés no le atribuye al hecho de hacer filosofía. Por ello, afirma, los conceptos no son un componente

de las proposiciones. Aun cuando para muchos³, pueda parecer ideal insertar los conceptos en cadenas discursivas, la visión pluriperspectivística de Deleuze no atiende a tal ideal. Y es aquí, cuando al sustraer el pensamiento de la fascinación que representa aquella idea de Orden racional producto del pensamiento moderno, vemos que cobra nuevamente sentido la propuesta de Deleuze.

En el enfoque *Deleuziano-Guattariano*, es preciso mirar los conceptos en sus componentes, sopesando sus particularidades, repasando las condiciones peculiares que hicieron posible su surgimiento y percibiendo que tales peculiaridades desbordan campos disciplinares, enriqueciendo de este modo la exploración de un concepto. De ellos, les interesa - a los investigadores - su especificidad y su historia, sólo para señalar que en un concepto siempre habrá trozos o componentes de otros - conceptos - que respondían a otros problemas y otros planos (Deleuze,1993:23). A tal modalidad de aproximación a las nociones conceptuales acuñadas por otros pensadores, la llama la *Pedagogía del concepto*. Pero, en su actividad investigativa, dicho nombre remite, no a la idea de un saber previo, portador de ilustraciones y certezas probadas que aplique herramientas de análisis previamente diseñadas, a la elucidación de un objeto conceptual. Ese enfoque ilustrado o moderno del concepto aplicado al término "Pedagogía" no es el que anima la reflexión del pensador francés, ese enfoque que busca llevar de la mano al concepto para instrumentalizarlo en su devenir. En su reflexión, si aplicamos a pedagogía la noción de concepto *en el sentido deleuziano* se nos ofrece pedagogía como un gesto, no como

³ Podría ser discutible señalar esta apreciación respecto al concepto, que trata de mirarlo en su especificidad y en su historia. Y discutible porque más adelante habrá que retomar en algún momento la postura de los teóricos del lenguaje ordinario como Austin J.L. como un posible precedente legítimo del trabajo de Hart, para quienes lo sensible en la apreciación de los conceptos es mirar su papel o lugar en los enunciados, dado que esta escuela del lenguaje ordinario a la que se vincula a Austin J.L. y a Hart entre otros, centra su atención en el aspecto pragmático del lenguaje. En este sentido me parece que para lidiar con lo consecuente o inconsecuente de combinar conceptos y enunciados puede ser ilustrativa la revisión del trabajo de Hart sobre los Ensayos de *Annarchical Fallacies*, sobre todo el trabajo contenido en el Ensayo *Legal Duty and Obligation. Essays on Bentham. H. L. A. Hart.* © Oxford University Press 1982. Published 1982 by Oxford University Press, precisamente cuando reconstruye los métodos planteados por Bentham para "limpiar, depurar o "concretar" las palabras relativas a "entidades Ficticias", grupo en el cual incluía palabras tales como derecho, obligación, deberes, entre otras.

palabra inserta en un discurso; se muestra como una invitación a la exploración de aquellas especificidades inscritas en lo que Deleuze llama “planos de inmanencia” que hicieron posible la creación de un concepto determinado. A mi modo de ver, esta es una hoja de ruta muy apropiada si se quiere apreciar en todas sus dimensiones la tarea desarrollada por Hart para la reconfiguración, esto es, la recreación, de un concepto tan trajinado, vapuleado, zarandeado e instrumentalizado como el de derecho. Llevar a cabo esa exploración del modo como se han ido configurando las diversas acepciones - y conexiones, diría yo- entre esa idea de Derecho y nociones tales como obediencia, deber, razonamiento, sanción, coerción, y cómo fueron adquiriendo sus diversas pelambres y accesorios, es la mejor invitación que podemos tener para arribar a una comprensión aguda de ese constructo social que nos determina en gran medida

Probablemente surja aquí la objeción de la inconmensurabilidad de tal enfoque frente a nociones circunscritas al campo de lo jurídico-analítico en el cual se ubica nuestro problema de estudio. Es posible que la lectura de este introito metodológico suscite malestar entre quienes adhieren a los puntos de vista ius filosóficos alineados en la tradición del derecho positivista, iusnaturalista o analítico-positivista, por cuanto afirmar del concepto que es multiplicidad, refuta de variadas formas, cerradas expresiones lógico-jurídicas elaboradas por muchos teóricos del derecho⁴, las cuales entrañan una formulación lógico-sistemática más cercana a los postulados kantianos de la razón práctica, que a las inciertas aguas de la vida social.

Ello, dirían, riñe con afirmaciones taxativas explícitas en las teorías en discusión en este capítulo respecto a sus modos de acotación del objeto de estudio. Pero ¿no es acaso necesario deslindar fronteras cuando se persigue la comprensión de un objeto de investigación? ¿No es quizá de esta manera como logra reconstruirse la perspectiva de un objeto de estudio escindido por la inveterada costumbre de dividirlo en partes o secuencias? En la convicción que tengo respecto a lo fructífero de esa perspectiva deleuziana capaz de hacer visible la multiplicidad incesante que recorre al concepto, más aún, cuando lo que buscamos es explorar los factores presentes en un concepto de amplio

⁴ Creo que sólo basta pensar en algunos nombres para constatar lo aquí afirmado: Por ejemplo, Bentham, Austin (el jurista), Stuart Mill, Kelsen, entre otros.

horizonte, creo en un acercamiento inicial desde la noción básica de norma social pues ésta se constituye en el punto de partida de la idea de RR en Hart.

Porque ¿cuál otra obra en la estela del pensamiento ius filosófico del siglo XX refleja con mayor intensidad la constelación de ideas inherentes a la experiencia jurídica, en todos sus campos y dimensiones que los trabajos de Hart? Incluso quienes abordan la tarea crítica en torno a ellos⁵ no pueden dejar de reconocer este anudamiento de ideas y cuestionamientos, de donde parten los argumentos hartianos. Ya no es posible eludir las lecturas de Hume, Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Mill y al abordarlas, es inevitable hallar resonancias de ellos en los planteamientos de Hart.

¿Cuáles otros filósofos preocupados por el debate iusfilosófico reúnen en su producción, tanto ensayística como crítica, además de la argumentación en torno a lo que defienden o condenan, esa búsqueda profunda que compromete con acierto las afirmaciones de sus contradictores? ¿Quién es el otro dueño en el siglo XX para el campo ius filosófico, de ese estilete metodológico que logra deslindar conexiones rígidas, categorías legitimadas por el orden discursivo⁶, pero espúreas en su contenido? Sin duda, el profesor Hart. El jurista oriundo de Harrogate, nacido un 18 de julio de 1907, y muerto en Oxford un 19 de Diciembre de 1992. Él tiene la gran virtud de reunir no sólo un léxico a veces un poco denso u oscuro a pesar de sus propósitos, pero siempre pleno de afinamientos que permiten llegar, así sea luego de un esfuerzo notable por parte de sus lectores, a la constatación de las capas que, cual formaciones rocosas se fueron sedimentando sobre las palabras, en especial, de aquellas cargadas de sentidos diversos a través del tiempo, de aquellas entidades llamadas por Bentham entidades “ficticias”.

Inicio pues, para este primer capítulo, presentando los rasgos distintivos de una de las tesis más controvertidas de la obra de Hart y al mismo tiempo, una de las más sustanciales de su teoría: La RR. El objetivo de este capítulo dividido en siete secciones principales no

⁵ Dworkin, Finnis, MacIntyre, entre otros

⁶ En el sentido explícitamente foucaultiano de la expresión.

es otro que proporcionar 1) el escenario o contexto de surgimiento de la noción RR en Hart y 2) La caracterización de dicha regla para su identificación frente a las otras reglas. Para ello, inicio en el primer apartado con una breve visión de lo que fue el desarrollo de derecho y filosofía en la primera mitad del siglo XX, no sin antes echar mano del recurso de una visión posmoderna a modo de introducción, que permita la inclusión de los diversos campos disciplinares que involucra Hart en su teoría; para el segundo apartado, contrasto la teoría hartiana con la teoría imperativista por ser ésta otro punto crítico del cual surgen las tesis de Hart; y en el siguiente, el tercero, abordo la crítica a la Norma Fundamental de la TPD, otro de los polos que incide en la concepción de la RR; además, profundizo la distinción entre lo que es para Hart reglas secundarias y primarias y lo que es para Kelsen normas secundarias y primarias. A partir del cuarto apartado, incluyo las nociones de obligación y autoridad para ampliar la comprensión en torno al *modus operandi* de dicha regla y retomar su rol en lo que considera Kelsen la dimensión prevalente de la norma. En los tres últimas secciones, establezco los nexos de tales conceptos con las nociones de convención y prácticas sociales para profundizar la distinción entre la noción de obligación de la teoría clásica del derecho, saturada de tintes iusnaturalistas y la versión positivista analítica de obligación en Hart. Para esta distinción, es necesario echar mano de la dimensión pragmática del lenguaje y destacar el rol y formas expresivas de los enunciados en el discurso jurídico porque es a través de dicha práctica que se cuecen las reglas jurídicas, en especial, la RR.

Con esta presentación del primer capítulo se pretende dar respuesta a interrogantes tales como: ¿Cuál es el rol asignado por Hart a la RR? ¿Cuáles son los elementos distintivos de esta concepción de reglas que marcan diferencia respecto a la Norma Básica o Fundamental kelseniana? Interrogantes como éstos son los que espero absolver en el primer capítulo, dando cuenta de la caracterización que despliega Hart, colocada de cierta forma, sobre el trasfondo de las tesis cuya crítica es, hasta cierto punto, un hito para Hart en la construcción de su propia teoría.

En esa línea de exposición, puede afirmarse, que en el tema de la RR, Hart toma posición respecto a la norma fundamental de la TPD, lo cual se muestra como evidente y además, un hito indispensable en su trabajo. Por lo cual, a riesgo de un cuestionamiento del lector respecto a desbordar los límites del objeto de estudio de esta exploración, pero en consonancia con la invitación que nos extiende el mismo Hart, y con la apuesta deleuziana

esbozada líneas atrás para dimensionar de mejor manera la postura de Hart, considero que se hace menester absolver previamente algunos interrogantes respecto a la TPD, porque no sería fructífero quedarnos con la sola presentación crítica del profesor de Oxford sin echar una mirada de fondo al Kelsen que él estudia y analiza, a esa teoría que marcó por cierto un hito en la historia del derecho. Por tanto, para acceder al análisis de elementos y conexiones, será además pertinente intentar responder los siguientes interrogantes:

¿Cuál es el propósito o sentido que tiene la declaración o formulación de la existencia de una norma básica para un ordenamiento jurídico? ¿Cómo construye Kelsen y sobre cuáles bases la noción de norma fundamental? ¿Cuál es el rol desempeñado por una norma básica en un ordenamiento jurídico? ¿Fija Kelsen alguna relación entre la norma básica y los contenidos de la norma jurídica positiva que intenta explicar su TPD? ¿Qué significa “básica”, “fundamental”, en el contexto de la TPD?

1.2.Contextos de surgimiento: Derecho y Filosofía en el siglo XX

En el contexto de una preocupación inscrita en el ámbito de los interrogantes propios del campo iusfilosófico, es preciso abordar teorías que los implican directamente. Pero también aquellas que, separadas de manera explícita del ámbito ius filosófico, han encontrado allí quizá a posteriori o a despecho de lo concebido por sus creadores, un terreno propicio para su discusión. Por ello, para la caracterización de las condiciones que dan cabida a la existencia de la teoría analítica del derecho en *clave* Hart, y que a su vez constituyen elementos relevantes para este trabajo será preciso tener en cuenta entonces tres grupos o tres campos de estudio: a) La crítica a la teoría kelseniana, b) La crítica a la noción imperativista del derecho de Bentham, Mill y Austin (el jurista) y c) La revisión de la crítica iusnaturalista planteada por Bentham. Estos caminos brindan la posibilidad de encontrar hitos significativos para absolver los interrogantes objeto de este trabajo.

Comprender la coyuntura histórica de Kelsen, exige echar una rápida mirada a los acontecimientos en medio de los cuales se forjó su obra. Recordar, por ejemplo, que cuando publica en 1911 *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, ya anuncia

en sus páginas el propósito de reconstrucción radical que se propone de los elementos de la norma jurídica, insistiendo en la determinación formal de dicha norma como asunto prevalente para pensar un orden jurídico. Y esta prioridad, que impulsan a partir de 1914, los acontecimientos sobrevinientes de la primera Guerra Mundial, se convierte en la obsesión por la cual trabajará Kelsen durante cinco décadas: *la individualización de la norma jurídica*⁸, según afirma Paulson (2011, p. 17). Particularmente, encuentro frágil este modo utilizado por Paulson para presentar un proyecto cuyo objetivo central es lograr una autonomía que brinde al sistema jurídico, la capacidad para sostener su independencia frente a asuntos políticos. Al afirmar que el propósito de Kelsen fue la individualización de la norma jurídica, no parece que se abarca lo que es en realidad el objetivo integral de la empresa kelseniana, pues ésta hay que encuadrarla en el marco de las coyunturas político-sociales de la época y ciertamente, ello no da para pensar en que se tratara no más de una individualización de la norma, dado que los asuntos que enmarcaron su desarrollo fueron mayormente de orden político y más parcialmente de orden moral y de preocupación metodológica por la exigencia de consistencia que demanda la teoría.

En el panorama que nos plantea la bio bibliografía del autor de la TPD, iniciemos por recordar que es 1934, el año de publicación de la primera versión de esta teoría. Por la motivación presentada al inicio de este trabajo, a saber, la pretensión de ubicar en un escenario no sólo histórico sino además teórico, el modo como se van construyendo ciertos conceptos categoriales del derecho, es menester interrogarse sobre lo que había ocurrido al menos en Europa en el período de maduración de la TPD: en 1914 se desata la gran Guerra que culminó en Junio de 1918: un año antes de firmarse el Pacto de Versalles, se produjo la Revolución Rusa. De 1922 data la publicación de *Teología Política* de Carl Schmitt. Y, afirmado por el propio autor, en el prólogo a la edición alemana de 1934 “hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una Teoría Pura del Derecho, es decir una teoría depurada de toda ideología política...” (Kelsen, 2010:15), encontramos el

⁸ Subrayado mío. Encuentro una diferencia entre señalar la “individualización de la norma jurídica” y la expresión “determinación formal de la norma” porque la primera nos lleva a plantear una distinción entre las normas prácticas, a mi modo de ver, y eso, sólo fue un efecto tangencial en Kelsen. Pero cuando avanzo la expresión “determinación formal de la norma” (jurídica, en este caso) estoy moviendo a aceptar su validez en tanto norma, independiente de los contenidos ideológicos, políticos, entre otros.

propósito principal de Kelsen. Mucho antes, en 1832 había salido a la luz pública *The Province of Jurisprudence Determined*, la obra de Austin (el jurista).

Si seguimos ampliando el escenario teórico, se topa uno con que de 1830 a 1842 se publican los seis volúmenes del *Curso de Filosofía Positiva* y recuerda uno que el término positivismo fue utilizado por primera vez por el filósofo y matemático francés del siglo XIX Auguste Comte, pero algunos de los conceptos positivistas se remontan al filósofo británico David Hume, a Saint-Simon, a Kant, entre otros. Es en este contexto en el cual se busca por un lado, la unificación del saber científico y por otro, se apunta a la idea del orden y la sistematización de los conocimientos, donde se fragua la *Teoría Pura del Derecho*.

Así puede afirmarse que su origen tiene dos fuentes distintas: por un lado, la historia representada en los acontecimientos que forman parte de la primera mitad del siglo XX y que marcan su elaboración; por otro lado, la vocación kantiana que anima al autor de la *Teoría Pura del Derecho* y que es en particular, determinante para justificar la pretensión universalista de tal teoría. Sin embargo, no es el panorama de los agenciamientos del conocimiento el que prevalece en su composición. Es en gran parte, el de las desterritorializaciones: es ante este panorama de incertidumbres políticas ante el cual la doctrina contenida en la TPD se rebela, haciendo efectivo ese deseo de depuración normativa que recorre de algún modo su estructura, muy a pesar de los reconocimientos que en su primera obra, su autor es capaz de recoger para dar cuenta de otros enfoques en el estudio de los problemas de orden político⁹. El panorama en el cual se cruzan planos de inmanencia de diversa procedencia que hacen de una teoría o de un paradigma dentro de una disciplina de conocimiento, el lugar donde se forman “rocas”, constituidas a partir de distinto tipo de sedimentaciones de diversas procedencias y diversas propiedades.

Puede parecer que en esta presentación que hacemos a trazos gruesos del gran esfuerzo teórico que supuso la elaboración de la TPD, se está minimizando el contenido de ella, el cual sintetiza en múltiples formas una crítica a precedentes maneras de pensar

⁹ Como es sabido, la obra de Kelsen primera que vio la luz, fue *Problemas Captales del Derecho y el Estado*

el derecho y por ende, la norma jurídica; diferentes en cuanto a expresión pero asociadas en último término al discurso proveniente de lo político y al discurso religioso. Efectivamente, puede parecerlo pero no está en el ánimo de quien realiza esta investigación desconocer la trascendencia e implicaciones de la teoría kelseniana en el mundo jurídico, tanto en su contexto iusfilosófico como en el ejercicio pragmático del derecho y mucho menos, en la consolidación del proyecto crítico de Hart¹⁰.

Por las razones críticas que la alientan, la TPD que propone Kelsen, se centra en la consideración de la norma positiva como el objeto de estudio – exclusivo - de todo jurista. Y no es gratuita la inclusión de esta categoría en los componentes de dicha teoría. Podría decirse, a riesgo de simplificar mucho las cosas, que la empresa cuyo fruto fue la TPD fue la separación del derecho del ámbito de lo político, lo que de cierto modo, impuso a Kelsen un reduccionismo sedimentario al cual llega a través de las siguientes críticas fundamentales:

- Crítica al dualismo de la fundamentación iusnaturalista de un sistema jurídico
- Crítica a la teoría tradicional jurídica en cuanto a la confusión entre persona física y sujeto de derechos.
- Crítica a la concepción jurídica propia de un positivismo legal estatalista¹¹.

1.3. Teoría de las reglas vs teoría imperativista de Bentham y Austin

1.3.1 Antecedentes de este debate

Hacia las primeras décadas del siglo XX, el llamado atomismo lógico, con Russell y Carnap, entre otros, florece en la filosofía anglosajona como una de las ramas exitosas del

¹⁰ Se observa claramente por ejemplo, en el ensayo crítico a Alf Ross, las convergencias que existen entre Kelsen y Hart cuando el primero muestra las falencias de la noción de validez entendida como eficacia en el trabajo de Ross. Al respecto ver; Una Teoría “Realista” y la Teoría Pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la Justicia. (436-450)

¹¹ Es claro que esta esquematización del contexto del cual surge la TPD no agota las diversas dimensiones que tiene esta teoría. Pero en razón al precedente que se pretende ofrecer para la comprensión de la teoría hartiana, estos son los elementos quizá más relevantes, al lado de por supuesto, la crítica que avanza a la obra de Alf Ross ya mencionada.

desarrollo de la filosofía analítica. Y, con Russell entra en contacto Wittgenstein¹², en cierta forma, cerrando el ciclo correspondiente al auge de dicha rama de la Filosofía. Bajo el nombre de *movimiento analítico* se desarrollan distintas concepciones filosóficas, como estas mencionadas que abrazan una radical postura acogiendo un empirismo de base que, aun de posiciones opuestas en algunos puntos, hace que mantengan en común algunos rasgos tales como cierta actitud radicalmente crítica a la metafísica, una visión filosófica de tendencia empirista al intentar introducir los resultados de la investigación científica experimental en los esquemas del pensamiento lógico y al mismo tiempo, una preocupación por el análisis exhaustivo del lenguaje como método y tarea específicos de la filosofía. Este análisis no se justifica ni se aborda fenomenológicamente del mismo modo en las diversas corrientes. Por otra parte y como derivación de lo anterior, se mantiene una concepción de la filosofía como saber no-sustantivo, es decir, no positivo, o sea, como simple preparación para la ciencia.

Pero, un momento: aun cuando hemos fijado el alcance de este trabajo en el ámbito que le corresponde a saber, la reflexión sobre el derecho, es indiscutible que en el transcurso del siglo XX, hubo muchísimos avances en diversas líneas de investigación que, de algún modo convergen en lo que podría llamarse, la constatación de una dimensión del lenguaje la cual es constituyente de un modo de vida o de concebir el mundo. Es decir en la preocupación y la pregunta por una específica dimensión del lenguaje. Aún ahora, superado el pasado siglo XX no puede dejar de pensarse en la presencia del lenguaje en los acelerados cambios sobrevinientes a la vida de las personas a partir del acceso a las computadoras y el modo como aun con tales mediaciones, existe una presencia insistente de esos nichos o formas de vida constituidas por las prácticas lingüísticas.

Acotar la prolífera producción respecto a las investigaciones en torno a su estructura, semántica y pragmática necesitaría una investigación diferente con materiales y fuentes diversas, que van desde lo que se desarrolla como base epistemológica para el estudio

¹² Aquí, la etapa que obviamente hay que tener en cuenta es la del Wittgenstein de la etapa lógica, es decir, la del *Tractatus Lógico-Philosophicus*.

mismo del lenguaje, hasta aquellos estudios que cual afluentes de un río, atraviesan regiones ignotas de un territorio pero que desembocan al igual que otros de las mismas proporciones, en un canal mucho más amplio y espeso.

Pero, sin acometer esa audaz empresa de reconstrucción, de todas formas, sería difícil para el propósito de este capítulo, a saber, proporcionar un marco al problema planteado, prescindir de plano de algunos autores puntuales que, a mi modo de ver, marcaron diferencia en el tratamiento de su objeto de estudio. Es sabido que la conexión entre lenguaje y mundo se remonta a los tiempos de la Grecia Antigua, prosigue a lo largo de la edad Media y se incrusta de lleno en el sentir de algunos filósofos modernos. Pero, desborda el objetivo de esta investigación el pretender dar cuenta de ese enfoque histórico de la dimensión pragmático-lingüística. Sin embargo, por necesidades metodológicas hemos de partir de referencias que se sitúan en un pasado reciente, teniendo en cuenta que en el siglo XX, al decir de algunos filósofos y lingüistas¹³ se produce el giro lingüístico en filosofía. Es el siglo XX además, el siglo en que el antropólogo Malinowski introduce por primera vez, en un artículo titulado *El problema de significado en las lenguas primitivas* en 1926, el término pragmática del lenguaje (Patiño, 2006), que en 1938 y 1946 es retomado por el lingüista Morris¹⁴ para señalar la dimensión pragmática de la lengua¹⁵ y obviamente la irrupción de la filosofía analítica en las reflexiones wittgensteinianas de la época. Por otra parte, desde la orilla de otras disciplinas del comportamiento tenemos el aporte de George Mead, el cual de acuerdo a Blumer, su discípulo, demuestra que la vida en grupo " es la condición esencial para el surgimiento de la conciencia, la mente, el mundo de los objetos, seres humanos como organismos en posesión de "Selves" y de la conducta humana en forma de actos construidos (constructed acts)" (P. 282)¹⁶. Heidegger, por su

¹³ Especialmente, Richard Rorty, entre otros

¹⁴ Autor de *Fundamentos de la teoría de los signos*, obra publicada en 1938 con la cual se abrió también de alguna forma el campo de estudio del lenguaje hacia el análisis de los signos y su carga de significados. A pesar de trabajar en armonía con las teorías del positivismo lógico, cuya pretensión lindaba por la misma base de una unificación del saber científico, Morris es uno de los grandes precursores de esta nueva faceta de estudio del lenguaje que incluye al intérprete y a los significados que se construyen en el entorno social.

¹⁵ Esto es, la relación de una lengua con sus usuarios, (o mejor, la construcción de una forma de vida en virtud del uso del lenguaje, como afirmara Wittgenstein) que viene a complementar las ya tradicionales de la sintáctica y la semántica.

¹⁶ Según Herbert Blumer (1.970. *La teoría del "Self" social de George H. Mead*. Aunque es una línea disciplinaria cuyo potencial pudiese no ser visto como relevante para el análisis de las reglas en

parte, en 1946 en su *Carta al Humanismo* reafirma al lenguaje como la morada del ser¹⁷: y con ello, ratifica la apertura que con su obra anterior dio al lenguaje, como el gran escenario interactivo en el cual se produce y se recrea la experiencia humana.

De esa manera surge en el siglo XX una vertiente que, dejando a un lado el enfoque instrumental del lenguaje y a la par del desarrollo alcanzado por la lingüística, inicia la reconstrucción del pensamiento filosófico, una de cuyas expresiones más debatida o comentada en dicho siglo en 1953 es *Investigaciones Filosóficas*, obra póstuma de Wittgenstein¹⁸, quien se dedica a mostrar con descaro, alevosía y premeditación, la actividad filosófica misma en toda su desnudez, y en toda su dependencia del “instrumental” lingüístico. Es su manera de colocar en evidencia y cuestionar la labor desarrollada por Russell, Ayer, Carnap, entre otros - y su propio trabajo además - en su intento de formalizar un solo lenguaje científico.

Se dice, cuando asumimos la posición pragmática en el lenguaje, que lo que constituye a algo como lenguaje, es el continuo y eficaz entendimiento que genera entre miembros de una misma comunidad, los gestos, las miradas, los silencios. Que, en tanto haya una aceptación y cumplimiento de expectativas de quienes participan en la situación de comunicación, puede afirmarse que aquello “funciona”. Funciona, en tanto que es útil, está activo y es adecuado para lo que se usa. Funciona, en tanto es capaz de cumplir una tarea determinada. Y cuál es esa función en dicho contexto? Para los propósitos de la comunicación, es el entendimiento, la comprensión de las pautas o criterios, y el comportamiento consecuente con la observación de dichas pautas o criterios. Así por esta

Hart, (dado que el mismo Hart prefiere prescindir de la psicología al analizar la noción de obediencia, por ejemplo), lo anotamos aquí como corresponde a la idea de construir un escenario que de cuenta de los avances que explícitamente se daban en materia de la consideración de lo social como relevante para la construcción de actos humanos.

¹⁷ Obviamente, tesis ampliamente desarrollada en *Ser y Tiempo*, 1927(especialmente pps 189-219, 2ª Ed.1998, 3ª.reimpresión). Pero aquí se trae a colación la *Carta...* para recrear un contexto espacial más acotado.

¹⁸ Creo innecesario traer aquí la exhaustiva bibliografía que se ha producido para la obra de Wittgenstein, lo cual como es sabido por todos ilustra en porcentaje representativo el impacto en la comunidad filosófica tanto de los Cuadernos, como de *Tractatus*, *Investigaciones Filosóficas* y otros ensayos.

línea, estoy demarcando el acceso al enfoque pragmático del lenguaje, en el cual lo prevalente es, el abordaje de las prácticas que propician el entendimiento, ya que es el uso el que realiza dicha función pragmática del lenguaje: son esas prácticas el sustrato de convenciones constitutivas de juegos de lenguaje que propician el entendimiento, por quienes asumen su pertenencia a un determinado grupo social.

Siguiendo con el entrecruzamiento de planos disciplinares, hacia mediados de la primera mitad del siglo XX, con la aparición de la Escuela de Frankfurt por un lado, de la Escuela de Oxford por otro, emerge una línea de reacción contra los filósofos del Círculo de Viena. Principalmente porque el trabajo de los primeros se nutrirá de manera preponderante del análisis de las transformaciones en el seno de la sociedad y el de los segundos, por el interés en la dimensión pragmática del lenguaje. Con base en lo desarrollado en los párrafos anteriores, espero justificar la mención de estas escuelas en el contexto que me interesa. Para quienes se pregunten por la pertinencia de esta secuencia aparentemente sin conexión entre una escuela y la otra, recordemos que en principio en este trabajo se indaga para resolver el interrogante de: a quién contesta Hart con su teoría descriptiva y su tesis sobre la regla de reconocimiento. E indudablemente, los polos que aquí aparecen pueden tocarse, como veremos en el capítulo II.

Todo este largo introito para decir que, aunque semejante avance investigativo no pareciera estar a mano con el proceso de elaboración de la teoría hartiana, es indudable dada su aceptación por el propio Hart¹⁹, que a la luz de tales desarrollos pudo definitivamente elucidar en los trabajos de Bentham y Austin aquello que en algún

¹⁹ Es claro Hart al señalar el valioso instrumental en que se constituyó en sus manos el aporte de J.L. Austin y las discusiones en torno a la conciencia "agudizada" de las palabras que sostuvo en el seminario particular alrededor del cual tales ideas constituyeron el foco de atención en su lugar de trabajo en Oxford. Aunque el tema de las definiciones jurídicas tiene su historia, es sólo con el beneficioso giro de la atención filosófica hacia el lenguaje, que han surgido las características generales de todo ese estilo de pensamiento y discurso humano que se ocupa de las reglas y de su aplicación a la conducta. "Yo, por lo menos – dice Hart - no pude percibir cuánto de esto era visible en la obra de nuestros predecesores hasta que mis contemporáneos me enseñaron cómo mirarla"(DePáramo, 1984; p.50). Quiere esto tal vez decir que hacia 1953 ya contaba con todo este arsenal de conceptos los cuales se ven nítidamente reflejados en sus ensayos sobre Jurisprudencia, sobre Bentham, entre otros. Yo añadiría que contaba con ellos, pero que sólo a la luz de sus lecturas de Wittgenstein, Winch, entre otros teóricos preocupados por los usos del lenguaje, logró alcanzar aquella conciencia agudizada de las palabras para comprender mejor a sus predecesores

momento previo se le escapaba, y que echaba de menos en su primigenio afianzamiento en la teoría iusnaturalista de Hobbes y la propuesta empirista de Hume.

El cuestionamiento a las órdenes respaldadas por amenazas tiene ciertamente como implicaciones, la luz que se abre para debatir cuál es la regla de reconocimiento que en semejante teoría sirve para dar unidad sistemática a un orden jurídico. Cómo desde la propuesta de Austin puede pensarse o no una regla de reconocimiento y cómo ella puede ser concebida en los términos de la legislación tal como la entendía Bentham por ejemplo. Quizá es, esta crítica la que ofrece la ocasión de la pregunta básica que se haría Hart: Si prescindimos de las órdenes respaldadas por amenazas, cómo sería posible identificar una norma que diese sistematicidad y autoridad a un ordenamiento jurídico?

A primera vista pudiese parecer que no es relevante establecer los argumentos presentados en esta refutación para los fines de clarificar elementos de la regla de reconocimiento. Pues alguien podría decir que, el problema de las normas entendidas como órdenes y amenazas que generan hábitos de obediencia, bien pudiera ser considerado externo a la hora de realizar una presentación de tal regla portadora de criterios identificadores de validez.

Razones que justifican ampliar el contexto histórico-teórico del problema en estudio son entre otras que este cuestionamiento a Bentham y Mill, reenvía la atención a la necesidad de hallar argumentos distintos para soportar la idea de una norma básica y consistente capaz de dar sistematización a un conjunto de normas particulares. Y es aquí donde intervienen los textos de Winch, porque es en Winch donde aparece para Hart el componente para comprender la acción social: el conocimiento de los criterios que guían las prácticas o evalúan las mismas; es decir, puntos de referencia que sirven de apoyo para evaluar la justeza de un comportamiento. Afirma Winch que “con arreglo a sus propias normas se mantiene la vida organizada en una comunidad, llámese primitiva, adelantada o contemporánea. No quiere esto decir que no cambie la regla: lo que no cambia es su formulación pero sí el sentido expresado en ella.” (Winch, *The idea of a Social Science and its relation to philosophy*, 1990:p. 63)

Siguiendo la línea del análisis de Hart a las reflexiones de Bentham²⁰ podemos afirmar que su lectura proporciona elementos que arrojan nueva luz sobre tesis desarrolladas en El concepto de Derecho. En la disección de las conexiones propuestas por la teoría Benthamiana, es posible vislumbrar el modo como se va configurando progresivamente la demarcación de hitos que conforman el punto de partida de la teoría hartiana. Porque, tal como afirma Mañalich (2012: 572) “la crítica a la concepción imperativista de la legislación va asociada a la defensa de una tesis ontológicamente pluralista acerca de los componentes de la infraestructura del sistema jurídico, que renuncia a entender las reglas que confieren potestades como meros “fragmentos de normas” (Mañalich, *Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A.Hart*, 2012: 572). Esto es, en la ruta metodológico-crítica trazada para el análisis de la postura imperativista, no sólo se incluye argumentativamente los puntos de inconsistencia que presenta en su cuerpo doctrinal la tesis desarrollada, mostrando la precariedad de las razones en que se funda, sino que, al tiempo se trabaja con un tipo de argumento que va presentando las razones específicas que sostienen dicho análisis pero que va introduciendo poco a poco alternativas categoriales de orden pluralista y, consecuente con el modo “como” funcionan las instituciones sociales en el seno de un orden determinado²¹. Esos son los retos de Hart: apartarse de una idea metafísica de validez jurídica, de una concepción monista del derecho, pero también de una explicación psicologista de los elementos de la noción de obligación al tiempo que cuestiona de modo radical una idea de lo jurídico signada por la coerción²². Porque, en esta calificación del

²⁰ Sobre todo, en los ensayos que corresponden al cap. IV Derechos Naturales: Bentham y John Stuart Mill, cap. V Bentham’s of Laws in General y cap. VI Legal Duty and Obligation de: H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*. © Oxford University Press 1982. Published 1982 by Oxford University Press.

²¹ Para contrastar la apreciación del profesor Mañalich, ver: Cap V de *Essays on Bentham*. H. L. A. Hart. © Oxford University Press 1982. Published 1982 by Oxford University Press. En la introducción Hart luego de un elogio bastante amplio a Bentham pasa a transcribir el tipo de interrogantes que se hace Bentham, al intentar profundizar en la distinción entre leyes civiles y penales hasta llegar a la constatación de la existencia de leyes que ni imponen sanciones ni señalan ofensas. Ante esos interrogantes que se plantea Bentham y que lo colocan ad portas de hacer caer el bastión fundamental de la teoría utilitarista en derecho, a saber la concepción de éste como formado por órdenes y amenazas, Hart presenta su interrogante alternativo para mostrar que los problemas a los que se refiere Bentham como de carácter insoluble (pág.107), están relacionados no a la pregunta sobre Qué es el derecho sino a la pregunta. *Qué es una ley?* Con la cual se aborda el sustrato mismo de la cuestión jurídica, a saber su estructura intrínseca de regla, problema al que Bentham llamaba “la individualización de la ley”.

²² Ver Mañalich.op. cit.572

asunto de la obligación se cuelean elementos del ámbito moral convencional o tradicional, que no son compatibles con el modo de relación peculiar pero no necesaria que él irá tejiendo para dar cuenta de esta imbricación de asuntos morales y jurídicos, el punto neurálgico donde se ubica la apuesta hartiana: mostrar la capacidad de un orden jurídico de vivir aun cuando prevalezca sobre él la condición de injusto, aun cuando exista una regla moral que contribuya a su existencia con una exhortación de seguir las reglas jurídicas.

La crítica inicial de Hart a la teoría imperativista tiene como objetivo desvirtuar el modelo simple que asemeja la norma jurídica a órdenes y amenazas (Austin J., 1994). En la Primera lección de *The Province of Jurisprudence Determined* (Austin J., 1994:187) realiza el jurista inglés una aproximación al concepto de norma jurídica a partir del método de eliminación. Procede concediendo en principio, la existencia de varios tipos de reglas o leyes, y distingue la ley de dios de las leyes humanas. En este último grupo hace clara la presencia de dos subgrupos: las leyes dictadas por superiores políticos y aquellas dictadas por aquellos hombres no políticamente superiores. Entre éstas últimas, ubica a las leyes que él denomina “leyes impropia pero por rigurosa analogía” denominando a este grupo “moralidad positiva”. De esa forma las leyes que interesan a la Jurisprudencia, es decir a la Teoría del Derecho, son las pertenecientes al Derecho Positivo. Y éstas se ubican en el primer grupo de las leyes humanas es decir en el grupo de las leyes dictadas por superiores políticos. En la aclaración de términos que a continuación hace, lleva a cabo la equiparación de sentido entre orden, deber y sanción a los que llama “términos correlativos” conectados de modo inseparable (Austin J. 1994: 182 y ss.). A la base del término sanción presenta la noción de “daño” o “castigos” pero más adelante, aclara que los castigos son una especie restringida en el ámbito de las sanciones. De la misma manera las leyes o reglas son una subespecie dentro del campo de las órdenes. Complementaria a esa clasificación de las leyes, avanza Austin la distinción entre lo que es el carácter específico de una ley o regla, el cual es, a saber, la noción de una orden o mandato genérico y no una orden particular u ocasional.

Como es posible apreciar, aquí aún no se está pensando en el Derecho como un conjunto sistemático de leyes positivas. Por tanto la noción de orden, está estrechamente vinculada

a la idea de mandato imperativo, dictado por un superior político, en un sentido claramente hobbesiano. No existe en este caso una alusión siquiera lejana a la idea de regla en términos sociales, es decir: como una pauta generalizada de comportamiento que se sigue o se prescribe para alcanzar aquella dimensión del Orden que aparece en el lema de Augusto Comte. No es esa la idea de orden que aquí aparece.

Pero, lo que es necesario reconocer es que no es contradictorio sino al contrario, muy consistente el Jurista Austin en sus afirmaciones: cuando indagamos en los componentes de su idea de superioridad, él explícitamente nos señala que el sentido de dicha idea de superioridad está en la idea de poder: “poder de infligir a otros un daño o un dolor...o (poder) forzarles a ajustar su comportamiento a los deseos de uno mediante el temor a ese daño” (Austin, p. 193). Tal vez nos hayamos acostumbrado demasiado a ver en los desfiles militares donde reina la uniformidad, ese despliegue del poder monumental de un gobierno, dictadura, o de un regimiento militar. Entonces, la idea del orden como “obediencia al unísono”, como la expresión máxima del poder realizado, como la posibilidad de poner a marcar un paso al mismo tiempo a cientos de miles en un regimiento, o la capacidad de una organización llena de numerosísimos miembros ubicados en centenares de departamentos o sitios de producción, para suministrar en un momento preciso, en un instante, un informe de rendimiento de cada dependencia. Como en el caso de las grandes industrias chinas que trabajan bajo el lema “si es más rápido, mejor”, lo que prevalece es la noción de eficiencia, arropada bajo la sombrilla del orden, del orden que emana del poder capaz de generar sanciones legítimas. “El orden social”, “el orden mundial”, “el orden jurídico”, son expresiones que cargan con la impronta positivista de “orden y progreso” pero hay que ver los tantos sentidos que podemos imprimir en diferentes contextos histórico-teóricos a la expresión “orden”. Definitivamente aquí en el caso de los ejemplos de organizaciones tales como una fábrica o industria, se trata de una noción de orden que alude a la radical organización de los elementos de un todo. Y en el caso de las normas jurídicas, se trataría no de un sistema normativo sino de un conjunto de leyes que regulan un caos. Entonces, la noción de orden en Austin sigue ligada de modo relevante a la idea de Poder: No pasa por la consideración de un conjunto sistemático de normas capaces de ser la fuente o fundamento de un desarrollo legislativo.

De modo que este otro sentido normativo de la expresión “orden” brilla por su ausencia en la lección citada de Austin. Será con la publicación de la *Teoría pura del Derecho*, cuando

el problema del “Orden” y no sólo “la orden” brillará en el escenario de la Teoría del Derecho.

1.4.La crítica a la teoría Kelseniana: Norma fundamental en Kelsen

Como hemos afirmado reiteradamente, el carácter de supuesto gnoseológico de la norma fundamental²³, ha sido apreciado críticamente por muchos tratadistas entre los cuales se cuestiona primordialmente, su capacidad para dotar de sistematicidad a los órdenes jurídicos particulares; sin embargo, su alcance es tal, que llega a afirmarse que “Sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica” (Cracogna, 2017, p.148)²⁴. Es decir, sin atención al supuesto que es la norma básica en la TPD, el oficio de analizar el alcance de los conceptos propios de contextos jurídicos, y los enunciados donde se insertan tales conceptos, no tendría ningún tipo de referente; es la interpretación que haría cualquier lector sobre esta afirmación. La anterior lectura de esta tesis, no deja de parecer fuerte, por lo que sería importante recordar, dada esta afirmación anterior de Cracogna, que Kelsen distingue en la TPD de modo taxativo entre lo que podríamos llamar una teoría positivo-normativista como la TPD y lo que es Ciencia Jurídica. Con ello puede afirmarse que si el objeto de estudio de la ciencia jurídica son las categorías del mismo orden y éstas tienen por referente último la noción de norma fundamental, si tal categoría no existiera, difícil sería realizar el análisis de tales conceptos categoriales, de su inserción en determinados enunciados, del porqué de sus relaciones con otros conceptos, entre otros, de acuerdo al propósito de Kelsen. Y, es justo tenerlo en cuenta para abonar siquiera un ápice a la corrección de un sesgo pronunciado en la interpretación de la TPD que sólo enfatiza en la parte de la pirámide normativa kelseniana,, ignorando entre otros subcampos

²³ Es decir, el de la norma básica como hipótesis, tal como aparece en la segunda edición de la TPD de 1960. Sabido es que en la 1a. ed recibió tratamiento de *norma jurídica*.

²⁴ Tomar como referente a quien realiza este tipo de análisis de la NF de la TPD tiene como propósito allanar el camino al ejercicio de contrastación de la NF y la RR que se realiza en este capítulo.

de su teoría, los relativos por ejemplo, a su disquisición sobre la ciencia jurídica, o el derecho internacional, por ejemplo.²⁵

La norma fundamental, en la primera edición de la TPD, a pesar de ser considerada una norma jurídica, no es una norma jurídica *positiva*. Por tanto, no será entonces parte del objeto de estudio acotado en la TPD sino de la ciencia jurídica. Pero, si se trata de un supuesto, no será visible tampoco para la ciencia jurídica. Y a ese derrotero conduce el análisis de Cracogna, el que desarrolla teniendo en cuenta algunas afirmaciones tajantes de Kelsen como aquella que afirma que sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica²⁶. La tesis particular final de Cracogna sitúa en el campo axiológico la crítica a la norma fundamental, tesis que suscribo dado que Kelsen, no desconoce el peso significativo que tienen tanto los valores más próximos al universo jurídico como los imperantes en el universo extrajurídico. En esa línea de ideas a mi modo de ver, aun cuando se parta de un supuesto gnoseológico, concuerdo con Cracogna que algún contenido debe haber en dicho supuesto que pueda llegar a hacerse visible, como huellas o rasgos en la composición estructural de la norma jurídica positiva particular.

Pero en aras a la fidelidad a la fuente original, volvamos a la TPD. En la línea de Kelsen, la discusión neokantiana es quizá una de las vertientes que puede ofrecer un amplio abanico de posibilidades para desentrañar esas fuentes que ayuden a definir relaciones susceptibles de entablar entre la norma fundamental y la noción de norma moral aceptada por los neokantianos. Pero el propósito de este capítulo no es desentrañar el entronque jurídico-moral de la norma positiva en Kelsen sino mostrar rasgos típicos de su noción de norma fundamental, para contrastar su naturaleza frente a los componentes de una regla de reconocimiento.

Una caracterización de lo que es el legado de Kelsen, permite señalar la dimensión lógica y epistemológica de su teoría. El aporte de la dimensión lógica - que es su elección de

²⁵ Y lo afirmo porque en mi formación jurídica universitaria eso fue el epicentro de mi experiencia con Kelsen. Tal vez debido a la honda recepción que en el ámbito latinoamericano tuvo la TOD en ese entonces. De Hart, no supe nunca nada en claustros universitarios.

²⁶ Y basado en varios pasajes de la TPD donde Kelsen ilustra con ejemplos el sentido de la validez de la norma fundante. Al respecto ver. Kelsen, TPD. UAM. 1982. p.22, por ejemplo.

método- se aprecia por ejemplo, en el capítulo dedicado al análisis de la norma jurídica. La distinción analítica entre la noción de acatamiento, como el mandato dirigido al sujeto y la noción de aplicación, el mandato dirigido al órgano estatal para que aplique la sanción en caso de violación de dicha norma. En su búsqueda complementaria de separación de las cuestiones morales de los juicios jurídicos, Kelsen opta por dar la primacía al problema de la aplicación (Paulson, 2011,p.23). Con ello, desestima la cuestión del acatamiento *prima facie*, como la nota distintiva de la obligación jurídica, porque por esa vía, su propósito de hacer viable la teoría de la separación entre derecho y moral, tendría que entrar a resolver múltiples problemas, los que le llevarían forzosamente a tener que adentrarse en las motivaciones o decisiones del sujeto que supone el acatamiento. Y con ello, emplearse a fondo en la escisión de los asuntos morales. Pero si miramos bien, el acatamiento es la cara o dimensión formal de la aplicación. Un juez aplica la sanción a la conducta antijurídica, no en uso de una facultad libremente ejercida, sino en acatamiento a una función a la cual ha sometido su voluntad en cuanto funcionario público. Es claro que aquí nos referimos a la noción de acatamiento en sentido reflexivo. Pero, justo es reconocer que la noción de acatamiento la está viendo Kelsen, como la contraparte de la aplicación, es decir en la conducta del sujeto al cual se aplica por excelencia la restricción, es decir al ciudadano en cuanto tal.

Al vincular sólo la dimensión de la aplicación como referente clave en la noción de obligación , se debilita de entrada dicha noción de obligación en la TPD, lo cual permite a Ross señalar acertadamente que cuando Kelsen se refiere a la norma jurídica dotándola de significado objetivo (Kelsen H., 1982,p.58) para señalar su carácter imperativo, al atribuir la noción de norma “verdadera” a una norma jurídica está adoptando la misma idea con la cual opera la filosofía del derecho natural (Ross, 1994); y a continuación Ross trae a colación cómo este recurso explicativo de Kelsen, permite calificarlo como cuasipositivista (Ross, 1994, p.375).

Por otra parte, la dimensión epistemológica tiene en Kelsen la esperada conexión con su dimensión metodológica: una persistente vocación de abstracción que hace de las normas jurídicas, categorías del tipo más amplio que puedan formularse teniendo en cuenta que

dicho nivel epistemológico rinde tributo a un principio como el de imputación, con lo que éste tiene de característico o típico.

Esta dimensión epistemológica del discurso jurídico kelseniano como un orden sistemático conlleva o alienta una pretensión universalista, tan cara al pensamiento ilustrado, incluso aún, a los filósofos que intentan reparar el ideal de la Modernidad (Habermas, 2008). Dado este desarrollo teórico que distingue el ejercicio de reflexión en Kelsen, su noción de norma fundamental va a estar expresamente ligada a tal aparato conceptual. Aunque una Constitución – en el sentido jurídico que hemos destacado en nuestra investigación - es la Norma entre las normas, aquella de la cual deriva todo el desarrollo legislativo, hay una que le es previa: la norma fundamental que echa raíces por fuera del contexto de un sistema jurídico. Una norma – que no es Norma²⁷ – y que no reclama sitio dentro del ordenamiento. Pero por qué no lo reclama? Kelsen dice categóricamente que su teoría es una teoría sobre el Derecho y éste es, el derecho positivo. De acuerdo a ello, el problema de los fundamentos desborda cualquier aproximación, dadas sus premisas y elecciones básicas iniciales. (Kelsen H. *Teoría pura del Derecho*, 2016). Teniendo en cuenta esta contextualización de su teoría y la categorización prevalente en la misma, ya estamos en mejores condiciones para comprender a qué llama Kelsen normas primarias y secundarias.

Normas primarias y secundarias en la Teoría pura del Derecho

Al abordar este punto, aún cuando no sea el propósito de esta investigación el presentar un balance del legado kelseniano, en atención a contextualizar precedentes significativos para la teoría hartiana, justo es destacar que, tal como es de esperarse por sus fuentes kantianas la fundamentación atribuida al orden coactivo en la TPD, se aleja en mucho de la teoría imperativista anglosajona. Afirma Kelsen en los HP, que

lo que el Estado “quiere” en la norma jurídica no es, ni mucho menos, su propio comportamiento, sino un comportamiento de los otros sujetos de Derecho, y, concretamente, un comportamiento a tono con el orden jurídico, es decir, una serie

²⁷ Recordemos que inicialmente la *Grundnorm* fue considerada por Kelsen como una norma jurídica. Y que en 1962 en la segunda edición de la TPD afirmó de ella que era una ficción lógica. En otros momentos la consideró una hipótesis.

de actos u omisiones ajustados a Derecho. Lo que el Estado “quiere” —tal como lo entiende el criterio general— es que sus súbditos no roben, no estafen, no asesinen, restituyan las cantidades recibidas en préstamo, paguen el precio convenido en concepto de compra, hagan efectivos los impuestos, cumplan el servicio militar, etcétera (Schmill, 2010, p. 22)

Afirmo que se aleja porque allí en dicho texto ya establece allí la distinción entre la voluntad del soberano y la voluntad del Estado. En el primer caso, el contenido de la norma es una orden, un mandato que el soberano ordena al súbdito. En el caso del Estado, dado que se define como la voluntad de Estado el contenido de la norma no se busca con ello únicamente un resultado de obediencia, porque el fin de dicha norma es propiciar que la conducta de quienes están sometidos a ella, es decir, los ciudadanos se encauzee de tal forma que se ajuste a aquella voluntad estatal. Según este enfoque, el aspecto coactivo de la norma lo que busca es suscitar una motivación psicológica para que dicho fin se cumpla, a sabiendas que en condiciones ordinarias, los seres humanos actúan por la búsqueda del placer y evitan todo daño o perjuicio. Es así como al describir una conducta y mostrar su sanción, lo que la voluntad del Estado es lograr con ello que los ciudadanos ciñan su comportamiento al comportamiento deseado por el Estado.

Yo encuentro aquí, aunque proviniendo de diferente fuente un matiz de aquel rol preventivo que más tarde destacaré en la concepción de derecho de Hart; se ofrece contrastante con la visión kantiana desarrollada en la TPD, el que este esbozo teórico contenido en los *HauteProblems*, muestre una dimensión psicológica fuerte, a modo de un condicionamiento más afín a las corrientes conductistas que a los postulados de Kant.

En el Cap. 3 de la TPD²⁸ aparece la noción de norma primaria y norma definiciones situarlas debidamente en el contexto teórico- formal de esta teoría. En el enfoque del derecho como un orden coactivo, una norma primaria es aquella que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción (Kelsen H., 2010); su condición de primaria la da el hecho de hacer explícito el principio de imputación. Por su parte la norma secundaria es aquella que enuncia la conducta aceptada que no es objeto de sanción. Si seguimos la línea

²⁸ 1ª. Ed.

interpretativa de Kelsen, la norma secundaria sería lo que él llama en páginas anteriores normas “jurídicamente indiferentes” dado que no comportan el elemento coactivo.

En el caso de Kelsen no existe una suerte de “patrón de correspondencia”²⁹ entre las normas primarias y las normas secundarias. Sí existe la complementación pero en el sentido de ser portadoras las secundarias de la conducta esperada por el Estado. No se trata de una complementación funcional y sistemática porque lo que hace Kelsen es insertar el principio de imputación entre lo que para él es la norma secundaria y lo que para él es la norma primaria. Esta división de normas no parece proyectar una distinción relevante para el sistema jurídico en la TPD, es decir para la configuración del sistema como tal pues dicha teoría afirma la configuración del sistema en un plano extrajurídico, es decir, en una *norma básica* que no es parte del sistema. Su distinción sólo reafirma la calidad de la norma primaria.

Tampoco puede argumentarse que esta distinción coadyuva la idea de la “doble posibilidad del efecto”³⁰. Aunque esta idea entraña un punto de análisis fuerte el cual puede ofrecer grandes rendimientos como justificación del principio de imputación en la norma jurídica, no se encuentran rastros de esta postura en la TPD. En el esquema lógico provisto para la norma jurídica positiva que ya vislumbra Kelsen en *Problemas Capitales* se manifiesta la doble faz de la norma en tanto puede ser aplicada o acatada: es éste, a nuestro modo de ver, el punto de inflexión donde se situará Hart en el esfuerzo teórico que le lleva a la explicitación de su tesis central. Es esta distinción – pero con otro contenido – la tomada como fuente para el concepto descriptivo del derecho en Hart como unión de reglas primarias y secundarias, de lo cual no se infiere que, al dividir las reglas del derecho en primarias y secundarias, adoptando la denominación ordinal ya utilizada por Kelsen al desarrollar su noción de normas jurídicas positivas, estemos afirmando que el contenido de las normas primarias y secundarias de Kelsen con las reglas primarias y secundarias de Hart, sea equivalente. Nada más lejos de la intención de ambos juristas.

²⁹ No existe dicho patrón en el *modo* como se verá en Hart, por las razones expuestas.

³⁰ Se refiere esta posibilidad a la dupla acatamiento- aplicación, que aparece por primera vez en *Problemas Capitales del derecho* (pero que se diluye posteriormente para dar paso a la consideración que prioriza la aplicación.). Ver: Stanley Paulson. Washington University, St. La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica. En: *La Teoría del Derecho de Hans Kelsen*. Laura Clérico, Jan Sieckmann (eds.) Universidad Externado de Colombia.p.21.

Lo que resulta relevante para el propósito de sacar adelante los matices contrastables de cada una de estas teorías en este momento es señalar cuales son las categorías claves en la TPD. En esa línea las dimensiones del *acatamiento* y la *aplicación* acaparan la atención. Y al revisarlas se observa que si aplico una lente de precisión a las conductas representadas por dichos términos, el asunto se resuelve en una sola especie y ésta se llama: Obligación. No se trata de un doble efecto: es la conjunción de un doble rol, el del agente judicial y el ciudadano de “a pie”, el cual es susceptible de verse reflejado en la norma. O, para decirlo con términos de extracción kelseniana: es la dualidad de conductas en las que converge la norma la que hay que mirar.

1.4.2 De norma fundamental a regla de reconocimiento

Cuál ha sido el lugar otorgado por el profesor Kelsen a la norma fundamental? Aunque de muchos es conocido por lo amplio del debate sobre dicha norma, es menester volver a traerlo acá. Aún con ser una de las tesis más debatidas a lo largo del siglo XX en los círculos de juristas, ius filósofos, abogados y comunidad judicial en general, dado que el propósito de nuestra investigación es caracterizar lo que a su vez entiende Hart por algo parecido a norma fundamental, es conveniente retomar los hilos del profesor Kelsen para comprender a qué contesta Hart con su tesis de la regla de reconocimiento.

En principio digamos que el lugar que asigna Kelsen a la norma fundamental en la TPD, es el de “ser la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas” (Kelsen, 2016, p.112). El desarrollo que hace el maestro Kelsen de esta idea controvertible y controvertida deja ver los altos y bajos de un terreno en el cual derrapa la noción de esta hipótesis básica. Porque, si ha afirmado que es una hipótesis básica que hace posible los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos (Kelsen,2016,p.112), la cual sólo puede delimitarse como “un supuesto gnoseológico que hace posible concebir como unidad un conjunto de normas” cuya existencia se justifica porque “Sin ese supuesto no sería posible la construcción de la ciencia jurídica”, la validez que suministra esta norma fundamental, es por cierto, de índole extrajurídica. Es decir que el esfuerzo kelseniano por dotar de autonomía un sistema

jurídico, colocando por fuera del sistema, la norma última que otorga validez a las normas particulares que lo conforman, mina desde el inicio los cimientos de ese edificio teórico. Pero, esta noción desempeña, un papel constitutivo como categoría en sentido kantiano. “No es una norma puesta por ningún legislador humano ni tampoco una norma de Derecho Natural” (Cracogna, 2017, p.148). Apoyado en Cossio, Cracogna afirma que la norma no es un juicio de valor, pero que hay en toda norma el presupuesto de un juicio de valor (Cracogna, 2017, p.152) y que en ese sentido el supuesto gnoseológico de la norma fundamental o norma básica, conlleva la afirmación de la presencia de un juicio de valor, que en su criterio, es el valor del orden. Pero, en la TPD, la norma fundamental no es susceptible de juicios jurídicos de valor -los únicos que la ciencia del Derecho admite como objetivos- por no hallarse aquella subordinada a otra norma jurídica. En cambio, sí es posible formular a su respecto juicios de justicia, que son de naturaleza subjetiva” (Cracogna, 1987, p.151). El punto de referencia de Kelsen es palabras más, palabras menos, tal y como lo asume en la 2ª edición de la TPD, una ficción: no es un elemento de procedencia iusnaturalista pero tampoco una norma emitida por una autoridad particular. Para Cracogna, la clave para comprender la naturaleza de tal norma, nos la da, la exposición de Kelsen sobre la distinción entre juicios jurídicos de valor y juicios de justicia. Afirma Kelsen que los juicios emitidos sobre normas jurídicas *positivas* son juicios jurídicos de valor, pues declaran la conformidad de la norma de que se trate, con aquella otra que le sirve de soporte. Mientras que, los *juicios de justicia*, son los juicios particulares que cualquier persona puede hacer respecto a los contenidos de ciertas normas positivas, y que por ser juicios de naturaleza subjetiva, no son considerados válidos en el ámbito de un sistema jurídico. Por tanto, la norma fundamental, si es jurídica podría ser objeto de juicios de valor que son objetivos y no de justicia, que son subjetivos.

En su análisis, Cracogna acude a una segunda distinción: la de norma fundamental en sentido “abstracto” y en sentido “concreto”. Esta perspectiva abstracto-concreto le permite arribar a la consideración en virtud de la cual, aunque supuesto gnoseológico, aunque desprovista del título de norma jurídica *positiva*, hay un contenido en el mencionado supuesto gnoseológico que es prescriptivo, y es en la TPD el llamado a la *obediencia* a un orden jurídico determinado. Dicho contenido constituye el principio de efectividad expresado por Kelsen como principio de la norma básica general. Si esto es así el llamado a obedecer las normas de un sistema jurídico determinado, condensa una exigencia al sometimiento a un valor que en este caso es el valor del *orden*. Esta es la conclusión a

que arriba Cracogna en su texto ya citado. Lo que no logro entender es cómo una norma como la norma fundamental kelseniana, considerada un supuesto gnoseológico, puede dar cuenta del principio de efectividad que supuestamente la apoya; de donde *debe* provenir el llamado a la obediencia que pregonan Kelsen cuando dicha norma no porta una justificación que le imprima la fuerza que se espera para ejercer autoridad y promover la obediencia.

Sólo si me circunscribo al contexto teórico ceñido en el que se ubica la TPD puedo comprender parcialmente esta pretensión de la NF. Y en ese sentido, y bajo esa premisa, aceptar como “fundamentadas debidamente” las constituciones de Estados cuyas disposiciones particulares y decisiones judiciales apoyadas en las mismas, riñen con las más elementales tendencias de conservación de la especie humana que han reflejado diversas formas de vida humana conocidas históricamente. Habría que aceptar la mutilación femenina, la violencia de género, la inequidad en el tratamiento judicial para idénticas conductas sólo por motivos de discriminación de raza, género, riquezas, entre otras. Y volveríamos así a estadios ya superados – al menos, en teoría – de las instancias recorridas por el proceso de desarrollo de estructuras jurídicas.

Justificar, encontrar razones para la elaboración de una teoría jurídica que privilegia la forma se convierte en tarea cómoda cuando podemos recorrer aquellos planos de la historia en que se produce cierta secuencia de desterritorializaciones que comprometen una idea de orden y autonomía política. Lo que ocurre con la TPD es una tarea urgida por los acontecimientos y la reconfiguración necesaria brotada de procesos de avance en el orden de las relaciones entre distintos ámbitos de decisiones. Podemos poner en cuestión el supuesto gnoseológico de norma fundamental suministrado y desarrollado en la *Teoría pura del Derecho* pero nunca prescindir de tal teoría de forma radical, puesto que fue la mejor respuesta en un momento dado, para el surgimiento de relaciones inéditas entre grupos al interior de la sociedad europea para su época de surgimiento. Sí, en todo caso, siempre podremos interrogarnos respecto a la norma básica, que es la parte que nos interesa: Si ese supuesto hace posible una concepción sistemática del derecho, ¿qué hay en el fondo de dicho supuesto que es capaz de amarrar y agrupar tan disímiles y versátiles grupos de normas particulares? ¿No sería más bien, que fue un principio de contexto el

que dió la fuerza necesaria para la consolidación exitosa de dicha teoría? Porqué logró un presupuesto del tipo norma básica kelseniana constituirse en guía de acción que orienta a jueces al aplicar, a legisladores al legislar y a ciudadanos al acatar normas en las diversas dimensiones de su vida interpersonal? Qué se encuentra en el trasfondo de dicha aceptación? Con base en qué, se crea la expectativa de obediencia?

En esa búsqueda de explicaciones y motivos bajo la cual planteamos estas preguntas, podemos afirmar que cuando se habla de un supuesto gnoseológico como condición de posibilidad de una concepción sistemática, lo que queda claro es un referente kantiano en la ruta de Kelsen. Este primer Kelsen, sigue la ruta crítica del kantismo al incorporar el “como si” de la *Crítica de la Razón Pura* a su reflexión sobre la validez de la norma jurídica positiva (Kant, 1995)³¹

Un intento de abordar el citado trasfondo de dicho supuesto nos lleva a lidiar con las similitudes pero también las discrepancias entre aspectos clave para el desarrollo de una disciplina normativa formada al amparo de los imperativos kantianos. En efecto: cuando ubicamos un supuesto gnoseológico pensamos de inmediato en las condiciones de posibilidad del conocimiento. Para que el conocimiento sea, según Kant, es preciso avanzar en la aprehensión y/o creación de unas categorías a priori que hagan posible el conocimiento. Lo característico de una ciencia jurídica, esto es, una disciplina del conocimiento cuyo objeto sea la norma jurídica, es el estudio de éstas y la elaboración de un método para desarrollar dicho estudio. Tal empresa arranca con un propósito: el de analizar la naturaleza y relaciones de un grupo de normas llámense sociales, morales o jurídicas. El trazarnos el objetivo de llegar a la comprensión de dicha naturaleza a través de la explicitación de las relaciones entre los diferentes tipos de normas, sólo tiene un sentido: dotar de unidad ese complejo que en síntesis está constituido con base en la necesidad de proporcionar guías de conducta a una comunidad humana. Porque, en la identificación de tales relaciones es donde hallamos la razón que justifica la existencia de dicha comunidad humana.

³¹ Si hemos de dar crédito al mismo Kelsen –lo cual, sin duda merece – hay en la TPD numerosas evidencias de ese legado kantiano. Aunque efectivamente muchos discrepan de que tal legado se ubique en las determinaciones de la TPD explícitamente señaladas por Kelsen.

Por todo ello, resulta indispensable siquiera mencionar, cómo en el trabajo cuyo fruto es la TPD en su primera y segunda versión, se producen modificaciones significativas a lo largo de la vida intelectual de Kelsen. Modificaciones que en algunos aspectos son incluyentes, como cuando admite la presencia de normas permisivas, que dan poder, como normas que conforman, además de las normas de naturaleza más explícitamente coactiva, un sistema jurídico (Paulson, 2012, p. 24)³². Pero, aún cuando se dan este tipo de modificaciones, aquella distinción inicial referente a ubicar como norma primaria aquella portadora de la habilitación sancionatoria para el funcionario, permanece incólume. De modo que lo que prevalece como nota distintiva del sistema jurídico es la dimensión de la aplicación, pero realmente no es muy visible el énfasis en la noción de la obligación que, en principio, se ubica en la norma secundaria para Kelsen, es decir, aquella que describe la conducta deseada por el Estado en sus ciudadanos. Y a esa elucidación se aplica Paulson para mostrar la correlatividad ausente entre un principio de autoridad en la TPD y su correlato, una noción de obligación. Para lo cual exploramos diferentes textos de Kelsen donde éste afirma en múltiples ocasiones su deseo de prescindir incluso, de la norma secundaria por considerarla superflua (Paulson, 2012, p. 22).

Es decir, en el nexo que une una norma como aquella que establece que el derecho a la vida es sagrado e inviolable, o que nadie debe tomar justicia por su propia mano, con las que se encargan de fijar una sanción para quien cometa esta conducta; en el puente susceptible de establecer entre normas constitucionales que proclaman el derecho a la vida, y la disposición jurídica que restringe ciertas conductas que pongan en peligro ese derecho Kelsen prescinde del mandato inicial para privilegiar como primaria o básica en este campo, la norma sancionatoria y con ello, la habilitación que coloca al funcionario en condiciones de aplicar la sanción correspondiente a quien omita la conducta respaldada por la norma secundaria. De modo que en la estructura de la norma jurídica que avala la TPD, no se aprecia el proceso digamos de formación que en principio pretende respaldar

³² Nota 58.

cuando se indica la necesidad de formar o “moldear” la conducta del ciudadano en aras a sus adecuación a la conducta querida por el Estado.

Aunque toda esta apreciación precedente se ubica en términos estrictos en el campo teórico, en razón a la naturaleza de la otra tesis aquí abordada, a saber la de la RR, dejo aquí una digresión. En contextos del ejercicio de los operadores judiciales, me inclino a pensar que no funciona, bajo los términos de esa regla *primaria kelseniana*, el sistema jurídico en acción. En muchas ocasiones, sobre todo en sistemas altamente complejizados normativamente, no importa que tales conductas no estén por ejemplo, taxativamente señaladas dentro de la codificación correspondiente. Por ejemplo, pongamos por caso, una norma de tipo administrativo, emitida por un ente que tiene a su cargo la salud pública y que la emite frente a una epidemia, para colocar bajo control la situación, cobijado por una norma-facultad que le autoriza a actuar de esa manera, a despecho de las prerrogativas constitucionales que declaran libertades individuales que, en dicho momento, pueden reñir con la situación de salud pública creada. No importa que el desarrollo legislativo no haya logrado subsumir amenazas potenciales novedosas, como el caso de un virus desconocido que irrumpe por primera vez en el país. Pero bajo el manto que cubre esa misión fundamental del Estado de velar por la salud pública. Se logra desplegar iniciativas de protección y asistencia coordinadas. Quién podría afirmar que estas iniciativas aún cuando no aparezca textual y taxativamente señaladas en norma jurídica positiva no tienen validez? La tienen. Y aún más: son capaces de desplazar, derechos subjetivos específicos.

A mi modo de ver en ese ejemplo precedente, se hace visible que, aún sometidos al marco normativo correspondiente, los procesos se desatan en razón a la solución de conflictos concretos, porque algo más que la mera reacción preventiva frente a la eventual sanción por omisión, puede mover a los funcionarios. En ese aspecto, es necesario destacar por otra parte, la importancia que otorga Kelsen a la ciencia jurídica. Ella será la portadora y eventual descubridora de las reglas de derecho *sustanciales* que, están implícitas en las relaciones que se establecen entre diversas normas jurídicas positivas. A mi modo de ver, los aportes de la TPD, como la distinción entre el objeto de estudio de la ciencia jurídica y el objeto de análisis del sistema *idem* así como la determinación de la estructura del sistema, abrieron también una puerta para el derrotero hartiano pues traza una línea expedita que prepara el terreno para la consideración de la posibilidad de dotar

aún dentro del razonamiento práctico de ámbito más estrecho, de autonomía el estudio de las normas jurídicas, esta vez con respecto a sus hermanas, no de sangre, sino de crianza, que serían las normas morales.

Son estas reglas de derecho, así consideradas (no textuales quizá), no fruto de un desarrollo legislativo específico, pero presentes de alguna forma en el cuerpo normativo básico constituyente, las que declaran la naturaleza unitaria de un conglomerado de normas, que, por su distribución proliza en los diversos frentes en los que se realiza la actividad judicial, puede incluso desdibujar su sentido y orientación. Por ello las reglas del derecho vienen a jugar un rol de importancia relevante: porque son capaces de dar sentido a la más abstrusa de las normas positivas, ubicándola en el lugar que le corresponde, y haciendo explícitas sus relaciones con las demás normas y con las condiciones que dotaron de justificación su formación en un momento dado.

Pero para algunos estudiosos de la TPD, como hemos visto en párrafos anteriores³³ la existencia de un grupo de normas jurídicas alcanza unidad sistemática es, gracias a un criterio fundamental de orden axiológico, un tipo de valor denominado *Orden*, que se expresa en la prescripción de niveles jerárquicos de las normas que lo forman. A través del valor *Orden*, se hace posible organizar los diferentes frentes de la vida social en una comunidad dada. Es dicho *Orden*, la premisa mayor en *Las lecciones del Espíritu Positivo*. Pero ¿qué distancia hay entre la noción de orden y la noción de regla? Cuál es la naturaleza de esta noción de Orden en cuanto a su procedencia? Obviamente, la idea de orden aquí aludida, es la misma noción derivada de la visión en virtud de la cual objetos, sucesos, personas, se agrupan en función de sus similitudes, sean éstas de atributos, o de movimiento, o de efectos. Cuando algo está ordenado, decimos “está cada cosa en su puesto”.... Ese “su puesto” indica que se halla en el lugar correcto. Correcto de acuerdo a qué? De acuerdo a un referente implícito para ese momento en que se constata el orden, pero previamente fijado. Cuál sea la naturaleza de tal referente no debe importar describirla

³³ Pág. 31

en detalle. Pero para el caso de la TPD, es claro que se trata de un referente asociado a la construcción lógica de conceptos.

Y el recurso no es casual: el examen del escenario que posiblemente fue el germen para las primeras elaboraciones teóricas, complementa la interpretación que he acogido de los propósitos de Kelsen, explícitamente señalados por el mismo autor en el prólogo de la primera edición de la TPD. Aunque ya sea de todos conocida, es conveniente recordar la circunstancia histórico-política, La Gran Guerra³⁴, con la cual se produjo la disolución del imperio austro-húngaro y que al culminar dio lugar a una época llena de tensiones entre Alemania, Austria, Hungría, Francia e Inglaterra, durante la cual Austria fue un retazo del imperio sometido a luchas partidistas internas entre bandos socialdemócratas y otros, de raigambre más socialista. Al llegarse a un momentáneo acuerdo entre las fuerzas opositoras, se dio el encargo que llevó al insigne jurista austríaco a ser protagonista decisivo en la redacción y discusión de la Primera Constitución de la República de Austria en 1919 y su promulgación en 1920. Pues bien: esta coyuntura de luchas enconadas, de disoluciones y pugnas internas, marca el propósito kelseniano de elaborar una teoría inmune por así decirlo, a los vaivenes políticos y para ello, sus recursos metodológicos, las premisas de soporte de su sistema forman un atado de conceptos que se encuentran ceñidos a una visión imperativista de la norma, a un esquema abstracto que pueda resistir incólume, críticas de orden político.

Trazado este amplio panorama de motivos y razones en la elaboración de la TPD, pasemos ahora a caracterizar cuál es ese eje de la discusión entre Kelsen y Hart, que es de interés propiamente para lo que aquí hemos identificado como problema de esta investigación. Para ello, hay que encuadrarse en principio en la diferencia cardinal entre los dos autores.

A mi modo de ver, el eje en el cual se apoya esa diferencia cardinal es, antes que conceptual, metodológico. Y para justificar esta aserción, afirmo que la elección metodológica es clave para la distinción entre normas y reglas. Cuando Kelsen se sitúa en el horizonte del teórico del derecho asume la noción de norma desde una perspectiva en

³⁴ La primera guerra mundial.

la cual prevalece la forma de lo jurídico porque su horizonte de entrada, *su input*, es el de la concepción kantiana del conocimiento. De modo que acuña categorías que le permiten construir desde la base, un esquema de conceptos derivados de un principio, el de la *imputación*, el cual no tiene en su discurso un soporte fáctico, sino un soporte lógico. Al elegir esta opción, en su búsqueda de librar a la teoría jurídica de preconceptos anclados en el mundo iusnaturalista, renuncia a la tradición y con ello a cualquier consideración de tipo *biosociopsicológica*, para mantener el concepto de obligación jurídica.

1.5.Obligación y *Authoritas* en una regla de reconocimiento

1.5.1 Rasgos distintivos de la teoría hartiana del derecho

Es imprescindible para la presentación de la noción de obligación en Hart, iniciar exponiendo en primer lugar la caracterización que él hace de lo que entiende como sistema jurídico, y, previamente, de cómo piensa que se da en su forma incipiente el germen de un sistema como tal en la especie humana. En esa línea de exposición hay que señalar que en dicha teoría se afirma la existencia de reglas primarias, incluso en una etapa prejurídica las cuales aunque sin ser elevadas a la condición de normas jurídicas positivas, reflejarían de alguna forma la sanción para quienes cometieran actos violatorios de aquellos contenidos mínimos que pueden garantizar la convivencia, a saber: no matar, no mentir, cumplir promesas, entre otros.

En ese mundo primigenio, observa Hart, *prima facie*, que las reglas envuelven por igual tanto hábitos de obediencia como aceptación. Pero, a juicio del profesor Hart, estas nociones, a saber obediencia, hábitos, amenazas, generalidad son nociones simples que impiden entrar a profundidad en lo que es característico del derecho (Hart, 1961, p.193) y que han sido objeto de cuestionamiento en los capítulos II, III y IV al realizar el examen crítico de la teoría imperativa del derecho. De modo que es prístino cómo desde el examen de los elementos constitutivos de la teoría imperativa y su ambigüedad para determinar el rol de los que ejercen como funcionarios públicos, su

concepto de autoridad anclado en la sumisión a las órdenes del soberano, comienza a filtrarse la imagen de una regla que dé cuenta de ese carácter social de lo normativo que subvierte la idea de obligación en un sistema dado.

En el esfuerzo desplegado por distinguirlas de las morales, Hart dedica buena parte del capítulo V a la configuración de las características distintivas de reglas primarias y secundarias.

Pero esta tarea no culmina aquí, porque en el Cap VIII va a elucidar los alcances de la regla de reconocimiento y allí, al abordar el problema de la validez, vuelve a dar cuenta de las características de las reglas de obligación, porque debe referirse al aspecto interno de las reglas para señalar dicho alcance. Allí inicia llevando a discusión las teorías que señalan conexión necesaria entre Justicia y Moral.

Hay que detenerse en varios aspectos de las características señaladas porque allí pueden estar algunas claves para la pregunta de investigación que orienta esta búsqueda. Por ejemplo, es la obediencia, un presupuesto para la aceptación de la regla primaria? (Hart, 1961, p.68) No, responde Hart, al presentar la situación hipotética donde en una comunidad imaginaria, manda el soberano Rex³⁵. Y su argumento es que la obediencia es una relación personal que se entabla entre el ordenador y quien obedece (Hart, 1961, p.66), la cual, de volverse regular y dado un tiempo probablemente extenso, podrá formar el hábito de la obediencia. Es este hábito y no la simple aceptación (por una vez) de la orden imperativa el que puede llegar a hacer posible que, hacia fuera, es decir, desde un punto de vista externo, pudiera ser vista como una comunidad donde existe un derecho. Pero esto sólo sería desde la perspectiva de quienes desde fuera, miran hacia dentro de tal comunidad.

Si procedemos a analizar las condiciones de las sociedades humanas, o mejor decir, los intereses presentes en los seres humanos, una comunidad donde no se “chiste” o coloque

³⁵ Para recordar: es Rex el personaje de Fuller en su libro sobre la moral interna del Derecho. Al respecto ver: *"Positivism and Fidelity to Law"*, op. cit., 1957, *The Morality of Law*, 1a ed., op. cit., 1964

en cuestión las órdenes, no es una comunidad humana de *animales dependientes y racionales*³⁶, porque en éstas, sí es usual encontrar diversas opiniones respecto a si realmente es correcto obedecer las órdenes de Rex.

Lo que hace de las reglas de *obligación*, reglas primarias, no es la importancia expresada en la intensidad de la presión social que las acompaña: tampoco es la intensidad del sacrificio que supone para los intereses particulares de los ciudadanos, observar la regla que ha sido aceptada. Menos, el hecho de que sus ciudadanos o miembros del grupo social en que ellas operan, vean la señal o el distintivo que mueve a seguir la regla como una cuestión de deber concebido éste como el cálculo predictivo de la posibilidad de sanción. Lo que realmente las constituye como tales reglas, es su capacidad de aportar razones para actuar de una determinada manera, es decir su aptitud para “mover” a un tipo específico de comportamiento a cada cual. Pues si analizamos el aspecto interno de ellas, éste no se encuentra en el hecho escueto de su observancia por un grupo de individuos, visto tal asunto como un comportamiento regular, repetitivo de las personas. Lo que resalta el profesor de Oxford es el modo como ellas, las reglas de obligación son “introyectadas”³⁷ por las personas de un grupo social. Y esto ocurre cuando dichas personas entablan una relación de compromiso con la regla que los lleva a asumirla como pauta de su propia acción, y no sólo como el referente asociado a la expectativa de lo que otros harán.

Pero, dónde reside esa particularidad de las reglas primarias, esa capacidad para aportar dichas razones? Cuál es el sustrato de una regla primaria que le permite o capacita para proporcionar esa pauta que mueve al ser humano a ajustar su comportamiento de conformidad con dicha regla? Lo veo como MacCormick (MacCormick, 2008,p.483-492) en la ligazón de dichas reglas con algunos temas básicos que serán objeto de elucidación en el próximo capítulo. Por lo pronto, sólo es necesario tener en cuenta que, la aceptación

³⁶ Acepto aquí, a manera de ilustración el concepto de MacIntyre sobre la naturaleza del ser humano

³⁷ Este término, proveniente de la psicología podría servir para señalar de otra manera, cómo se forja o surge una actitud frente a algo en este caso, frente a una práctica aceptada.

de una regla de obligación es la aceptación de una restricción a los intereses y deseos particulares, en pro de un interés público.

Comprender cómo, algo que nace como una idea, un credo, una escuela, aporte razones para actuar facilitaría la tarea de descubrir cómo actúan dichas reglas primarias en el comportamiento de las personas. Se me ocurre, por la cercanía con las ideas, mostrar algo así como la trazabilidad de dichas razones, iniciando por lo que considero sería el momento de preliminar de apropiación de la idea: en la apropiación de una idea, doy el paso a la consideración de su consistencia, su adecuación al marco de ideas en el cual he enmarcado mi comportamiento, su idoneidad para apoyar ese mismo marco y le concedo en razón a tales características, la condición o el estatus de plausible. Esta evaluación favorable ha predisposto mi voluntad a aceptar tal idea. Y en el marco de mi hacer rutinario, aquella se vá dando cabida en razón a aquella predisposición de la voluntad, y ya deja de ser idea suelta para apertrecharse de justificaciones tomadas de su propia naturaleza, como de las que sostienen mi marco de referencia, con lo cual se convierte *en* pauta de acción para mi voluntad. Pongamos por ejemplo el proceso surgido de la adaptación a un nuevo hábitat. O la progresiva adaptación a una nueva rutina de ejercicios. Lo que se muestra es que no culmina en el hábito la disposición del velocista o del ciclista que practica su deporte por que se ha hecho un cultor de eso que llaman bienestar físico-mental, independiente de los logros profesionales que eventualmente pudiese alcanzar al explotar su deporte favorito de manera comercial. En el marco de un determinado credo político o religioso, baste como evidencia la asunción deliberada y expresa de los signos o posturas justificadas por aquel credo, sea religioso, moral o político; en una escuela de pensamiento, como evidencias podrían notarse motivaciones capaces de apoyar un determinado esfuerzo argumentativo a favor de postulados básicos de esa escuela. Son éstos caminos distintos de acceso para aceptar algo como razones válidas, como guías de comportamiento.

De forma relativamente similar surgen razones para actuar, frente a aquellas normas establecidas posteriormente cuyo propósito es aportar una sistematización a aquel conjunto inicial, dotándolo a la vez de mayor nivel de eficacia. A mi modo de ver, las reglas en este enfoque provisto por Hart, atraviesan diversos estadios en su proceso de formalización. Algunas provienen de comportamientos favorables a la convivencia que fueron decantándose como necesarias a lo largo del tiempo y que reciben la denominación

de constitutivas³⁸ porque en el mundo jurídico serán plenamente formalizadas; surgirán otras, posteriormente como el producto de procedimientos establecidos y surtidos deliberadamente para la promulgación de dichas reglas; otras sólo tendrán el alcance de regular una práctica ya existente. Serán las primeras, las constitutivas aquellas que expresan la noción de reglas convencionales: aquellas cuya base son las reglas primarias de obligación, ya presentes en el mundo prejurídico, ahora formalizadas en el mundo que llama Hart mundo *Jurídico*. La distinción prejurídico y jurídico le permite a Hart marcar el punto en el cual se insertan las reglas secundarias que son las que en últimas (sobre todo, la de reconocimiento), la que jugará el rol de configuración del sistema jurídico. Pero qué análisis me permite el concepto anterior de reglas constitutivas? Si las reglas en el sentido propuesto por Hart se derivan de la práctica, tiene esta noción de reglas alguna conexión con la noción de principios? Proviene los principios generales del derecho de algún tipo de reglas constitutivas?

Cuando aludimos a principios, que de acuerdo a Dworkin (Dworkin, 1999: p.80), nos tienen completamente rodeados pues los profesores de derecho los enseñan, los historiadores los celebran y los textos los citan, tienen un peso específico ¿estamos realmente refiriéndonos a entidades extrajurídicas? (Dworkin, 1999:p.89) No se trata de una noción transitiva derivativa de situaciones empíricas originarias? No se tratan entonces los principios, de un contenido especial de reglas primarias que, no se atienen a la concepción de reglas de Dworkin, a saber, no funcionan como estándares del “todo o nada”, pero que igual están insertos en la noción de reglas primarias de obligación, como aquellos estándares que la convivencia y la búsqueda de lo razonable para mantenerla, dictan a una comunidad jurídica? Sobre esta caracterización volveremos más adelante.

Al afirmar que algo es capaz de aportarme *razones para actuar*, estaré afirmando que dicho algo tiene la fuerza y el contenido que mueve a mi entendimiento a apoyarse en ello, en

³⁸ Esta denominación ya no corresponde a la propuesta por Hart. Proviene de otra línea, la de Rawls y Searle que son (entre otros) algunos de los que reactivan esta distinción de las reglas para la filosofía política y del derecho en el siglo XX. También la encontraremos en otros ensayos críticos. Al respecto ver: Marmor (2019).

dicho algo para definir o elegir el modo de comportamiento apropiado. Porque si lo que me otorga son razones, sugiere tal cosa que tal “algo” está potenciado para movilizar mi pensamiento. Pero cómo lo hace? Está quizá apelando dicho algo a una fuerza externa? O, está aludiendo este mover a a la necesidad de someter instintos básicos de los individuos? Podría responderse que en parte apela a un hecho externo y en parte, a convenciones provenientes de la necesidad de someter tales instintos básicos. En qué medida a uno y otro?

Una regla primaria, existe porque existe una práctica que la ha constituido³⁹, porque así se vive la necesidad de someterse a ella, a su imperio en ese mundo sencillo y prejurídico. . Aunque en dicho mundo prejurídico, aún no se encuentren reglamentados los procedimientos sancionatorios expeditos para las transgresiones, las sanciones toman formas graduales que pueden ir desde la persuasión a la coacción para cumplir la regla, hasta la aplicación del “ojo por ojo”. Lo que equivale a decir que, aún no definida una forma específica de sistema de sanciones, las que existen, propias de juegos de lenguaje propios de cada grupo, aquellos que logre desarrollar ese grupo de personas, serán aplicadas en tanto aquellas, las reglas primarias, sean transgredidas. Por tanto no basta, o no es suficiente, repite hasta la sociedad Hart, con el referente de la norma penal para pretender dar cuenta del modo de existencia de las reglas primarias

En la discusión con los representantes de la teoría del derecho concebida como algo compuesto por órdenes y amenazas, Hart echa de menos la dimensión interna de la regla. Así, expresa:

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado , en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo., como signos de un posible castigo” (Hart, 1961:113)

³⁹ Es esencial plantear las distinciones que hacen de una práctica una regla. Esto es, las condiciones internas que así lo determinan y el modo como a través de enunciados, ellas se expresan. Al respecto ver también: Rawls, “Two concepts of rules”. *Philosophical Review* 64(1955) 3-32.

Lo anterior deja claro que no está pensada la distinción entre punto de vista externo y externo como escisión de lo uno y lo otro ó como opción excluyente de lo uno ó lo otro. Es decir, que no se trata de pensar en una sociedad donde el hábito de la obediencia es la única opción posible: Se admite de entrada que, guardadas las proporciones, esto es, que haya una mayoría que comparta el punto de vista interno en cualquier sociedad, pues es lo que otorga autoridad al sistema jurídico, coexistan bajo el mismo cielo los puntos de vista interno y externo. No se trata de pensar llevados por el ejemplo del autor al remitirnos al punto de vista externo que realmente se trata de alguien que se encuentra *por fuera* de aquel sistema. Es que puede hallarse dentro del mismo marco y seguir la regla, por diferentes motivos, a saber, porque realiza el cálculo predictivo de la probabilidad sancionatoria concomitante a su transgresión. O, porque, puestas en balance, su mejor opción para poder cumplir con su bagaje de intereses particulares lo presenta la opción de vivir en un grupo relativamente estable, que sólo exige cumplir unas reglas básicas para poder desplegar en él acciones que conlleven a la realización de metas individuales y particulares.

Prima facie, lo que aparece es una fisura en la concepción hartiana de la regla primaria. Si la estrategia metodológica para apreciar el sustrato del enunciado “tiene la obligación de” incluye el apelar al sentido interno de los enunciados respecto a las reglas de obligación, cómo entonces aceptar que dicho sentido interno se halla ausente de aquel número que en un momento dado puede ser “creciente número” de ciudadanos que no aceptan dicho sentido de la obligación sino que su comportamiento lo juegan en el cálculo de probabilidades? Aun con no tratarse de una definición sino de la amorosa descripción del modo como se gestiona un comportamiento entre ciudadanos, este rasgo de la *actitud reflexiva*⁴⁰ aparece como el rasgo central de la regla de obligación. Y tal parece no estar en todos. Pero el problema no es que no esté en todos. El problema surge al afirmar que la autoridad (que requiere el sistema jurídico para que funcione en todas sus formas) es concebida, constituida por la actitud de esa mayoría de ciudadanos que comparten la actitud reflexiva frente a las reglas de obligación. La pregunta es: Responden las reglas de

⁴⁰Expresión equivalente a mi modo de ver en la obra de Hart a “actitud normativa”

obligación en esas condiciones a la nominación de “reglas constitutivas? Y, en razón a ello ¿responden esas reglas primarias a lo que nosotros hemos dado en llamar reglas básicas, es decir, pueden considerarse comprensivas hasta cierto punto, de los contenidos mínimos de derecho natural? Según Hart, no se requiere que todos las acepten pero sí se hacen obligatorias para todos, aun cuando exista una minoría que juegue su obediencia en el cálculo de probabilidades.

1.5.2 Reglas Secundarias: De Obligación y De Conferir Facultades

La noción de obligación, en la acepción acogida para una teoría empírica de reglas, puede presentarse como un duro reto para evidenciarla como presente en una práctica dada. La existencia de ese elemento sustancial para comprender la noción de regla, nos conduce a los siguientes interrogantes: Cuál es el punto de inflexión del comportamiento que permite señalar obligación en la existencia de una práctica que llega a constituirse como regla? Cuál es el punto de partida de esa práctica? Qué razones pueden ratificar su existencia? Y podemos responder diciendo que la presencia de una actitud reflexiva frente al comportamiento del cual se trate dicha regla, y la expectativa que genera para los participantes, la constatación que otros la sigan, la crítica o censura que genera su incumplimiento son elementos que dan pie a afirmar que estoy ante una regla obligatoria. Y, si por ejemplo he llegado de lejos, quizá por razones de *maridaje*⁴¹, pretendiendo integrarme a un grupo social determinado donde rigen estas reglas, puedo describir pasado un tiempo en dicha comunidad, cuáles son las reglas que rigen al interior del grupo. Aunque por mi condición de foránea, puedo en algún momento sentir que hay un peso excesivo de obligación en la observancia de una regla determinada, y me decida a no observarla, ello no será razón para que los integrantes del grupo crean que es pertinente liberarse de la obligación ya establecida como práctica en dicha regla que yo he puesto entre paréntesis. Es decir, para el grupo mayoritario que sigue la regla porque la ha aceptado intrínsecamente, la desviación o transgresión en que yo incurra, no se constituye en razón para apartarse de dicha regla.

⁴¹ Cambio de status civil

Con lo anterior damos por concluida la caracterización de las reglas de modo general en la teoría hartiana. Ahora, nos interesa solventar el sentido de obligación en la RR. La obligación en el caso de las RR surge del compromiso expresado en la práctica frente a las reglas primarias. Si bien ha afirmado Hart su condición de regla secundaria, lo que se entiende como que pertenece al grupo de reglas que hacen posible el mantenimiento del orden rudimentario en principio⁴², formalizado después en el caso de los sistemas jurídicos contemporáneos, las características de una RR, frente a las de cambio y adjudicación difieren en aspectos sustanciales, aun cuando comparten otros. Entre los primeros están: a) La forma de despejar incertidumbres b) el status frente a las otras reglas secundarias c) Su carácter de regla cuyo rango de acción abarca fuentes variadas de derecho. d) La relación de dependencia directa respecto a la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural.

1.5.2.1 La forma de despejar incertidumbres. En el seguimiento de reglas anidan las incertidumbres propias de la constatación de que no todos los ciudadanos, aceptan con actitud reflexiva dichas reglas. Que algunos y a veces, no tan pocos, lo hacen desde una actitud externa, que no es garante todo el tiempo del ajuste del comportamiento a dicha regla. En la actitud externa, no es prioritario el compromiso por el interés público. Son relevantes para el mero observador sus intereses particulares, ya que sólo en atención a ellos, ha decidido permanecer en dicha comunidad, para así cumplir sus ambiciones. La expectativa del ciudadano promedio frente a los potenciales transgresores crece a medida que se aprecia la tensión generada por sus transgresiones. El no saber cuándo y cómo se producirán ellas, el no saber cuáles de dichas normas que

⁴² A diferencia de Hart, pienso que en un ámbito prejurídico existe algún tipo de regla que permite señalar la pertenencia de una regla primaria al conjunto de las reglas básicas de esa comunidad. - en este caso se trataría de medios o signos muy rudimentarios que mostrarían la "validez" de una regla dada, entendiendo por tal validez, la aptitud de ella para demandar obediencia. Obviamente aún no se trata de un sistema con las características típicas de ést.

sostienen la convivencia valen como reglas de obligación y por tanto poder exigir con mayor presión o rudeza su cumplimiento, engendra incertidumbre.

Si la certeza equivale a conocimiento válido o efectivo, produce una sensación de tranquilidad relativa, aunque se trate de la certeza de un peligro inminente, pues equivale a sentir que ya uno sabe a qué atenerse con respecto a algo y en el caso del peligro inminente, dispara la acción; asimismo puedo afirmar que en el plano de la vida cotidiana, las certezas generan una cierta sensación de seguridad.

En el corazón de la tesis hartiana que da vida a las reglas secundarias, reposa la demanda de seguridad de Hobbes: aquí, se aprecia más claramente la resonancia hobbesiana, lejos de Hume, porque el interés personal, la ambición, el amor hacia sí mismo y a los miembros del grupo familiar o más cercanos en los afectos, es, a mi modo de ver, considerada de forma más atenuada en Hume pero que se presenta⁴³ más arquetípica en *Leviathán* y por ese motivo soy de la opinión de que, en este aspecto el sustrato teórico *humeano*⁴⁴ a pesar de su aparente crudeza, no logra conducir de modo cómodo una idea de validez mediada por la necesidad de erradicar incertidumbres que es grosso modo, el título principal de reconocimiento de un sistema jurídico.

Incertidumbre como ausencia de certeza. Llamo certeza como señalé antes, una situación de apropiación de conocimiento efectivo o válido, evento u objeto que me aporta una convicción respecto a ese algo, sea convicción de sus atributos, propiedades o de sus alcances. A mi modo de ver, esta forma de plantear el surgimiento de las reglas secundarias, involucra de modo persistente la noción de *seguridad* entendida como uno de los mínimos requerimientos que las determinaciones de naturaleza del ser humano, imponen como principio de convivencia. Ordinariamente la búsqueda de bases a este rol

⁴³ Más arquetípica en el sentido que parte de una consideración generalizada de lo que es la naturaleza del ser humano. No se aprecia el agudo sentido de la consideración de dicha naturaleza, desde el análisis mismo de cómo operan las pasiones al interior del individuo, que sí se aprecia en Hume.

⁴⁴ A mi modo de ver, en el estilo de Hume la presentación de los móviles que orientan la acción humana no lleva el acento "absolutista" que sí marca el discurso de Hobbes a lo largo de sus textos. Si se quiere, podemos tildarlo de "determinista" en tanto su propósito es fijar las condiciones que fijen la acción desde una sola óptica. Pero indudablemente, no es el acento lapidario que imprime Hobbes a sus caracterizaciones.

de la regla de reconocimiento, se centra en el describir cómo se hace una práctica: a través de una acción repetitiva de un tipo de comportamiento seguido por las personas que se perciben como integrantes de un conglomerado social, que comparten una normatividad la cual aceptan y que han convertido ciertos patrones de esos comportamientos en guías para la acción, que son portadores de una actitud reflexiva frente al comportamiento propio y de otros y una censura o presión ante quienes las incumplen. Dado que todo se realiza en este primer momento como meramente sujeto a la buena voluntad de las personas, quienes no son “ni ángeles ni demonios”, esta tendencia ambivalente del grupo en tanto grupo humano, hace cada vez más común el conflicto, el cual surge surgir entre quienes observan la regla, en detrimento de sus intereses particulares y quienes no lo hacen. Tales situaciones dan origen a la formación de reglas secundarias. Pero su modo de surgimiento dista mucho de la descripción anterior. A mi modo de ver y sin desdeñar, su carácter de reglas prácticas, me atrevo a afirmar no hay tal similitud en el modo de darse las reglas secundarias. Creo que aquí se hace pertinente mirar por ejemplo, no sólo una teoría asociada a los actos de habla que promueven la intencionalidad de los actos humanos⁴⁵ sino hacia la tesis de los presupuestos mínimos que podrían considerarse como una base empírica de derechos naturales en una sociedad de humanos.

Afirmo que en la elucidación del modo de darse reglas secundarias la cuestión analítica de los enunciados, aunque como factor de análisis de las reglas puede conservar su alcance y vigor metodológico, no configura la clave exitosa para desentrañar o justificar la naturaleza y función social de las reglas secundarias. Y sí se hace necesario recurrir a algunas de las fuentes teóricas de Hart, en este caso a Hobbes y a Hume para comprender

⁴⁵ Como la propuesta por Searle. Al respecto ver: Daniel Contreras Ríos, José A. Poblete Laval. *Reglas constitutivas y racionalidad normativa en la teoría de los hechos institucionales de John Searle*. Persona y Derecho / vol. 68 / 2013/1 / 181-199. A mi parecer, esta *reformulación* de la teoría de los actos de habla de Austin que realiza Searle, tal como la califica Mañalich en su ensayo “Regla de entendimiento?”, es ciertamente insuficiente para dar cuenta del modo como se producen las convenciones constitutivas. Véase: J.P. Mañalich. ¿Regla de entendimiento? *Acerca de la juridificación de la comunicación en la pragmática universal de J. Habermas*. Estudios Públicos.No. 119.2010. Santiago de Chile. pps.121-149.

esos roles de las reglas secundarias⁴⁶. Lo anterior, no hace sino reafirmar la multiplicidad de recursos que hay que atender en la teoría de Hart, para la comprensión satisfactoria de sus tesis. Por esa razón considero imprescindible dedicar un espacio adicional para caracterizar esta regla, la RR en relación al lugar en que ella es situada en el contexto teórico-positivista hartiano.

1.5.2.2 Status Frente a Las Reglas Secundarias. Puede afirmarse *grosso modo* que todas las reglas secundarias abogan por la seguridad. Una vez se ha separado la RR de los restantes grupos de reglas secundarias, advierte uno, por otra parte, que la composición de este grupo no es del todo armónica. Ni en cuanto al alcance ni en cuanto a la funcionalidad. En este punto quiero sostener la idea de una RR, no como regla última sino como regla máxima. Voy a intentar explicar el porqué es una regla máxima. Asumo que una regla máxima, se presenta como el *summum* de la exigencia de validez de un sistema; con ello quiero significar su trascendencia con respecto a los criterios de los cuales dispone, en tanto esa práctica puede disponer incluso de algunos criterios que eventualmente pueden no aparecer explícitos en normas constitucionales, lo que en el enfoque hartiano es posible.

Sustituyo acá el calificativo de regla “última” por cuanto esta noción de última remite a la figura de la cadena jerárquica de validez o de una secuencialidad temporal que no responde a la concepción fuertemente heurística de las fuentes que utiliza Hart para la construcción de sus tesis. A mi modo de ver y tratando de armonizar con la heterogeneidad de las reglas, en tanto unas imponen obligaciones y otras confieren facultades, una regla máxima como la surgida de una práctica seguida por un colectivo tal como los funcionarios judiciales, es un estándar a cuya formación contribuye tanto la jurisprudencia, como la

⁴⁶ Como por ejemplo, el citado pasaje del texto ya mencionado de Hobbes sobre la seguridad, en este caso quiero parafrasear relacionando tal demanda de seguridad con la desconfianza humana que producen los conflictos, especialmente los conflictos bélicos. Dice Hobbes: “...los hombres no viven con otra seguridad que no sea la que les procura su propia fuerza y su habilidad para conseguirla...todo es incierto, no hay artes..no hay letras...y la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta...” Hobbes, T. *Leviathán* Tomo I, Editorial Altaya, Barcelona,, 1994. Pags.107-108.

En este caso, nos interesa es elucidar ese rol de la Regla (ubicada por Hart como regla secundaria) de Reconocimiento porque como hemos visto su función social, su modo de renovarse a sí misma para actualizar el sistema jurídico, son atributos que no aparecen como distintivos de los otros grupos de reglas secundarias. A saber, las de cambio y adjudicación.

doctrina, obviamente la legislación pero además el auge del derecho de los tratados, donde convergen recursos o fuentes que aquella colectividad de funcionarios públicos, adopta como válidos a través de su práctica, para precisamente aplicar a las normas sujetas a su arbitrio. Esto es, para acreditar validez. Dado que la característica dominante que le impone el ser constituida por una práctica, es que en dicha práctica están presentes, no solo las directrices sancionadas en la Constitución política, sino, además, algunos otros contenidos provenientes de la tendencia contemporánea de la internacionalización del derecho, por ejemplo. Y ello es así, porque se trata la RR de una regla social⁴⁷. De modo que lo que se concluye es que aun cuando es una regla que confiere potestades, al mismo tiempo asigna o impone obligaciones. Quiere esto decir que comparte características de las reglas primarias. Y algunas de las que se presumen típicas para una RR, están presentes también en los dos componentes complementarios de este grupo de reglas que dependen de otras.

1.5.2.3. El Rol de la RR Frente a los Contenidos Mínimos de Derecho Natural.

Si la validez es el asunto que define y actualiza las condiciones de existencia de las normas particulares, de hecho está garantizando la pertinencia del sistema normativo que incluye sanciones y mecanismos preventivos para mantener estándares de comportamiento; en ese sentido teleológico una regla de reconocimiento vela por la defensa de esos mínimos que constituyen las condiciones de existencia de una sociedad. Ante tal rol, dicha regla puede considerarse como la regla máxima que dota de sentido a la existencia de un orden

⁴⁷ En este sentido, se enfatiza su condición de plasticidad en tanto en cuanto los criterios que porta pueden sufrir modificaciones sustanciales aunque ligadas al problema mismo de las exigencias de validez. Por ejemplo, las obligaciones o compromisos que contrae un país con otro a nivel de un tema regulado por la Constitución pero que en razón a trámites internos no ha sido protocolizado, pero que puede ser tomado como criterio de validez para decidir sobre un caso específico sometido al arbitrio de un juez o tribunal como sucede en algunos tipos de procedimientos asociados a compromisos contraídos en la suscripción de Tratados, por ejemplo, de derechos humanos. Al respecto ver: Andrei Marmor. *Exclusive Legal Positivism*. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law Edited by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro. Print Publication Date: Jan 2004 Subject: Law, Jurisprudence and Philosophy of Law Online Publication Date: Sep 2012 DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0003

jurídico. Entonces, lo que reconoce una RR es la validez de una norma cuyo modo de existencia satisface requerimientos de orden formal pero también algunos requerimientos sustantivos básicos que han de estar presentes como objetivos fundamentales de un ordenamiento, aun cuando se trate de dispositivos netamente procedimentales, pero cuyo horizonte es la realización de objetivos esenciales del ordenamiento jurídico.

Ya con esta primera caracterización de la regla de reconocimiento, vuelvo entonces a la aproximación al modo de existencia de la norma fundamental diseñada por Kelsen. Porque es necesario precisar las distinciones entre ambas, y no sólo las evidentes a primera vista.

1.5.3 Obligación y *Authoritas* en la Norma Fundamental de Kelsen

En tanto es claro el ascendiente que constituye la TPD en la empresa teórica de Hart, a pesar de un trabajo crítico constructivo que el último realiza sobre los aportes de Kelsen, para el propósito de caracterización de la RR que desarrollo en este capítulo, creo pertinente mostrar ahora cómo se dan las nociones de obligación y autoridad en Kelsen, aun cuando ya antes he señalado a grandes rasgos las notas distintivas de su sistema.

La pregunta que se impone ahora, para retomar el hilo de mi indagación es: cómo relacionar este carácter de la norma fundamental (que no es jurídica) con las nociones de obligación y aplicación insertas en la consideración de la norma fundamental kelseniana? Persiste la pregunta por el fundamento: Es que ha de registrarse en el marco normativo y en el desarrollo legislativo de un sistema jurídico alguna clave que permita reconocer la naturaleza o contenido de aquella norma fundamental. O, se trata de un supuesto “marco” sin contenido, quedando al arbitrio de las circunstancias que inciden en el proceso constitutivo de las normas, circunstancias, fuerzas o relaciones que dotan de contenido tal marco?

Entre *authoritas* y obligación no existe escisión para Kelsen. Obligación, en sentido estricto, es la que corresponde al agente judicial en tanto él es el encargado de aplicar la norma. De modo que se enfatiza en el componente de la autoridad que ejecuta o realiza el derecho a través de su aplicación. Sólo quien tiene autoridad puede aplicar la norma. Puede afirmarse que la noción de obligación aparece escindida en dos horizontes: uno, el que

corresponde a la obligación primaria, rasa, del sujeto de derechos; otra, la que corresponde a la obligación en razón de las funciones asignadas, que es la del funcionario que aplica la norma y que es el encargado de tomar la decisión judicial. En el caso de la TPD, tal obediencia no proviene de un sentido de obligación amarrado a la visión consecuencialista de la sanción que acarrea la violación de la norma. Es decir, no está amarrado a factores de carácter biopsicológico. Es por el contrario, el producto de un acto de voluntad, por el cual el ciudadano reconoce como el propio y particular de la sociedad en la que vive, a ese determinado orden jurídico.

Dado que mi propósito es hallar algún tipo de conexión o de contraste entre la norma fundamental - regla de reconocimiento al modo Kelsen - y la noción de RR, pretendo ahora abrir en perspectiva diacrónica cuáles son esos otros recursos que puede dar cuenta de la construcción de la RR.

1.5.4 Obligación y Auhoritas en la norma social para Hart

En la tradición anglosajona utilitarista, como hemos señalado, lo que se ha tipificado como sustrato base de una norma social, moral o jurídica fue por mucho tiempo la noción de sanción o amenaza de sanción (Olivecrona, 1994, p.173). Es esa conexión forzada y forjada en la teoría jurídica utilitarista de corte imperativista a saber, obligación-sanción la que fustiga Hart. Tal teoría en sus diversas acepciones explícitamente coloca el acento normativo en la dimensión de la sanción o castigo. Aunque con diferentes matices, la expresión sanción-castigo condensa el sustrato base de esa noción de norma o regla. Quienes toman partido por esta aseveración, aceptan que en su naturaleza, la norma lleva inscrito el carácter imperativo que le imprime el ser una declaración de voluntad de un soberano, de alguien autorizado para dictarla, que detenta poderes ilimitados y a quien se le debe obediencia. Que esta autoridad provenga de un ente metafísico, de una voluntad individual hegemónica, o de un cuerpo colegiado, es algo que por el momento, es irrelevante para la reconstrucción que nos ocupa.

Es a ella, a la que adhiere Bentham (Hart, 2018, p.43-44) al acusar de oscuridad a toda una serie de enunciados jurídicos, muchas veces afines a la tradición continental iusnaturalista, pero que al insigne Bentham le parecen meros ruidos de las palabras. Pero aquí, lo relevante para nuestros propósitos es observar cómo el acercamiento al líder del utilitarismo, proporciona nuevas claves a Hart al descubrir las inquietudes del honorable Bentham relacionadas con los conceptos y el modo como ellos han sido construidos. Esta obsesión del plurifacético Bentham y la consiguiente tarea prolija realizada por varios de sus comentaristas en torno a su obra, arroja nueva luz: primero, sobre el propio Bentham y sus ideas en torno a cuestiones jurídicas, y segundo, me atrevo a afirmar que tales descubrimientos refuerzan la postura analítica de Hart para llevarlo a las toldas del enfoque antropológico-lingüístico de las reglas.

Aunque los ensayos sobre Bentham solo son publicados en 1982, casi veinte años después de la publicación de *El Concepto de derecho*, recordemos que ya en su Lección Inaugural de 1953 en Oxford, hizo explícita Hart la necesidad de ir al uso del lenguaje si se quería hacer realmente auténtica jurisprudencia. Entonces, es claro que sus ensayos sobre Bentham representan en cierto modo el escenario que le permite profundizar en las inquietudes iniciales a través de la crítica a algunas tesis del jurista británico. Recordemos además para efectos de concretar este bosquejo de aportes utilitaristas que es a esta tradición también, a la que ha rendido tributo Austin al reafirmar el sello imperativista en su definición de derecho (Austin, 1994, p.178-181); Austin publica su obra *The Province of jurisprudence Determined*, en 1.832, mismo año en que muere Bentham, apuntalando con dicha obra, la tarea de fortalecimiento de una disciplina jurídica independiente de asuntos morales, pero ante todo, una búsqueda por fijar en el plano positivo todo lo referente al derecho y sus efectos. Dicha tarea del jurista John Austin tiene como propósito reubicar la norma jurídica en el plano mayor de lo que se considera normatividad en sentido amplio. Pero siguiendo en todo caso, con la tradición imperativista ya señalada. Para comprender aquí cuál es ese hito que lleva a Hart por la dirección que acabo de bosquejar, es necesario recordar que, en el ambiente de postguerra británico se da una reactivación intelectual fuerte en la cual dos focos claramente identificados, a saber, el grupo de Wittgenstein en Cambridge y los proponentes del análisis lingüístico en Oxford⁴⁸ que fortalecen y propician

⁴⁸ Ver: MacCormick, *H.L.A. Hart*, University Press Stanford, California, 2008, p. 15.

entre otras cosas, el contacto de Hart con algunos trabajos de las investigaciones wittgensteinianas, así como posteriormente, con la de Winch y queremos pensar que este hito constituye un elemento decisivo para la orientación metodológica que imprimió a su trabajo.

Hart acude entonces a las investigaciones publicadas por Winch., a los planteamientos de la pragmática lingüística, al desarrollo de la teoría de los *Actos de habla*⁴⁹ recogiendo de ahí observaciones que le permitan fijar la noción de una práctica que se hace regla y de cómo se logra a través de convenciones básicas, las instituciones necesarias para la aplicación de las normas.

1.6. Convenciones y Prácticas

Recapitulando entonces, las reglas sociales a saber, las que se incluyen en el ámbito de las relaciones de convivencia al grado de normas de comportamiento por decirlo de alguna manera, transversales a todos los ámbitos de la vida social, son aquellos estándares distribuidos en las diversas esferas de la vida en comunidad. Y desde ellas, que coexisten con normas morales, normas de cortesía o de etiqueta, ya pueden vislumbrarse las distinciones que ubican en niveles separados a los diversos grupos de normas sociales. Las prácticas que se van constituyendo gradualmente con la aceptación y ajustes del comportamiento que ellas definen, tienen como peculiaridad, que los elementos de presión social asociados a ellas, carecen de un elemento *coercitivo* propio, si entendemos por coerción la acción de alguien con poder para ello que formula una advertencia de aplicación de una sanción en forma física o psicológica con la cual logra anular o bloquea

⁴⁹ Esta afirmación puede parecer irrelevante por cuanto la teoría unitaria de la realidad que construye Searle, dice poco a las pretensiones de una teoría empírica. Pero asumo que, dada el trasfondo normativo que acompaña al trabajo de Searle, a pesar de ser una teoría donde se subraya la intencionalidad, sería pertinente revisar así fuera para analizar los elementos controvertibles en el trabajo de Searle. A mí particularmente me ha llamado la atención en tanto comparto algunas de las tesis de Raz que se tocan en muchos puntos con Searle y en especial porque Searle adopta la distinción propuesta por Rawls entre reglas constitutivas y reglas regulativas, que se hará presente en mi caracterización de la regla de reconocimiento de Hart.

a quien va dirigida, su capacidad de decidir por sí mismo. El hecho de traer tal pauta de conducta una asociación implícita con la existencia de presión social; el hecho de que tal presión social equiparada a una expectativa de cumplimiento, sea aceptada por mí, hace de aquella pauta, *presupuesto de mi acción*. Si la acepto como presupuesto de mi acción, esa aceptación que hago de ella como presupuesto de mi acción, abre las puertas a la configuración de una idea que avala dicha pauta, y que me impele a identificar bondades o beneficios producto de seguir esa pauta de acción, para mi vida personal. De este modo, una actitud generada por una expectativa social subyace a la formación de una creencia de *base externa*, que como creencia, opera en el horizonte de mis elecciones promoviendo el curso de mi acción hacia determinada dirección. Es posible afirmar que las normas sociales como guías de acción o pautas de conducta y a diferido, como mediación de la formación de creencias en las personas. Una vez hemos aceptado esto, es indudable que voy a enfrentarme a múltiples objeciones. Cómo será - dirá el sempiterno positivista clásico - que pueda volverse asunto de motivación interna una norma social? O, dirá el racionalista de la moral ¿por qué necesitar de incentivos tales como la presión social para definir mi comportamiento, si el sólo hecho de someter a deliberación el asunto, es suficiente para poder actuar en la senda correcta?

Afirmo que ni el uno ni el otro tienen razón al considerar que se trata de un asunto de una sola vía. Lo que emerge en la consideración de los posibles caminos, aun cuando algunos de éstos hagan relevante la tensión generada por la eventual censura social en el caso de ser desestimados en la elección, y otros, promuevan como relevante la idea de deliberación ante las expectativas del grupo social, es que tales vías también están cargadas por elementos o condicionamientos internos, de una forma tal que podríamos llamar "internos adquiridos". Tales elementos o condicionamientos "internos adquiridos" están, como diría Williams, en el conjunto de motivaciones *subjetivas* del agente, subjetividad construida sobre la base de un comportamiento que sigue las pautas sociales (Williams, 1993, p.131-145). En esa línea de ideas, la autoridad no deviene, en la predicción de la sanción que llegará posterior a la transgresión en la forma de una mirada censora, de una actitud explícita de indiferencia u ostracismo o de cualquier otro gesto claramente interpretable, no deviene, reitero, de un reconocimiento expreso de estar alguien facultado para ejercer la potestad sancionatoria. La autoridad, la constituye la misma *expectativa social de cumplimiento*, porque la otra cara de esa moneda, es la creencia en la corrección de ese comportamiento. Estos, a mi modo de ver, son modos de

construirse autoridad como asunto soportado primero por convenciones básicas e incluso tácitas, que gradualmente en la observancia de tales actitudes comportamentales, crean instituciones como soportes que refuerzan las líneas de autoridad⁵⁰.

De acuerdo a los anteriores planteamientos, afirmo que sí existe una RR en cada sistema jurídico, constituida por la práctica de los funcionarios pero que tal regla participa de la naturaleza de las reglas primarias, al conferir no sólo poderes para la aplicación de criterios sino además imponer obligaciones⁵¹. Esto puede parecer un poco fuerte si atendemos al caso de la flexibilidad o variabilidad que en un momento dado puede haber en algunos criterios de validez, pero es así. La RR en tanto regla constituida por la práctica social de los funcionarios, admite que en un momento dado hagan “costumbre” criterios de validez que, aunque no explícitos en el ámbito de la carta constitucional, sean avalados por ésta en normas más generales.

Que hay ciertamente una ambigüedad en el texto hartiano para describir la naturaleza de una regla de reconocimiento lo plantea Raz en ese mismo texto donde se encarga de señalar cómo, en las diferentes materias que forman parte de un código, pueden identificarse también otras normas particulares que fijan criterios de validez para otorgar a una norma o al procedimiento comprendido por dicha norma el status de válido. Pero, en estos casos, veo que allí no se trataría del problema de la pertenencia al sistema (Raz, 1971, p. 809), sino a un problema de validez de orden material, por decirlo de alguna manera, que se remite a decisiones de los tribunales o las cortes o los jueces sobre los procedimientos mismos correctos para alcanzar un resultado.

⁵⁰ Sobre este tema véase: J. Raz, *The identity of Legal Systems*. California Law Review. Vol. 59.issue 3, Mayo 1971.p. 807. También: Juan Vega Gómez. El Positivismo Excluyente de Raz. Boletín mexicano de Derecho Comparado.Nueva Serie. XXXVII. Num.110. Mayo-Agosto 2004. 709-739.

Aunque mi noción de autoridad presentada en líneas anteriores no es compatible en todos sus puntos con las tesis que soportan la idea de autoridad en Raz, sí veo la necesidad de apoyarme en la clasificación de razones que hace Raz para desglosar su noción de autoridad, con el fin de complementar el modo como articulo la conexión entre la RR de y la TCMDN.

⁵¹ Véase: Raz, J., op. Cit.

Además debo señalar que aunque Raz centra su crítica a la RR en la forma como ésta es explicada por Hart en CD, incurre también en algunas apreciaciones donde confunde la noción de ley positiva con la de regla, a pesar que en otros apartes hace la debida distinción⁵². Aunque por otra parte, comparto su afirmación de calificar a la RR como regla de obligación por las razones que en líneas precedentes expuse y que posteriormente volveré a señalar para complementar. Adicionalmente considero que, al igual que Marmor, sí es claro en algo que me interesa apoyar y es la condición de flexibilidad de una regla sociojurídica como la regla de reconocimiento. Así se refiere a esta particularidad:

From Hart's examples it would seem that although he thinks that the criteria of validity most commonly refer to the mode of origin of the laws, this is not always the case. The jurisprudential criterion of identity implied by this theory is: A legal system consists of a rule of recognition and all the laws that ought to be applied according to it. When the courts apply a rule that they were not obliged to apply they may make it thereby into a law (if there is in the system a rule of precedent that will oblige all courts henceforth to apply it), but they do not apply an existing law and the rule was not part of the system before its application (Raz, 1971: p.808).

Una vez hay claridad sobre esta característica de flexibilidad de la RR, paso a afirmar la referente a su condición aquí declarada de regla de obligación. Y para esos efectos, vuelvo a apoyarme en Raz, destacando lo que mi modo de ver, es su otro acierto respecto al problema objeto de esta investigación y es precisamente, su interpretación de la terminología “primarias” y “secundarias” en Hart:

It is commonly assumed that by secondary rules Hart means power-conferring rules. This interpretation is supported by some passages in Hart's writings. Cf. Hart, Book Review, 78 HART v. L. REV. 1281, 1292 (1965). This interpretation, however, conflicts with other aspects of his theory and does not represent Hart's present views. It is true that all the primary rules are duty-imposing, but not all the secondary rules are power-conferring. The rule of recognition is an exception. Rules of change adjudication, and recognition are called secondary because they presuppose the existence of primary rules, whereas primary rules can exist without secondary ones, albeit not as a legal system. This is an explanation of the terminology, not a criterion for determining which rules are primary and which are secondary. *This is determined by their social function-whether they are rules of change, adjudication, and recognition-not by their normative character*⁵³.

⁵² Raz, op. Cit. P.808, párrafo final.

⁵³ Correspondiente a la Nota 24. P. 807. *Op. Cit.*(cursivas mías).

Por estos tres factores a saber, a) el rol sistemático que cumple frente al conjunto de normas b) el status privilegiado que porta frente a los ciudadanos que son cobijados por las decisiones que toman los jueces en cumplimiento de dicha regla y c) su condición excepcional al tratarse de una regla sujeta a cambios quizá en grado mayor que algunas de las reglas primarias de obligación o algunas de las de cambio y adjudicación he querido darle el calificativo de regla máxima. Porque en varios sentidos desempeña una función transversal que vertebra todo el sistema jurídico. He querido pensarla no como parte de una estructura jerárquica sino como un plano móvil que va captando la dinámica misma de la vida jurídica en el plano transnacional y alimentando y actualizando la práctica jurídica nacional de manera sistemática.

Por tanto, reitero que el referente (hoy) de la noción de regla de *reconocimiento*, se da en términos espaciales y no temporales. Y esto por las siguientes razones:

- Porque en su existencia, la relevancia de las fuentes puede ser alterada en razón a circunstancias sobrevinientes.
- Porque indudablemente las prácticas aun cuando esto no sea reconocido *prima facie*, se alimentan de modelos de diversas latitudes.

Porque a pesar de las soberanías declaradas, las dinámicas jurídicas transnacionales imprimen su sello a los modos como se validan las reglas particulares en los ordenamientos presuntamente independientes.

Para ilustrar esta elección de contexto espacial, baste con mirar la “vocación formalista” que sostiene la tradición del sistema jurídico y que aun es posible evidenciar en sistemas jurídicos contemporáneo como el nuestro, declarada por el art.230 de nuestra Constitución Política, por ejemplo⁵⁴. Vocación que desde la mera aprehensión intuitiva del estado de cosas, es incompatible con la idea de flexibilidad destacada antes para esta norma.

⁵⁴ Según el artículo citado. “Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Aquí en este artículo y en el precedente art 228, se declaran, según la Corte, dos “principios básicos y esenciales: El principio de la independencia y de la

Incluso si pensamos en ese arraigo formalista en contextos de sofisticados niveles de institucionalización, aún allí es posible advertir que tras los arraigos de tipo formalista pueden encontrarse en las identificadas como formas “elementales” de acción, en estos ámbitos, la presencia de prácticas, muy específicas que pueden suministrar información sobre el quehacer de ciudadanos en rol de funcionarios públicos encargados de administrar justicia, y que quizá arrojen luces insospechadas sobre la manera y jerarquía como se aplican los criterios a la hora de establecer validez de normas particulares.

Los que abordan la naturaleza de la norma jurídica desde la visión teleológica de la acción, aciertan cuando miran en las normas las características que le otorgan capacidad de servir de pauta para la acción. Pero esto no es tan sencillo si lo que se quiere determinar es el modo como las normas jurídicas adquieren o construyen tales razones. Caracterizar puede ser solamente colocar el foco en los típicos o clásicos componentes que han sido asignados desde la ya prolongada perspectiva moderna a la idea de orden que subyace en el análisis de una norma jurídica positiva. Para la caracterización del problema en virtud del cual se crean razones para actuar, es necesario echar mano de otros recursos. En este caso, corresponde mirar bajo qué conceptos será posible afirmar que un patrón de comportamiento puede ser potencialmente apto para suministrar razones como guías para la acción.

Lo que podría ser válido en este momento es preguntar sobre si las razones para actuar, las suministran tanto las reglas primarias como las secundarias. Y si ellas además pueden ser analizadas como reglas que otorgan razones para la acción, sea para quienes asumen la perspectiva interna como la de los que asumen la perspectiva externa con respecto a las normas de un sistema. Para una teoría descriptiva este punto de arranque, es, la caracterización previa que ha de permitir el escenario en el cual, pueda estudiarse en modo

imparcialidad de los jueces”. (ver Sentencia Corte Constitucional C-540 del 24 de Noviembre de 1993). Pero basta echar una mirada a relativamente recientes normas del derecho penal y administrativo para constatar que en el tráfico de las gestiones ordinarias y los ajustes conminatorios que el sistema debe cumplir para reducir la complejidad de su ejercicio, el sometimiento a la ley ha sido reemplazado, al menos en el caso del D. Administrativo como el sometimiento al precedente. El cual no es otra cosa distinta a Jurisprudencia. Entonces, ya no sólo es a la ley positiva como tal que están sujetos los jueces en sus decisiones.

profundo el sentido y función de categorías que han sido aceptadas dogmáticamente, de lo jurídico, con base en los enunciados en los cuales se hallan insertas. Es el llamado que me parece interpretar cuando, refiriéndose a las reglas secundarias y primarias, las concibe como el mayor arsenal explicativo que se haya podido brindar para conocer “la médula de un sistema jurídico” (Hart, 2012, p.121) por cuanto para él son por ej. las reglas de adjudicación, las que definen un grupo importante de conceptos en el campo jurídico, entre ellos el de Juez, Tribunal, Jurisdicción, Sentencia, conceptos éstos que por mucho tiempo han desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política((Hart, 2012, p.121). En este párrafo reitera: “Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción, y sanción son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos” (Hart,2012,p.122). Y esta aseveración, como hemos anotado tiene como propósito el inducir la investigación en el sentido pragmático que ya había señalado en su lección inaugural.

No se trata pienso yo de ver los conceptos *clave* reglas secundarias, primarias, de reconocimiento por ejemplo, ligados a un discurso donde se habla de jueces, jurisdicción y sanciones. Parece ser que aquellas nociones clave no se gestan a sí mismas en aquel discurso específicamente jurídico; pero lo que sí hacen los conceptos citados allí bajo la óptica hartiana es arrojar nueva luz sobre el uso de ese vocabulario jurídico. Por ello, me atrevo a señalar que las nociones clave de Hart han surgido de su exposición como filósofo y jurista, a diversas experiencias. Tanto de agenciamientos como de desterritorialización.

Por ejemplo, no hay ninguna duda de que estas certezas que expresa en su lección inaugural de 1953 tienen mucho que ver con aquellos seminarios sabatinos en casa de Austin⁵⁵. Por ese dato, me atrevo a comparar el pasaje donde Hart establece los defectos de la sociedad primitiva, en lo que respecta a las limitaciones asociadas a la existencia únicamente de reglas primarias, éstas son a saber: la falta de certeza respecto a su alcance

⁵⁵ Ya en capítulos anteriores mencionado, este seminario en casa del Linguista Austin, del cual nos dá cuenta MacCormick.

en casos particulares, su carácter estático que pervive a pesar de cambios sociales, que, aunque lentos, son evidentes y hacen entrar en desfase las reglas primarias establecidas a las que afectarían dichos cambios, *con* un panorama descrito de forma similar en *IF* en el cual Wittgenstein (*IF*, p.8.Num.8) hace una descripción similar para referirse a la lenta inclusión de vocablos en el uso de una comunidad, al amparo de imperceptibles pero progresivos y quizá irreversibles cambios en las actividades de una determinada comunidad.

Lo que se hace evidente en los pasajes parafraseados arriba, es cómo se sirven Wittgenstein y Hart del lenguaje para el estudio analítico de una forma de vida: *uno*, en el campo de situaciones y relaciones cotidianas, y otro en el campo de las relaciones en virtud de las cuales emergen las nociones de obligación, autoridad, jurisdicción, tribunal, entre otras. Pero, no es ése el nicho común de tales relaciones? No es en el ámbito de una forma de vida donde reconocemos autoridad, por ejemplo, no en el sentido de poder o dominio, sino como el prestigio de quien dirige, autorizadamente, vale decir, debido a dicho prestigio – tomas de decisiones, que construyen senderos definitivos, en la encrucijada de caminos, por la ruta mejor para bordear los precipicios.

1.7.Obligación, autoridad y doctrina

Es claro Hart al mostrar que, aún en el estadio las reglas primarias, allí incluidas en la gama moral ampliamente compartida en una sociedad determinada, se distinguen las reglas primarias por “el considerable sacrificio de interés o inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado” (Hart, 1961:210). A mi modo de ver, un rasgo identificador de su naturaleza es su propósito o vocación de preservar la convivencia del grupo social como tal y, por lo tanto el precio alto que su cumplimiento acarrea para intereses individuales. Y, en este punto dichas reglas, muestran prioritariamente sus conexiones con la opción por la inercia o estabilidad que promueve con su hacer, la mayoría integrante de un grupo social humano.

En el ejercicio por conectar los términos que mejor den cuenta del modo como operan las reglas jurídicas de Hart, hay sin embargo que echar una ojeada a sus contradictores para obtener una imagen mejor lograda del impacto de esta tesis en el contexto iusfilosófico.

Por ejemplo, tiene razón Raz al señalar que la TPR no explica las reglas que no son prácticas⁵⁷. Y esto, ha sido reconocido en el *PostScriptum* cuando, al contestar la crítica de Dworkin Hart explica que, ciertamente las reglas jurídicas que mira la TPR, son aquellas de naturaleza convencional y no las regulativas o promulgadas por el aparato legislativo. Entonces, para comprender esta cuestión es necesario remitirnos a la distinción entre reglas constitutiva y regulativas propuesta por Searle e inspirada en el texto de Rawls.

Las reglas convencionales son obligatorias porque son practicadas. Y en el caso de ellas, es parte de su especial papel en el pensamiento práctico, el que sean practicadas. Afirmar que las reglas convencionales son obligatorias porque son practicadas, equivale a decir que en ellas el requisito de su obligatoriedad, (no, su condición de obligatorias) viene implícito en el mismo hecho de su existencia. Vale decir, que porque existen (como prácticas) son autoritativamente legítimas. Esto, si hablamos de una regla convencional general. Quiere esto decir que el sentido de la *autoridad* procede de la existencia de una práctica, que a su vez confiere legitimidad al referido comportamiento. Así, para Raz las reglas jurídicas convencionales se distinguen de otras reglas sociales por su fuerza perentoria.

1.8.A modo de conclusión

En este capítulo he desarrollado una contextualización de la TPD y en particular, de la tesis de la NF de Kelsen a fin de obtener un punto de referencia para la contrastación con la RR de la teoría de Hart, He presentado además las bases de la teoría de las reglas y una contextualización medianamente amplia de los dos autores. Asimismo, consideré pertinente la distinción entre normas secundarias y primarias en Kelsen y reglas primarias y secundarias en Hart.

Además, para ubicar el marco seminal de esta tesis de Hart, abordé sus críticas al modelo imperativista para destacar aportes significativos a su teoría, tales como el tratamiento

⁵⁷ Y Hart se hace consciente de tal cosa. Al respecto ver una de sus últimas entrevistas concedida a De Paramo Arguelles.

lingüístico-pragmático de algunos de los problemas planteados; la noción más amplia de jurisprudencia que acoge Hart de Austin el jurista, entre otras cuestiones. Por la necesidad de caracterizar la tesis de la RR, consideré necesario desarrollar también las relaciones posibles de entablar entre el concepto de obligación que desarrolla Hart para reglas primarias y que yo aplico a la RR y los componentes de aquel concepto de obligación. Esto como estrategia para introducir a Raz y su teoría de la autoridad, así como la noción de convenciones la cual considero necesaria para el desarrollo del siguiente capítulo.

Por otra parte, insisto en algunos aspectos de la noción *juegos de lenguaje*, porque sospecho un filón en el fondo de los pronunciamientos judiciales, del cual podría dar cuenta una investigación de tipo empírico. Aunque no existe⁵⁸ un tratamiento unívoco que permita afirmar la relevancia de unos determinados juegos de lenguaje, o usos de nociones clave en enunciados, si se abordan estudios que focalicen categorías o axiomas en específicas ramas de la actividad judicial, creo que sería fructífero ese tipo de exploración.

Es cierto que, tratándose de un lenguaje público altamente institucionalizado, puede mostrar fuertes tendencias de homogenización, en lo que atañe por ejemplo, a la parte resolutive de las sentencias. Pero en los apartes de las decisiones judiciales donde se hace el ejercicio argumentativo en virtud del cual se contrastan normas positivas o principios generales del derecho, creo posible identificar algunos de esos juegos de lenguaje forjados en el uso en contextos judiciales, que, diversas razones no es posible identificar en el discurso explícito: relaciones emergentes entre enunciados y axiomas que no son visibles en el tratamiento exegético explícito típico de los funcionarios judiciales en su discurso formal o externo de las decisiones tomadas, pero que están allí.

Lo que se ofrece como significativo a la hora de abordar el estudio del lenguaje jurídico en acción, esto es, focalizado en documentos jurisprudenciales, estaría más ligado a identificar las relaciones de dependencia, subordinación, complementariedad, y/o pertenencia susceptibles de hallar entre categorías clave del lenguaje allí usado. Allí sí podría ser posible hallar algunos juegos de lenguaje que den razones concluyentes para construir teorías y para señalar que hay conexiones típicas de dicho lenguaje que se

⁵⁸ No cuento con información de investigaciones empíricas al respecto.

ofrecen como privativas del contexto de los agentes judiciales, abogados y demás actores del medio jurídico, pero que no vinculan al resto de ciudadanos. Si bien puede afirmarse que todo lenguaje es público, en tanto desde su génesis es producto de los intercambios que se suscitan a lo largo de la existencia, sería necesario distinguir aquí varios sentidos de lo público, así como es posible afirmar que los médicos usan un específico lenguaje científico-técnico que es ajeno a sus pacientes.

Entonces, podría ser la anterior una vía de acceso para caracterizar en clave profunda los mecanismos por los cuales se aplican determinados criterios de validez para el reconocimiento de una norma particular, una exploración que de acuerdo al programa esquemáticamente expuesto en el párrafo anterior, pudiese dar cuenta de esas conexiones internas que a la hora de decidir aplican los funcionarios, y al mismo tiempo ayudaría a descubrir que eventualmente pueden surgir determinaciones implícitas que están siendo aplicadas para seleccionar dichos criterios pero que por la misma condición de implícitas no son justificadas racionalmente.

Pero principalmente, lo anterior daría cuenta de la peculiar dinámica y flexibilidad (si la hay) de la RR y de su modo de operar frente a la aplicación de los criterios de validez a las normas particulares. Aunque es factible encontrar sistemas jurídicos donde tal regla no sea considerada tan flexible, y sean efectivamente sistemas jurídicos reconocidos como tales, es decir, totalmente legítimos, es claro en el examen practicado a las aserciones que hace Hart sobre esta regla que el modo comprensivo como ella es descrita, quiere dar cuenta tanto de aquellos sistemas rígidos como de los que no incluyen ese elemento de rigidez.

El nivel e intensidad de las controversias en torno a la regla que nos ocupa, lo veo muy asociado a la tensión interna que suscita la coexistencia de razones morales y jurídicas en los criterios de validez que ella porta, puesto que dada su condición, dichos criterios se constituyen en guías para la acción de los funcionarios encargados de observarla. Y muy significativo sería poder realizar aquel trabajo de tipo empírico, inspirado y/o canalizado por derroteros metodológicos propios de la pragmática del lenguaje, para dar cuenta de esos usos y esas tensiones al interior de la actividad judicial.

Capítulo 2

2 Contenidos mínimos de derecho natural en H.L.A. Hart

2.1 Introducción

No es el objetivo central de este capítulo ofrecer un balance exhaustivo del debate en torno a la tesis Contenidos Mínimos de Derecho Natural⁵⁹ en la teoría de Hart y esto por las siguientes razones: 1) Tal debate abarca una abultada versión de posturas iusnaturalistas que fijan posiciones, antes de aproximarse en clave analítica a esta tesis; 2) Los rasgos de un debate así caracterizado no son conducentes o pertinentes para el objetivo central de este trabajo.

Por tanto el objetivo principal del presente capítulo dividido en cinco secciones, es analizar en detalle el modo como es construida por parte de su autor, la tesis de los CMDN teniendo en cuenta los factores que la hacen necesaria y la reflexión humeana sobre el surgimiento de las nociones de justicia y moral como producto de los hábitos, la crianza y la búsqueda de satisfacción de los intereses particulares del individuo. Por ello, en el primer apartado se intenta construir el marco contextual para captar el alcance, en principio, de la crítica al iusnaturalismo, realizada por Kelsen en su TPD, como punto de partida para

⁵⁹ En adelante, CMDN

allanar el camino a la presentación de los fundamentos empiristas de la tesis objeto de este capítulo, dado que, al analizar posteriores escritos críticos de Hart, se hace posible estimar en su justa dimensión lo que el positivismo de Kelsen a pesar de su enfoque formalista, aportó con su crítica al iusnaturalismo a la elaboración de Hart. Efectivamente, en el segundo apartado analizo desde la base humeana cómo nace la idea de justicia, como punto de contrastación complementario para, en el siguiente apartado iniciar la presentación de la tesis de los CMDN. Para finalizar, abordo la relación específica entre el concepto de obligación contenido en las reglas primarias en la elaboración hartiana y los mencionados CMDN. Por último, presento lo que a mi modo de ver, es la síntesis adecuada de estos planteamientos surgidos de una base empírica para proponer su pertinencia en una articulación sustancial y directa con la RR.

Para el propósito general de este capítulo, es conveniente asumir la posición sugerida por el autor de la tesis abordada, cuando al afirmar lo que es el Derecho establece la insuficiencia de la definición bajo cánones aristotélicos e impele – siguiendo a Austin, el jurista - al investigador hacia el uso de una conciencia agudizada de las palabras para agudizar la percepción de los fenómenos⁶⁰. esto es, induce al estudioso de lo jurídico a la apropiación de las palabras y su fuerza ilocucionaria, lo cual creo yo, es requisito metodológico clave al incursionar en los textos del profesor Hart dedicados a explicitar los fundamentos empíricos de un sistema jurídico.

⁶⁰Al respecto véase el CD, página 18, al término de un párrafo donde cita a Austin J.L. “A Plea for Excuses”, *Proceedings of Aristotelian Society*, vol 57, (1956-7), 8. Expresión que vamos a encontrar citada en muchos trabajos sobre la obra hartiana. Lo que suministra esta conciencia agudizada de las palabras es la invitación a ir más allá de la definición para entrar a la consideración de aquella red de voces o multiplicidad de relaciones presentes en la definición que se vale de *genus próximo* y la diferencia específica como una estrategia de comprensión de una cosa, objeto o animal. Pero que como en toda estrategia no es más que una ruta de abordar algo, sobre todo cuando ese algo presenta tal configuración que se resiste a una explicación directa. Por ello, antes ha presentado (p.17) el ejemplo de quien es capaz de llegar a una dirección pero no puede explicar a alguien insistente cómo lo hizo. Lo que pide el insistente es un mapa: una red de relaciones que proporcione el cuadro en el cual pueda detectarse todas las posibles rutas de llegar a ese punto. Cuando el interés es solamente por llegar al punto (cuando el interés es el del dogmático, diría yo) basta con señalar la ruta seguida. Cuando el interés es por apreciar la configuración de las relaciones y redes de parentesco (interés del jurisprudente, del investigador diría yo), se pide el mapa.

Pero, sería una senda corta y tal vez forzada quedarme en el marco analítico típico. Por ello he tratado de rastrear componentes adicionales que, sospecho, están presentes para Hart en lo que él llama CMDN y me he preguntado: Tiene esto que ver con la noción de organización social? Cuando utiliza la expresión ¿está involucrando además algo de la moral compartida presente en algunas doctrinas iusnaturalistas? Cómo apuntala o refuerza dicha afirmación la tesis general del derecho como conjunto de reglas?

Hay aquí una resonancia de la idea de formas de vida en el sentido Wittgenstein? Cuáles son las fuentes de las que surgen tales contenidos? Puede equipararse la noción formas de vida a la idea de organización social? En este capítulo en el cual exploro una tesis poco debatida o relacionada con otras del mismo autor como lo es los CMDN me apoyo casi de modo exclusivo en el Cap IX Las normas jurídicas y la moral, Num. 2 de CD. Evidentemente, bajo ese título se va a defender de manera sostenida, aquello que ha sido llamado “la tesis de la separabilidad”.

A mi modo de ver lo que requiere ser expuesto para lo que me propongo sustentar es 1) Esclarecer las fuentes teóricas y motivaciones o circunstancias que están en el entorno de Hart cuando construye su noción de los CMDN y para ello será necesario: a) Asistir a la discusión entablada por Hart en *Essays on Bentham*, para seguir un hilo conductor ya tendido en el capítulo anterior b) Presentar un examen de cómo dichas tesis están presentes en su crítica a la tesis de la moralidad interna del derecho de Fuller.

Podríamos clasificar estas pistas teniendo en cuenta el orden de su aparición o, medidas en torno al problema que nos ocupa, priorizar aquellas que a mi modo de ver, emergen como sustantivas a la hora de abordar la pregunta sobre esta reconstrucción. Porque, de hecho es necesario tocar, así sea parcialmente el precedente de Bentham, Stuart Mill, Wittgenstein, Austin, el jurista, para comprender el alcance de dicha expresión, dado que es totalmente relevante para pensar una eventual articulación con la RR dar cuenta de cuál es el área, por así decirlo, que cubre la expresión “contenidos”. Contenidos ¿dónde? Contenidos ¿por quiénes? Contenidos de derecho natural que no son Derechos Naturales?

De igual manera, en el debate sobre el punto será indispensable tal como lo fue en el primer capítulo, revisar los apartes críticos que ofrece Hart para referirse a la norma básica

o fundamental en el sentido kelseniano. Y esto, porque como se vió en el capítulo precedente, en los criterios de validez pueden identificarse principios generales, clasificados como fuentes morales del derecho que es probable tengan algo que decir a lo que aquí se trata de reconstruir.

2.2 La purga iusnaturalista en la Teoría Pura del Derecho

Hans Kelsen(1.881-1.973) inicia muy pronto su producción intelectual mostrándonos desde la primera lo que sería el denominador de sus tesis en torno a la naturaleza del Derecho. Así se observa desde la publicación de *Problemas Capitales de la teoría jurídica del Estado* (1.911), al decir de Paulson (2011,p.13). En efecto, el propósito de Kelsen de deslindar su noción de derecho de cualquier consideración ideológica, lo lleva a concebir la categoría lógica de la imputación como la marca fundamental que conecta la conducta y la sanción en la norma jurídica. La norma jurídica no es un sucedáneo de la ley natural. Es un sistema concebido racionalmente para asegurar la convivencia en la sociedad. La justicia, un ideal irracional en palabras de Kelsen, poco o nada tiene que ver con la norma jurídica. A diferentes comunidades puede convenirles diversas ideas sobre la justicia. Aun cuando la ideología nos la muestre como ideal absoluto bien sabido es, afirma Kelsen, que los temas relativos a Justicia involucran los intereses de quienes los promueven.

Así, lo justo, entendido como una cualidad de la acción humana no es para Kelsen un distintivo que caracterice el hacer de quienes en algún momento enarbolan esta divisa, porque usualmente – y acontecimientos históricos se lo demuestran -es entendido como tal, lo que mejor se avenga a las condiciones o circunstancias de un pueblo.

Por ejemplo, afirma Kelsen, la idea de la seguridad o de la libertad. La primera, conviene como algo justo a un pueblo o sociedad con bajos niveles de autoestima. La segunda,

puede convenir más a una sociedad que, por razones históricas tiende más a la acción⁶¹. Pero, a mi modo de ver este ejemplo no es exitoso para ilustrar la noción de justicia porque si lo justo es entendido en sentido social – tal cual es la dimensión que usualmente se le otorga - como retribución o compensación, no tendría mucho sentido el pensar el tema de la seguridad o la libertad en una sociedad como asuntos cobijados por el sentido de lo justo porque lo que apoya la noción de seguridad es en cierta forma, una derivación de los contenidos mínimos, es decir, la opción que subyace a la convivencia. El argumento podría ser como a continuación se expone: Si los seres humanos se han unido socialmente, es para garantizarse unos a otros ciertos márgenes de seguridad para satisfacer los requerimientos básicos para la subsistencia y por ende, para la supervivencia. Porque cuál esa motivación sino el interés por la preservación de sí mismos lo que mueve a los seres humanos a unirse en grupo social?

Y si esto es así, el asunto de la seguridad, así sea en su versión rudimentaria, ya se encuentra en la base de esas normas primarias, vistas en primera instancia en sentido diacrónico, es decir, a partir de las que se establecen en una sociedad incipiente. Pero, alguien podría objetar: cómo hablar de seguridad en una sociedad incipiente donde lo que reina es la incertidumbre? Y respondo: es posible. Cuando ya se encuentran definidos esos patrones de comportamiento, del tipo señalado por Kelsen (y en eso, comparten ideas Kelsen y Hart), a saber, en palabras de Kelsen “no mentir”, “no matar” o “no robar” (Kelsen, 2009, p.28), es obvio pensar que tales reglas llevan incorporado el asunto de zanjar esa primera necesidad de salvaguardar la existencia de los integrantes de grupo, en tanto subsista un entorno agresivo, incierto y plagado de riesgos de diferente índole.

Es claro que, desde el mismo momento en que se convierte en motivo de censura la acción de matar a otro del mismo grupo, o la acción de robar lo que otro ha procurado para su sustento, por ejemplo, o la acción de engañar haciendo creer al otro falsedades sobre un objeto o sobre alguien, se preconstituye una primigenia estrategia para combatir eso que

⁶¹En ese sentido, la justicia no es tanto retribución y compensación que busca arreglar las desigualdades, sino aquello que mejor se “ajusta” a las circunstancias de cada pueblo. En el ejemplo citado es justo que un pueblo sea conquistador porque ese es su “talante” y tradición. Es justo que un pueblo sea pacífico aun dentro de condiciones desiguales, porque su prioridad es la seguridad. Esto es muy discutible.

damos en llamar incertidumbre. Quizá la palabra no se ajuste tanto a lo que aquí se explora. Puede que ella esté cargada de mucho peso cognitivo para el contexto en que aquí se aplica. Pero es posible hacer valer la idea de certidumbre que genera el cumplimiento de expectativas. Cuando se espera determinado comportamiento y éste no se cumple, se genera confusión, zozobra o desorientación.

En este caso, el grupo que ha logrado construir unas prácticas de defensa frente al entorno y sus enemigos, satisface una rudimentaria y algo difusa pero evidente necesidad de seguridad. Una necesidad del grupo que invariablemente alcanzará niveles sofisticados en el momento en que se hagan visibles nuevas relaciones y requerimientos en el grupo social.

Kelsen y Hart comparten ideas cuando señalan la cuestión de la seguridad y la libertad como factores básicos a tener en cuenta de acuerdo a las condiciones del contexto en el cual opera un orden constitucional. En ambos pensadores la noción de justicia se considera como ajena a lo que eventualmente pueda considerarse como asunto implicado en la aplicación de las normas. Como veremos ahora, la cuestión de la justicia en Hart tiene una procedencia típicamente ligada a las necesidades humanas pero se mantiene en el ámbito de las condiciones y no participa de las determinaciones básicas del orden normativo jurídico aun cuando puede llegar a hacer parte de él mediadas las condiciones expuestas por una RR.

2.3 Cómo nace la idea de Justicia

Entiendo sí, la idea de justicia - como la promueve Hart⁶² - como asunto de distribución y compensación: es decir, de participación; por lo tanto, como concepto mucho más elaborado y estrechamente asociado a la consolidación de bases sociales elementales y

⁶² Y tantos otros, desde la antigüedad. Al respecto ver: Aristóteles (1998) *Ética Nicomáque-Etica Eudemia*. Libro Vp.244 y ss. Pero la lista desborda las intenciones de esta nota.

a la existencia de ciertas formas de vida definidas, de ciertas pautas o estándares de comportamiento al interior de ellas. Sintetizando, entiendo el concepto de justicia estrechamente asociado al cumplimiento de las expectativas generadas por la aceptación y vigencia de estándares de comportamiento social definidos. En ese sentido, la noción de justicia, forma parte de los elementos de una noción más clara y típica en un orden jurídico, a saber, la noción de seguridad⁶³. Adicionado aquel sentido de justicia, a saber, distribución y compensación como indicadores de participación, a éste otro asociado al cumplimiento de expectativas entonces sí puedo aceptar su relevancia para complementar la noción de seguridad; a mi modo de ver los requerimientos de la justicia cuando se entiende ésta como el cumplimiento de las expectativas creadas por la existencia de normas regulativas aceptadas por todos, generan un entorno seguro y es esa aplicación de la ley que sanciona conductas irregulares la que genera la percepción de seguridad en el seno de la sociedad.

Sin embargo, no se trata la seguridad de un asunto o meta inmóvil o fija en la práctica judicial de una comunidad. En ocasiones, un gobierno deberá definir, a futuro y dentro de un período temporal definido, las condiciones de regulación de una situación política que incluya conflictos internos lesivos de la seguridad de sus ciudadanos, y entre esas condiciones, las instituciones legales pueden emitir y promulgar normas mediante las cuales se logre blindar un acuerdo alcanzado por ejemplo, con fuerzas internas que amenazan el orden establecido. En esas circunstancias, primaría la idea de seguridad colectiva aunque por esa misma razón podrían verse afectados, por ejemplo, otros bienes o derechos individuales por restricciones a su ejercicio pleno en determinado tiempo y lugar. En razón a la legitimidad alcanzada por los compromisos propios de acuerdos establecidos, estas restricciones se hacen legítimas. Es claro que en ese estado de cosas lo que está preservándose o priorizándose será el interés público de la seguridad., priorizado tal como consagra la Constitución, frente al interés particular.

En el debate sobre la justicia, tema altamente manipulado y articulado a posturas ideológicas, es fácil encontrar muchas posiciones que avalan o cuestionan estos “sacrificios” de los derechos individuales frente al interés colectivo. Y son muchos además,

⁶³ Adviértase que éste no es el mismo sentido con el cual asocia Kelsen la noción de justicia.

los que escudándose en estas pasajeras restricciones de lo individual, guiados por diversos intereses colectivistas e ideológicos, se solazan en señalar tales puntos como críticos o neurálgicos para demeritar los acuerdos logrados a nivel político. El uso del término justicia como un ideal por alcanzar, sublime como ningún otro, instrumentalizado por intereses particulares remozados bajo discursos libertarios es el punto al cual dirige su ataque Kelsen con esa actitud desilusionada que adopta ante la idea de justicia⁶⁴. Quizá lo que mueve a Kelsen a dicha actitud, es la constatación de lo que, hasta el momento de sus reflexiones, ha sido el pleno uso de dicho concepto justicia a nivel de discursos ideológicos, que es, a la postre contra lo cual reacciona en cierta forma, la TPD. Y por ello no tiene reparo en declarar enfáticamente: Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado⁶⁵, aunque la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Lo que intenta la TPD con esta aclaración es blindar la tarea de un ordenamiento jurídico frente un concepto de justicia, instrumentalizado políticamente, que llegue a justificar decisiones en nombre de ideales no ajustados a la naturaleza y condiciones de una sociedad determinada. Es decir, a lo que teme Kelsen, y de ahí su conexión a la idea de la justicia *como aplicación* de las normas, no como ideal moral de justicia – es que un ordenamiento jurídico en razón a su prelación al asunto de la seguridad, deje espacios frágiles en su regulación que eventualmente cobijen comportamientos irracionales – e

⁶⁴Una idea de justicia que, desde las orillas de lo trascendental, no es la que aquí equiparo con la de “cumplimiento de expectativas”.

⁶⁵ Y aquí cita tanto a Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, Pr. 12; lib. I, cap. I, sección 10; como a Thomas Hobbes, *Leviatan*, I, cap. 15; lo mismo que a Samuel Pufendorf, *De iure naturae et Gentium*. Con ello establece un soporte que imprime consistencia a su argumento en torno a los diversos modos en que ha hecho presencia aún en la teoría moderna del derecho los elementos del enfoque teleológico de la sociedad humana. libro H, cap. 3, sección 20.

injustos - por parte de quienes son los encargados de su aplicación⁶⁶ y de paso afecte el ejercicio de participación de por ejemplo, un significativo margen de ciudadanos estigmatizados por esa noción de “seguridad” en razón a su credo, origen étnico u orientación sexual, entre otros. Por ello, lo ideal es que a través del ejercicio de participación normativamente regulado por el orden jurídico, se avance en la sociedad, en la formación de ciudadanos y no dejar que prospere una idea de seguridad que, inmoviliza de antemano tal ejercicio, si es el caso de una sociedad que no se distingue por niveles bajos de autoestima y está más focalizada a la acción y al desarrollo.

Si aceptamos el derecho positivo tal cual éste ha sido construido, si promovemos su observación y, a la par, su transformación por cuanto en tanto ciudadanos, tenemos deberes de participación en los asuntos que nos conciernen, podremos avanzar en la supresión de normas que han perdido su eficacia porque los comportamientos que regulaban dejaron de ser tenidos como punto focal y han surgido otros, que, junto a emergentes reconfiguraciones en las relaciones entre las personas, justifican un adicional expediente regulativo.

Así, de una situación en la que se priorizaba un asunto como la seguridad, una sociedad puede variar y auto modificar su regulación en pos de metas de avance para lo cual su prioridad sería el ampliar los márgenes de participación de los ciudadanos en la esfera de la economía, de la producción. Significa lo anterior una pretensión jurídica para Kelsen? No, es simplemente la acción del autorregularse que se ajusta a las circunstancias⁶⁷. Podría decirse que, un ordenamiento que otorga estos espacios puede evaluarse desde la perspectiva de estándares morales, como un ordenamiento justo.

⁶⁶ Cobije por ejemplo, la decisión de un gobierno de colocar “maderos en las ruedas” de un plan de acción trazado con base en un previo acuerdo de paz. En estos casos, la idea de seguridad, es hábilmente distorsionada de modo que puede servir a los intereses particulares de quienes tienen

⁶⁷ Por ello, la desconfianza de quienes, conscientes de los giros que pueden tener en asuntos públicos las decisiones de gobernantes, ven en el discurso que utiliza la noción de justicia, los intereses particulares camuflados. Y entre ellos, Kelsen es quien toma la palabra para denunciar esto.

Esto es, lo que a mi juicio, configura el planteamiento de Kelsen, siempre en la mira de su propósito de mantener su teoría alejada de las interpretaciones matizadas con enfoques o paradigmas de otras ciencias del comportamiento humano y social, especialmente de la política. Pero que no vacila en trazar también márgenes de separabilidad entre el derecho y la moral, sea esta entendida como moral trascendental o como moral social.

Por este lado puede decirse que se percibe un problema: qué es entonces, lo que une a Hart y Kelsen en lo que tiene que ver con la tesis del *contenido mínimo de derecho natural*? Porqué examinar las críticas de Kelsen a las doctrinas iusnaturalistas, si, existen diferencias de fondo entre el positivismo del autor de la TPD y el correspondiente a la teoría “práctica de las reglas” de Hart? La respuesta a tales preguntas podría estar justificada en lo que avanza Kelsen en algunos pasajes respecto a la relación entre derecho y moral como el que se transcribe a continuación:

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta a seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo (Kelsen, 2009, p.43)

Existe sí, para Kelsen una relación contingente entre derecho y moral. Así concebida, no es una relación que pueda declararse como general o necesaria. Es claro al señalar que dadas las condiciones y circunstancias, puede haber casos donde las prioridades entre ambos órdenes normativos se inviertan: que no sea la moral exhortando al obedecimiento a las reglas jurídicas sino a la inversa: un ordenamiento legal que exhorta al cumplimiento de los estándares morales. Y de hecho, puede ser observado en algunas ramas como la del derecho de familia, las pautas en las cuales se otorga un rol preferencial al juego de los estándares morales por ejemplo, en la crianza infantil, dando así cabida a un criterio de validez formalizado o legitimado en dicho campo específico de ese orden normativo jurídico.

Con respecto a los derechos de los ciudadanos, Kelsen es cuidadoso al afirmar su existencia y aunque distingue dos tipos de derechos, a saber, el de los ciudadanos a votar, y el de los elegidos a votar las leyes, es enfático en afirmar la precedencia del derecho positivo como la condición indispensable de la existencia de aquellos derecho individuales, disolviendo así la dicotomía y/o oposición entre derecho positivo y derecho subjetivo. Porque, según afirma Kelsen, hay que desplazar el foco de la atención del jurista hacia la consideración de la noción de deber frente a la relevancia de los derechos subjetivos, porque éstos son *dados cargados*⁶⁸, en los cuales siempre estará impreso el interés de quienes mueven los hilos del poder en un sistema:

“En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo surge en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos” (Kelsen, 2016,p.99).

Una vez tenemos la constatación del recelo de Kelsen frente a los derechos subjetivos y su insistencia en desterrarlo de la noción de derechos anteriores al Derecho positivo, aclaramos cuál es su lugar frente a la cuestión iusnaturalista.

Sin embargo, a pesar de una cerrada oposición a considerar derechos subjetivos previos al Derecho positivo, tampoco puede pensarse que las razones de Kelsen para crear esta brecha están emparentadas con las mismas razones de Bentham para atacar *la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*. A mi modo de ver, la preocupación de Bentham es también, la manipulación en manos de gobernantes, (que es lo que constata Kelsen), de esta noción de derechos emparentados con legitimidad metafísica; pero lo que guía su posición de ultra defensa del derecho positivo es su perspectiva utilitarista. Puede afirmarse que su foco es más específicamente que en Kelsen, la preocupación por los gobernados, la posibilidad de un Estado autoproclamado que enarbole bajo la bandera de los derechos subjetivos, tal estado de sumisión opresiva, ajeno totalmente a los principios utilitaristas, de la felicidad para el mayor número.

⁶⁸ Creo que es mía la expresión.

En el caso de Kelsen, testigo en primera fila de múltiples asuntos donde en nombre de la justicia se aniquilaba a un pueblo, el tema de los derechos subjetivos es doctrina peligrosa porque debido a ella, un ordenamiento jurídico, un orden constitucional, no está a salvo de conservar su autonomía e independencia frente a los discursos ideológicos. Yo diría que la preocupación de Bentham es el riesgo de la pérdida de las expectativas de felicidades del hombre⁶⁹. En Kelsen, es el riesgo de la estabilidad de una institución que en su sistema, (agrego yo), conjuga la condición de posibilidad de la supervivencia del ser humano.

Desde otra perspectiva más sincrónica, la preocupación de Bentham va en la línea de conservar un alto grado de gobernabilidad, mediante el cálculo racional de los costos y beneficios que para un ordenamiento jurídico tienen tales conceptos de derechos subjetivos. Para Kelsen, la preocupación es palpable asociada al temor de la instrumentalización de ciertos conceptos morales y subjetivos contenidos en la noción de justicia como elemento detonador de situaciones de conflicto declarado. La visión de Kelsen quizá, me parece, se concentra en una dimensión internacional o de amplio rango en cuanto a los múltiples factores que puedan oscurecer la idea de una teoría y una concepción del Derecho, despojada de oportunismos donde se conserve el elemento coercitivo sin restricciones o modulaciones por cuenta de vaivenes políticos. Al retomar la noción de sanción como categoría central del orden jurídico, la TPD busca extirpar rasgos moralistas del ordenamiento jurídico, al tiempo que proscribire la idea de ley natural y derecho natural, ideas que, según él, se han filtrado [incluso] en las primeras formas del positivismo jurídico durante el siglo XIX (Kelsen, 2016,p.58).

Efectivamente, avanzando en su trabajo crítico va a mostrar como el esquema de los opuestos, tan caro a las doctrinas iusnaturalistas clásicas a saber, derecho positivo-derecho subjetivo, por ejemplo, no es más para Kelsen que la presencia camuflada de las teorías iusnaturalistas y con ellas, la institución de la propiedad privada en la doctrina jurídica del siglo XIX:

⁶⁹ Del ser humano diría yo, para contemporizar la expresión a las demandas actuales.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas. (Kelsen, 2016, p.92).

En tanto la institución que se trata de justificar es la propiedad privada, la doctrina liberal del derecho va a trabajar en pro al desarrollo de categorías que según Kelsen, aseguran *total inmersión* del derecho subjetivo en el derecho positivo. La distinción entre *Derecho y Estado*, sólo busca desvirtuar – afirma - de algún modo, la justificación inicial de ser el Estado *un lugar o concepto* en la ciencia política creado por el Derecho. De este modo la teoría *tradicional*⁷⁰ del derecho, inspirada en el pensamiento liberal busca llevar a las instituciones jurídicas los componentes estructurales de la autonomía proyectada en la propiedad, que es la plena realización de la libertad en el pensamiento de Hegel (Kelsen,2016,p.95). El argumento de Kelsen para cuestionar tales intentos es afirmar que la proposición según la cual una conducta humana es natural o conforme a la naturaleza es un juicio *subjetivo*. Y esgrime como una de sus razones para afirmarlo, lo contradictorias de las conclusiones a las que arriban Locke y Hobbes, en torno a la naturaleza del gobierno, tomando como punto o referente precisamente la naturaleza humana. (Kelsen, 2016, p.90).

Es en este Cap VIII de la TPD donde encontramos todas las tesis sostenidas por Kelsen para señalar los subterfugios bajo los cuales la visión iusnaturalista es camuflada para efectos de propiciar la justificación de la autonomía y la libertad del individuo en tanto presupuestos de la institución que se ha dado en llamar *propiedad privada*. Decimos

⁷⁰Cursivas mías.

Y creo que aquí, está aludiendo netamente a aquel enfoque teleológico de la naturaleza, que cobija la doctrina iusnaturalista en el pensamiento tanto tomista, como laico del siglo XVII, XVIII y XIX que también es analizado por Hart en sus escritos.

camuflada, porque en últimas no es otra cosa que la ascensión y consolidación del pensamiento económico liberal en las instituciones políticas y jurídicas⁷¹.

Más allá de las pregonadas discrepancias respecto a Kelsen que muchos encuentran en las tesis sostenidas por H.L.A. Hart, me parece observar algo más que una lógica refutación del planteamiento metodológico de la TPD en los textos de Hart. Creo que Hart hace justicia a Kelsen en muchos aspectos sobre todo relativos a la consideración de la regla de derecho como una regla social. De la naturaleza social de la ley y la moral. De la relación o conexión entre derecho y moral. Por mi parte, creo que Kelsen, al igual que Hart no suscribe la tesis sostenida por positivistas excluyentes pues ellos, Kelsen y Hart, ofrecen evidencias de ser muy conscientes de lo íntimamente ligados que están esos órdenes normativos, a saber, el derecho y la moral.

2.4 Contenidos ¿ dónde?

En lo que respecta a Kelsen, si lo que aflora en el decurso del proceso de decantación teórica, es el propósito de destruir esa versión del iusnaturalismo envuelta en velos metafísicos, todas esas diversas manifestaciones que, desde ese suelo argumentativo, sientan sus lares en el ámbito de disciplinas éticas, morales, sociales y políticas y que han dado forma a una noción de Estado que conserva los rasgos prevalentes del despotismo de siglos anteriores, es obvio que una de sus estrategias será buscar la manera de desligar la noción de norma jurídica positiva de cualquier elemento que se apoye en la dimensión subjetiva del individuo. Por ello, su énfasis, antes que en la noción de obligación, se centra de modo categórico en la dimensión de la norma como *facultad*, es decir, en el asunto de

⁷¹ Interesante que algún admirador del profesor Kelsen se planteara un trabajo relativo a distinguir en su obra sus motivaciones en lo que tiene que ver con el desarrollo de sus argumentos. Porque en muchos sentidos, tal tarea sería el hacerle justicia a su pensamiento mediante un balance de los compromisos asumidos por el ilustre austríaco. Una muestra de lo que significa un espíritu consecuente con su época y con la coyuntura de la que fue testigo. Pero además, un excelente precedente para el análisis de nuestras sociedades contemporáneas y el marco normativo en que desenvuelven su actividad.

la aplicación de la norma. Podría decirse, utilizando la terminología de Hart aplicada a Kelsen, el acento de este último está en las reglas secundarias, a saber, las que confieren potestades⁷².

Porque su idea es -la de Kelsen, por supuesto- seguir defendiendo el derecho como un sistema *coactivo*, quizá esto retomado de la línea del derecho inglés, pero, a diferencia de los colegas ingleses, como un sistema no asociado a fundamentaciones de tipo psicológico que justifican la sujeción a las órdenes por un condicionamiento por evitar el castigo, como en el marco del proyecto trazado por la línea utilitarista. Y, sobre todo, independiente de cualquier asunto que ate este ejercicio de la coacción a elementos metafísicos y/o trascendentales, los que por siglos han atrofiado la capacidad de construir ciudadanía en los tiempos modernos. Sin embargo, el duro proceso que le corresponde vivir al profesor austríaco, marca en grado sumo su aspiración de trazar una demarcación para el desarrollo autónomo de la teoría del derecho.

En un contexto algo similar pero con diferencias significativas, se va a desarrollar la reflexión de Hart. Lo que quizá identifica a Hart entre la mayoría de los filósofos del derecho y juristas que operan como buscadores de hilos internos, secuencias en una red de conceptos, es la distinción metodológica que él aplica. El modo como elabora su estrategia de desbrozar senderos de expresiones comunes. Me explico: hay en muchos teóricos y en algunos filósofos del derecho, una tendencia a absorber categorías, de manera dogmática. Quizá por el peso del ascendiente religioso que se cultiva en tantas latitudes. O, quizá por el modo como la institución religiosa ha sabido entronizarse en la esfera pública y privada de una sociedad. Para muchos de estos filósofos de oficio y vocación, los conceptos llegan “intactos” creen ellos, “puros” – creen ellos – a sus manos dotados con el equipamiento jurídico que ostentan como referente inmediato. De modo que no son más triturados: se definen como *piedras* y resulta que son como *rocas*⁷³, al decir de un geólogo en ejercicio.

⁷² Por supuesto, la noción de reglas en la teoría hartiana no es susceptible de situar en el mismo plano que la noción de norma en la TPD.

⁷³ El recurso es válido para señalar que, quienes tratan los conceptos de manera dogmática hacen uso de ellos de modo acrítico, acuñándolos en el conjunto de los “datos”. Ejemplo “Dado el concepto de obligación, lo que resulta de la obligación jurídica es la unión entre.....”. En ese sentido,

Como hemos tratado de mostrar, en el ancestro de la noción de *obligación jurídica*, en el medio continental e insular europeo ha sido a lo largo de varios siglos, se ubica una fundamentación de raíz iusnaturalista. Ese iusnaturalismo, entendido como una corriente de pensamiento, que desde diversas formulaciones ha colocado al ser humano prevaleciendo sobre otros seres de la naturaleza. Lo que a mi modo de ver realiza Hart, es la reivindicación de la vida en tanto hecho natural. Y al destacar el rol de los *hechos naturales* en su condición de razones justificantes del contenido específico del derecho y la moral (Hart, 1994, p. 239) lo que hace el profesor de Oxford es mostrar que, prescindiendo de cualquier propósito trascendental o teleológico que suprima la condición de seres marcados por las circunstancias y/o configuraciones que les corresponde vivir en el planeta Tierra, para los seres humanos las reglas morales y jurídicas sólo tienen sentido en tanto observen dentro de su contenido, las restricciones a aquellos hechos naturales que atentan contra el objetivo de la supervivencia, pues de otra manera, si el contenido observado fuera otro y sin un mínimo de cooperación libremente prestada entre sí por los hombres, generada por el mismo interés particular que suscitan dichas regulaciones en aquellos deseosos de conservarlas, no habría manera de imponer las sanciones a quienes las desacatan (Hart, p. 239). En lo que hace a esta conexión hay que distinguir dos cosas:

- a) Se afirman “hechos naturales”
- b) se califica de conexión distintivamente racional

En razón a ser “hechos naturales” se afirma la perspectiva positivista de la justificación buscada, esto es: no hay cabida en ella, a una justificación soportada en motivos trascendentes o de un enfoque teológico *supranaturae*. Son hechos naturales cuya

se aprehende un concepto como formado por un solo material, a saber el material normativo. Cuando se aprehende un concepto buscando en él las diversas capas que han formado su sedimentación como tal, podemos aplicar la analogía diciendo que se aprehende como “roca” dicho concepto. No porque se encuentre fijo e inmóvil. Se destaca acá es la búsqueda de las diversas sedimentaciones que, capa a capa, lo han formado con el paso del tiempo, del uso, o de la aplicación específica en un contexto determinado.

existencia sólo puede evidenciarse (racionalmente hablando) con la expresión “verdades obvias”, es decir datos existenciales que no requieren ninguna verificación ni demostración lógica.

Por otra parte, la conexión es “distintivamente racional” y a continuación señala: “porque es a la vez posible e importante investigar formas totalmente distintas de conexión entre los hechos naturales y las reglas morales o jurídicas” (Hart,2012, p.239)⁷⁴. A qué estaría aludiendo Hart con esa afirmación? Asumo que en la pretensión omnicomprensiva de la teoría, se trata de dar cuenta de aquellas formaciones sociales mediadas por elementos simbólicos más propios de lo mítico que de lo racional. En efecto: afirmo que la lectura de Winch⁷⁵ permanece en el jurista desplegando su impacto a lo largo de sus escritos, porque efectivamente es Winch quien le lleva de la mano para aquello de aceptar la diversidad de modos como una comunidad puede tejer un marco normativo. Tan de la mano, que lo hace olvidar la misma expectativa de reconfiguración y desarrollo social⁷⁶ que puede provocar cambios al interior de un sistema, al punto que reglas externas a él puedan resultar válidas y ser aplicadas como tales⁷⁷, sin pertenecer a él. El punto es que Winch concibe su comunidad cerrada y solo en las postrimerías de su vida acepta la tesis de la permeabilidad de los sistemas.

⁷⁴ Esta importante observación ratifica mi sospecha sobre el alcance de la influencia de Winch y a través de él del Wittgenstein de las IP, en las lecturas analíticas que obviamente debieron preceder la construcción de esta teoría. Es decir que al considerarla, es preciso no quedarse en el deslumbramiento de quienes son explícitamente nombrados por él, por Hart como determinadores de su pensamiento. Corresponde lidiar con las referencias, recogidas por otros autores, en este caso, McCormick. con la moral, o las motivaciones producidas por las pasiones o por los sentimientos. Ver: Mac Cormick (2008) *H.L.A. Hart*. 2ª Edición.

⁷⁵ Al respecto, ver: Peter Winch. *The Idea of a social Science and its relation to Philosophy*(1990) Second Edition. Routledge. London.

⁷⁶A la cual alude de modo insistente cuando construye su tesis de los contenidos mínimos de derecho natural. Es decir, que afirma allí o tiene presente la posibilidad de cambios o transformaciones en los seres humanos que den lugar a otras verdades “obvias” en etapas posteriores. Ver: Hart, CD.p.241.

⁷⁷ Como afirma Marmor. Ver: Andrei Marmor. *Exclusive legal Positivism* (2004), Law, Jurisprudence and Philosophy of Law. Online Publication Date: Sep 2012. P. 2. DOI:10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0003

Del mismo modo Hart, cerrado como estaba a la noción de derecho internacional, y agarrado de Winch, pasó por alto la consideración de la posibilidad del avance en el desarrollo del derecho de los tratados, que para efecto de la administración pública implica exigencias que producen esa clase de figuras de validez, donde normas externas al sistema pueden ser declaradas como válidas.

Las verdades obvias de Hart son las siguientes: “comprensión y fuerza de voluntad limitadas”: diversas formas como “los hombres”⁷⁸ pueden responder a la observancia de las reglas que imponen restricciones. Este modo de pensar la actitud normativa, no deja de traer dificultades al análisis posterior porque, Hart utiliza el término “obedecer”⁷⁹ para referirse a que los seres humanos pueden tener variedad de motivos para hacerlo, aun cuando se parte de la afirmación de que los beneficios mutuos que traen las reglas, son evidentes⁸⁰. Afirma por ejemplo, que la forma como puede darse dicha obediencia es porque los seres humanos a) *calculan* que bien vale la pena el sacrificio de intereses particulares inmediatos por los beneficios que esto les acarree (Hart, p. 244); b) muestran un *interés desinteresado* en el bienestar de los demás; c) *consideran* que las reglas son dignas de respeto en sí mismas y que la devoción a ellas es un ideal (Hart, p.244). Esto, en lo referente al modo como los seres humanos *comprenden* el alcance de las reglas. Es evidente que en este amplio abanico de modos de aceptación se incluye a una tipología variada de individuos por cuanto hay quienes se movilizan y asumen las reglas como *guías de acción* por el beneficio a largo plazo, producto ello de un cálculo racional. Así como

⁷⁸ Para mayor comodidad, en lo que Hart dice “hombres” colocaré “seres humanos”.

⁷⁹ Hart, op. Cit. p..249. Y el mismo término ya ha aparecido en la página 239 al inicio de este apartado. Creo que en esta elaboración no es conducente utilizar el término obediencia, dadas las precisiones realizadas capítulos antes para la distinción entre los hábitos de obediencia y la actitud normativa que implica el seguir reglas, en la crítica al modelo imperativista de Austin. Al respecto véase Cap 2. Pp. 25-30 y ss.; Cap 4, pp. 68, 69 y ss.

⁸⁰ Aquí es donde frente a las capacidades variadas de comprensión y fuerza, juega el cálculo de probabilidades, las razones prudenciales. Y la noción de obediencia puede admitir diferentes motivos y razones (ya se trate de deseos motivados o inmotivados) que mueven a los seres humanos a obedecer. Pero eso ya desborda los límites de este trabajo. Sin embargo, para los interesados, ver por ejemplo: Thomas Nagel. *The Possibility of Altruism*. Princeton University Press. Princeton. New Jersey.

también habrá quienes disfrutan su tendencia filantrópica de ayudar a los demás y su aporte se trasluce en la observancia de las reglas⁸¹. Hasta aquí lo referente a la actitud de comprensión limitada como uno de los factores naturales que hacen imperioso un sistema de reglas.

A continuación Hart presenta las limitaciones relativas a cuestiones de voluntad:

“Todos sienten la tentación, a veces, de preferir sus propios intereses inmediatos y, en ausencia de una organización especial que descubra y castigue las faltas, muchos sucumbirían a la tentación” (Hart, 2012,p.244). A mi modo de ver lo que se constata en el cuantificador es que siempre existirá la tentación para todos aunque sólo a veces se hará visible. Aún para el altruista, que por ejemplo en un momento dado lidera una campaña para conseguir ayudas humanitarias y que, llevado por su espíritu empático que no admite dilaciones, no repara en falsificar una firma para aligerar la obtención de la ayuda. Este caso ejemplifica que llevados por cualquier tipo de emoción, o sentimiento moral, los seres humanos, indistintamente que su acción sea para satisfacer los propios intereses o para coadyuvar al bien común de un grupo de personas, pueden sentir la tentación de transgredir las reglas.

Tal vez en una evaluación de un caso como el ejemplificado pueda decirse que, si es posible constatar las cosas, lo que el altruísta ha hecho tal vez tenga una motivación más allá de los intereses colectivos a los que coadyuva. Quizá busca el modo de aligerar para culminar su tarea, debido a perentorios compromisos particulares. Pero, aunque consiga su cometido, y logre atender lo suyo, este altruista ha llevado más allá de las reglas jurídicas el conflicto suscitado entre intereses propios e intereses del grupo o intereses comunes. Ya en su caso además de la transgresión jurídica, estamos ante un dilema moral que no es el caso analizar en este capítulo.

⁸¹ La combinación de calcular, considerar o evaluar, y “moverse” a obedecer o seguir las reglas por motivos filantrópicos, porque gravita en esa consciencia del ser humano (Ni ángel ni demonio) como algo agradable el ayudar a los demás, ofrece la ocasión para constatar el credo de Hume y su prolija descripción de cómo se desdoblán en el ser humano los intereses producto del amor a sí mismo, en sentimientos de apoyo y protección a los más cercanos en el ámbito familiar, pero también ofrece la evidencia de las motivaciones de orden moral, las cuales están presentes en esta presentación de los contenidos mínimos de derecho natural. Pero ello no significa que tales motivaciones provengan del mismo sustrato al que pertenecen las tendencias propias de un ser humano, en esta fase de su evolución. No sabemos, si, - y en esto seguimos a Hart - en el momento en que discurran otras mutaciones a nivel de las células humanas, sea posible seguir cultivando en la crianza esos factores que conllevan a la expresión de actitudes empáticas entre los seres humanos, independiente de lazos sanguíneos.

Lo que hay que destacar acá por lo que nos concierne, es que la tradición analítica anglosajona al respecto, se va a apoyar en algunas fuentes propias⁸², que van a aportar otros elementos para la noción de contenidos mínimos de derecho natural⁸³. Pero antes de seguir adelante, quiero dejar claro que cuestiono el uso de la palabra obediencia que hace Hart en algunos de los capítulos. Porque, previamente en su crítica inicial contenida en el primer capítulo⁸⁴ ha objetado la consideración de elementos psicológicos para describir el modo de aceptación de las reglas pero luego utiliza indistintamente la palabra “obedecer” haciéndola equivalente a “aceptar”.

Es cosa corriente que, al acercarnos a la concepción teleológica clásica del mundo y de las cosas, pensemos en cierta forma en el determinismo resultante de cadenas *causales*.⁸⁵ En particular por todo el andamiaje que, a nivel de nuestro imaginario y lenguaje, se ha construido al respecto. Para tomar distancia de estos usos aprendidos, o certidumbres creadas con el uso de algunos términos lingüísticos, es conveniente echar un ojo a las fuentes declaradas explícitamente por Hart en su obra. Es decir, aplicar a la lectura de Hobbes y Hume, por ejemplo los límites debidos en cuanto a significado vigente para la época en que fueron escritos, con el fin de poner distancia con los sentidos digamos vigentes, o que hoy son validados comúnmente para dichos términos. Creo que ahí ganaríamos un poco esa actitud necesaria para aprehender el sentido, no verdadero, sino simplemente el apropiado, de algunos términos.

⁸² Y, dentro de éstas, es preciso recordar el cuadro o escenario creado por el Círculo de Viena, el trabajo de B. Russell y, todo el despliegue de que fue objeto la teoría de las Definiciones publicada en 1916; así como Los principios de la Matemática. De igual forma, es preciso recordar también el decisivo aporte de Strawson con lo cual, de algún modo se cerró el ciclo de auge y prestigio del Círculo de Viena, apareciendo entonces en este plano de inmanencia, el fructífero trabajo de los filósofos del lenguaje ordinario liderados por J.L. Austin que desde la Escuela oxoniense realizan su taller, donde la figura de Hart, de Ryle, y de Wittgenstein que, aunque en Cambridge, se hace sentir en Oxford pues a manos de Hart, llega, al decir de MacCormick una versión inédita del Cuaderno

⁸³ Aunque si seguimos a MacCormick, es claro que para el momento de la elaboración de *El Concepto de Derecho*, ya Hart había tenido la oportunidad de entrar en contacto con Austin el lingüista, con quien le unía una amistad estrecha reforzada como dije, por el taller sabatino ya mencionado.

⁸⁴ Me refiero claro está a *El Concepto de Derecho*, op.cit.

⁸⁵ Aunque hace mucho desde las ciencias sociales y desde la Filosofía, en especial la dedicada a problemas propios del razonamiento práctico se haya planteado la distinción entre causas y razones, es cuestión de lugar común encontrar en muchos textos el uso indistinto del término causa.

Explorar el derrotero que dio base a las ideas seminales desarrolladas en CD en torno a la noción de derecho natural por Hart, presupone tener en cuenta la afirmación que hace el profesor Hart con respecto a ello, cuando señala como bases del aparte correspondiente, algunas lecturas de *Tratado de la Naturaleza Humana* de Hume y *Leviathan*⁸⁶. Detenernos en estos textos se hace indispensable si se quiere descifrar alguna conexión entre la noción de Hart de *derecho natural* y la RR. De igual modo, urge mirar cómo, desde la base de dichos contenidos realiza su crítica a la noción de *derechos naturales y morales*, de algunos de sus predecesores y contemporáneos como Stuart Mill y Fuller, entre otros y el análisis a la crítica postura de Bentham frente a la *Declaración de Principios de la Revolución Francesa*; desde el horizonte de estas críticas, se viabiliza la comprensión de la propuesta hartiana y el modo como hacer consistente una articulación de sus tesis.

La presentación de los CMDN es, a mi modo de ver, la confirmación de la posibilidad de una teoría que, pese a ser calificada como positivista casi que “en transición”, ejerce la capacidad de mostrar o de “explicar efectivamente” (Hart, 1961,p.240) “*porqué* los seres humanos tienen los objetivos conscientes o propósitos que el Derecho Natural toma como punto de partida”. Y a este respecto expone que a este nivel, los propósitos conscientes por la supervivencia que acompañan a los humanos, suministran la *razón* por la cual se justifican las acciones que llevan a una comunidad a desarrollar, mantener y observar códigos morales o jurídicos. (Hart, 2012,p.240). Se trata en principio de: 1) un hecho evidente y modesto 2) son *verdades obvias* y 3) permiten un interrogante, a saber: qué sentido tendría la existencia de un sistema de reglas, que excluyera a estas verdades obvias? Cuando señala que se trata de un hecho evidente y modesto, lo hace observando que la gran mayoría de las personas, a través del tiempo ha demostrado su deseo de vivir en múltiples formas, a pesar que en algunos casos haya quienes quieran por algún motivo, dejar de hacer aquello que de un modo u otro “asegura” la vida, esto es, por ejemplo, el caso de quienes se colocan en huelga de hambre, o, se retiran a hacer algún tipo de prácticas que requiere ayunos completos, o como forma de mostrar arrepentimiento en su fe religiosa, o como cuestión de presión para alcanzar otros fines. Es también por ejemplo,

⁸⁶ Véase: Hart. Notas Cap IX, p. 322. Op. Cit.

el caso de los prisioneros o esclavos, que en un momento determinado deciden dejar de comer y beber, a sabiendas que así decaerán sus energías. Hecho evidente de fácil percepción que quienes realizan periódicamente ese acto de comer y beber, mantienen salud para estar alertas a las actividades cotidianas. Es modesto porque tal asunto, en vez de ubicarse en los estadios de la razón o de la reflexión, se ubica en el nivel “fáctico-biológico” que se comparte con los restantes seres del reino animal. No se trata de la búsqueda de lograr el fin último natural al cual atan, las teorías teleológicas del derecho natural de tendencia metafísica, el destino humano.

*Es un asunto modesto y básico a la vez*⁸⁷. Modesto, porque no apela a condiciones especiales del ser humano; no apela a las facultades racionales para mostrar o descubrir principios que develen la existencia de nociones indispensables para la regulación de la convivencia. Modesto, por ser un hecho simple y contingente, cuya existencia no apela a condiciones trascendentales inscritas en la razón humana, y tampoco asume que éstas son inmutables. De tal modo que si por azares de la vida planetaria a futuro – supóngase se hacen ciertas todas las predicciones pesimistas existentes respecto a la sobrepoblación y escasez de alimentos, si la especie migra a regiones planetarias de distinta composición química, es probable que luego de un período de adaptación, puedan darse transformaciones a nivel biológico que modifiquen las condiciones de esa vida humana, que haga posible nuevos procesos de auto nutrición, donde asuntos como la procreación, la relación con otros, la búsqueda de garantías de vida, deje de ser un imperativo que hace visible una “necesidad” humana como la de la institución matrimonial, o la amistad, o la organización laboral.

Es por otra parte curioso observar cómo elude Hart en todo momento en el CD y a pesar de apoyarse en ella, el empleo de la expresión “naturaleza humana” que fue tanto motivo de reflexión para la filosofía anglosajona sobre todo en Hobbes y Hume⁸⁸. Es evidente en

⁸⁷ Así califica Hart este punto de partida al iniciar la presentación de la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural. De aquí en adelante, utilizaré TCMDN.

⁸⁸ En la primera sección del cap ix, ha repetido unas doce veces el término “naturaleza” de la pag. 229 a la 239. Y esto, por la explicación que hace del desarrollo de la teoría del derecho natural, mencionando a Aristóteles, a Tomás de Aquino, entre otros; o a Hume, para explicitar los términos y alcances de la doctrina del derecho natural. A partir de la página 239

esta decisión, creo yo, que Hart busca aplicarse en su teoría a una perspectiva que, se ciña a su autoexigencia de proceder haciendo uso del uso principalmente: es decir, valiéndose del análisis de las prácticas, de los modos como discurren y se configuran los comportamientos humanos al tenor de dichas prácticas para dar cuenta de cómo entiende el ser humano su propósito de vida y de qué forma ha construido sistemas que le permiten garantizarla. Y esto implica que no es su objeto partir de una categoría considerada como “dada”; como inmutable, porque a mi modo de ver, así como al uso de las palabras es susceptible de atribuirse distintos sentidos en diferentes contextos, de igual modo, las prácticas generadas en diversos nichos pueden proveer condiciones que propicien algunos cambios significativos en los humanos, en sus apetencias en sus deseos y motivaciones y todo ello incidirá en la configuración de eso que la tradición ha llamado “naturaleza humana”.

Una estrategia para apreciar la no exclusividad de este punto de arranque en la comprensión de los móviles que dan sentido a la existencia de una organización social en la teoría de Hart, es decir el punto de partida “naturaleza humana”, es mostrar cómo este planteamiento que, en cierta forma, desvirtúa las variopintas doctrinas de derecho natural, cobra sentido si lo miramos a través de la luz de lo que fue el pensamiento antiguo, dado que este último también prefiere prescindir de las separaciones entre la especie humana y restantes seres vivos para dar la explicación de cómo se operan los movimientos que dan razón de los cambios en el mundo. Pero, cuando digo Antigüedad, no me refiero en ningún momento a la Antigüedad que comprende el llamado período antropológico de la filosofía griega.

Me refiero precisamente a aquella otra visión del mundo cuando el pensamiento aparecía ligado a los movimientos del cosmos pero sin distinción entre los seres vivos. Cuando aún subsistían las creencias que ataban los movimientos del mundo físico existentes, a los movimientos de los astros. Todo eso que el pensamiento moderno fue apartando para dar luz a las nociones que hoy forman la “*matrix*” de nuestro modo de vivir.

Es un asunto *básico*⁸⁹, porque tal como afirma Hart citando a Hume 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". (Hart, 1961, p. 237). Es indudable entonces que, la certeza de la cual puede partirse para dar sentido a la existencia de una organización social y con ella, a un sistema e reglas y a todo lo que ello implica, ha de buscarse es en el *interés* público e individual. Como también está claro que las ideas de equidad y de justicia, no tendrían ningún sentido en el evento de existir una ilimitada benevolencia en el ser humano, dado la existencia de una infinita cantidad de bienes y recursos para todos, pues éste – el ser humano- no se sentiría compelido a acumular para sí y para sus más allegados aquellas cosas que solventan las urgencias del vivir. Es decir que hubiese tanto de todos y para todos, que el acumular para el mañana, fuera un absurdo. O cuando decimos por ejemplo, que de existir la eternidad para la vida humana, esto modificaría muchos marcos y horizontes que dan sentido a dicha vida. Sin final de la existencia ¿para qué tiempo? ¿para qué relojes? Para qué fijar periodizaciones de la vida sensible? Para qué desafíos de prosperar en un tiempo determinado? Para qué periodizar la vida, esa periodización que marca calendarios para la primera formación, para el ingreso a la vida adulta, para construir familia, para llevar a cabo metas. Es más ¿habría metas?

Efectivamente, a esto se refiere Hume en lo que transcribo a continuación, cito *in extenso*:

En segundo lugar, podemos concluir del mismo principio que el sentido de la justicia no se basa en la razón, ni en el descubrimiento de ciertas conexiones y relaciones de ideas, que son eternas, inmutables y universalmente obligatorias. Por que una alteración como la antes mencionada, en el temperamento y en las circunstancias de la humanidad, alteraría enteramente nuestros deberes y obligaciones, es necesario que el sistema común, que el sentido de la virtud se derive de la razón, muestre el cambio que ésta debe producir en las relaciones y en las ideas. Pero es evidente que la única causa por la que la generosidad extensiva del hombre y la abundancia perfecta de todas las cosas destruirían la idea misma de la justicia es porque la hacen inútil; y que, por otra parte, su limitada benevolencia y su condición necesaria, dan origen a esa virtud, sólo exigiéndola al interés público y al de cada individuo. Era, por lo tanto, una preocupación por lo nuestro y por el interés público, lo que nos hizo establecer las leyes de la justicia; y nada puede ser más cierto, que no es ninguna relación de ideas, que nos da esta preocupación, pero nuestras impresiones y sentimientos, sin los cuales todo en la naturaleza es perfectamente indiferente a nosotros, y nunca puede

⁸⁹ La otra expresión que utiliza Hart para califica los hechos obvios que dan pie a la noción de CMDN.

afectarnos en lo más mínimo. El sentido de la justicia, por lo tanto, no se basa en nuestras ideas, sino en nuestras impresiones.

En tercer lugar, podemos confirmar más lejos la proposición anterior, que estas impresiones, que dan alza a este sentido de la justicia, no son naturales para la mente del hombre, sino que surgen del arte y de las convenciones humanas. puesto que cualquier alteración considerable del temperamento y de las circunstancias destruye por igual la justicia y la injusticia”(Hume, p.288).

Cuando Hart expone en el segundo apartado del cap. 9⁹⁰ su “versión empírica de los derechos naturales”, reconoce explícitamente en la sección de Notas, el texto de Hume *Tratado de la Naturaleza Humana*, junto al *Leviathan Tomo I* de Hobbes, como soporte de sus ideas. Lo anterior no significa, empero que dicho pasaje se centre de modo exclusivo en las reflexiones de Hart respecto al tema de las necesidades humanas, teniendo en cuenta las limitaciones de las mismas. Lo que de hecho conforma el desarrollo de este capítulo, es la crítica desde diverso ángulo a las teorías iusnaturalistas. Y digo, desde diverso ángulo porque además de hacer esta revisión crítica a las doctrinas iusnaturalistas clásicas, aborda trabajos recientes para la época de elaboración de su teoría, en la línea de investigaciones disciplinares tales como las de Malinowski⁹¹ y Winch, entre otros, para soporte de sus tesis. Por ello, su teoría analítico-positivista va a presentarse con una estructuración apoyada en elementos de la fenomenología lingüística contextualizada o abordada desde un enfoque socioantropológico para el análisis de la actividad práctica como punto clave que desata la actitud reflexiva. Aquí, no se trata sólo de estudiar eso de “*hacer cosas con palabras*”, esto es, los actos de habla, pues no se restringe el análisis a la dimensión ilocutiva o perlocutiva de los enunciados sino, en un sentido quizá más integral, a la del lenguaje en *acción*, o la del lenguaje constructor de razones, desde la dimensión pragmática. Digo positivismo *acompañado o matizado* porque ciertamente, no se atiene a hechos en el sentido del objetivismo que marca la premisa clásica positivista. En los hechos sociales, hay evidencias. Pero evidencias que tendrán relevancia para el contexto en el cual surgen.

⁹⁰ Op.cit.

⁹¹ Al respecto véase Benjamín Rivaya. **El enigma de la teoría del contenido mínimo del derecho natural**. Revista *Pensamiento Jurídico*. Universidad Nal de Colombia. No. 16. 2006,

No son evidencias de las cuales podamos decir que se hace un haz de evidencias, que se ajustan a un patrón de comportamiento definido como cuando en una práctica de laboratorio de ciencias experimentales se pretende estandarizar el modo de reacción o comportamiento de un elemento químico, por ejemplo. Y para esto, para comprender lo significativo de las prácticas, se apoya en Winch quien le proporciona elementos para construir el sentido de lo que será "el punto interno" o la "perspectiva interna" o del participante⁹² como ya lo hemos señalado en una nota anterior.

Así, el argumento de Hart para brindar esta presentación está construido sobre la base de un presupuesto no teórico ni hipotético, sino un presupuesto que obtiene de la constatación de los intereses humanos por la supervivencia⁹³. Tal presupuesto hace posible la *conexión* de dichos propósitos conscientes con la noción de una organización social dotada de un sistema de abstenciones mutuas. Que esto es así, lo observamos en el pasaje que viene a continuación:

el presupuesto de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia; y esto reposa en el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo. Las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo; las nociones de necesidad humana, de daño, y de la *función* de los órganos o de los cambios corporales, descansan en el mismo hecho simple (Hart, p.236).

En la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, esto es que se mantenga la dependencia de dichas verdades como condiciones de la especie humana, hay ciertas reglas de conducta, cierto "sistema de abstenciones mutuas" que toda organización social tiene que contener para ser viable. A continuación, enuncia lo que llama "las verdades obvias" que conducen o inducen racionalmente al surgimiento del sistema moral y del sistema jurídico: Así, presenta cinco grupos en el siguiente orden : 1) Vulnerabilidad humana,

⁹² Aunque en el texto de Hart solo aparecen dos notas referidas al trabajo de Winch me atrevo a afirmar que se quedo corto porque a lo largo de la lectura del texto se encuentran apreciables afirmaciones que puedo considerar como soportes de otras tesis de Hart que tienen que ver por ejemplo, con la noción de cómo se constituye un sistema de reglas, cómo al interior de una comunidad se llegan a identificar criterios de identidad, que se hallan a la base de procedimientos mediante los cuales, una comunidad establece qué acciones son iguales entre sí y qué otras son diferentes.

⁹³ Véase Hart, *El Concepto de Derecho*, 2012, Notas, p 322.

2) Igualdad aproximada, 3) Altruísmo limitado 4) Recursos limitados y 5) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas. Estos cinco grupos serán en sede empírica, los que darán cuenta de todo el *contenido* en los sistemas morales y jurídicos. A mi modo de ver podrían ser reducidos a 4 si se incluye el último en el primero, dado que en el tema de la vulnerabilidad es verosímil apoyar la idea de la debilidad o fragilidad de la comprensión y la debilidad o fragilidad de la voluntad. Sí me parece pertinente deslindar lo del altruísmo de ese primer grupo por cuanto ya hace énfasis es en la tendencia acumulativa que la mayoría de los seres humanos poseen.

Si miramos en detalle, aunque la mayoría de estas verdades obvias hacen referencia a condiciones de la propia especie, en el caso de la 4ª (*recursos limitados*) la inclusión en lo humano es todo menos clara. La idea de recursos limitados se refiere al entorno, a lo que puede ser objeto de apropiación para efectos de subsistencia. En qué sentido puede ser concebida esta verdad obvia en una lista que busca mostrar el por qué los seres humanos necesitamos de un sistema de abstenciones mutuas? Por mi lado, no veo ni el status de *verdad*, ni el status de *obvio*. Porque me parece notar que, a medida que progresan ciertas áreas de la vida productiva, en virtud del aprovechamiento de recursos provenientes de la biotecnología y de la explotación de herramientas digitales para mejorar la calidad de productos, hay muchas más capacidades de hacer productiva la siembra para lograr incrementar de modo significativo la cosecha y obtener productos masificados⁹⁴. Por otra parte, el asunto de los recursos ¿atañe a una verdad obvia de la humanidad como especie? No es un problema ajeno a ella? O, quiso decir Hart que el problema de los recursos es tema de responsabilidad de la especie humana, que, aunque inconsciente para captar la magnitud de su responsabilidad en el tema, es la llamada a frenar los problemas que acarrea el vivir bajo la espada de “recursos limitados”? Bueno, eso es un punto interesante para explorar de qué modo ello puede ser una oportunidad de ir más allá de una lectura ingenua o desprevenida de los planteamientos iniciales en torno a los contenidos mínimos del derecho natural. Hasta donde alcanza mi mirada al respecto, doy por constatado que Hart no recoge de Hume una idea estática de lo que son las pasiones humanas. Indicio

⁹⁴ Este ejemplo que coloco aquí puede tener, utilizando una expresión de uno de mis jurados, el Dr. Andrés Botero “tanto de largo como de ancho..” Es discutible la forma como algunas aplicaciones de la biotecnología se están haciendo en ciertos cultivos de productos básicos. Pero eso es otra discusión que desborda los propósitos de esta investigación.

de lo aquí afirmado es la verificación – como hemos registrado en una nota anterior- que son muy pocas las veces que utiliza la expresión “naturaleza humana” en el pasaje donde desarrolla el tema de las verdades obvias que hay que aceptar como presupuestos de unos contenidos mínimos de derecho natural. Y esto porque, no se entra a considerar que no haya cambios de fondo, a futuro, en el modo como las pasiones pueden llegar a determinar a los seres humanos. No hay un tratamiento que fije allí como hito inamovible la condición de los seres humanos. Sin embargo, esta actitud reacia quizá para utilizar la expresión “naturaleza humana” puede estar dada, no por la distancia temporal que separa la concepción de Hume del trabajo de Hart, sino por el tipo de enfoque dado, puesto que Hart, tanto como G. Mead, o Vigotsky, en el campo de las ciencias humanas, ó Weber o Luhman en el campo específico de la sociología, conceden más valor a la dimensión de lo social y cultural que al mero desarrollo de la programación biológica del ser humano y entiendo que nuestro jurista no descarta la posibilidad de que tales verdades mínimas de derecho natural, sufran modificación en etapas ulteriores.

En segundo lugar, como ya he señalado parafraseando a Hart, la *especie humana no está compuesta ni de ángeles ni de demonios*. Y con esto me refiero al hecho que no somos totalmente malos ni totalmente buenos: podemos mostrar comportamientos altruístas mientras que otros, podemos ser meros depredadores. La intención acá es mostrar una crítica al determinismo, en la expresión utilizada por Hart de no ser los seres humanos ni ángeles ni demonios. Es un llamado a aceptar que, los seres humanos tal como son, - tal como se muestran diría yo – no dan pie a la presunción de que exista algo así como una vocación teleológica de la humanidad que impulse hacia un fin determinado, hacia la excelencia, o hacia la perfección, o hacia la realización última de sus facultades y potencialidades, o hacia simplemente la supervivencia.. Sencillamente, los seres humanos aman la vida y quieren seguir viviendo. Y esto es planteado así en la teoría hartiana porque, desde una teoría descriptiva lo que interesa es la presentación de lo que sucede, tal como sucede y que puede ser mostrado mediante evidencias.

Por tanto tales hechos obvios hacen evidentemente necesario un abanico de contenidos, de postulados sustantivos, que constituyen el mínimo “paquete” destinado a ser formalizado jurídicamente con diferentes tonos y matices, que todo ordenamiento jurídico

ha de conservar como presupuesto de su propia existencia como sistema válido y eficaz. Será válido tal sistema (y aquí no se trata de *pedigree*, ni tampoco de normas específicas sino de validez del sistema como tal) si ese sistema respeta, mantiene y desarrolla normas particulares orientadas hacia la satisfacción de aquellas necesidades de seguridad, de vivienda, de subsistencia, de mantener la promesa en los contratos, de formación, que demanda el ser humano para lograr subsistir como organización social..

De lo anterior se infiere que existe al menos en nuestro panorama jurídico occidental, un criterio de validez de un sistema el cual no viene dado como tal por una práctica social definida o de grupo, ni se ajusta al carácter formal que revisten otros criterios vigentes, pero sí está legitimado por las exigencias sustantivas de unos *contenidos mínimos* cuya presencia puede rastrearse en los diversos grupos de normas o ramas jurídicas diseminadas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como un juego de reglas en virtud del cual un sistema jurídico tendrá sentido mientras pueda sostener esas exigencias naturales que allí insertas, se comportan como funciones sustantivas de todo ordenamiento jurídico.

2.5 Reglas primarias de obligación y contenidos mínimos de derecho natural

Comprender lo anterior, ayuda también a precisar cuáles son los móviles que llevan a Hart a explorar en el enfoque positivista, a utilizar recursos metodológicos alternativos para profundizar la búsqueda de elementos que coadyuven la comprensión de lo que hacen y el rol que juegan los sistemas jurídicos en una sociedad. Pues si los seres humanos tienen esa forma de comportarse, no es fácil entender que haya en ellos un principio potencial cuyo desarrollo lleve, en el sentido kantiano, “en progreso constante hacia mejor”. Profundizar en esa comprensión de los comportamientos humanos que no muestra que se

trate de un “club de suicidas”⁹⁵ es lo que avala la búsqueda metodológica de Hart. De allí que haya dicho que:

Aunque el tema de las definiciones jurídicas tiene su historia, es sólo con el beneficioso giro de la atención filosófica hacia el lenguaje, que han surgido las características generales de todo ese estilo de pensamiento y discurso humano que se ocupa de las reglas y de su aplicación a la conducta. Yo, por lo menos no pude percibir cuánto de esto era visible en la obra de nuestros predecesores hasta que mis contemporáneos me enseñaron cómo mirarla (DePáramo, 1984; p.50)⁹⁶

Así se expresaba Hart en 1953 y es evidente que se aplicó a insertar en sus trabajos tales herramientas analíticas, como puede observarse si analizamos su examen crítico⁹⁷ de *Anarchical Fallacies* contenido en el Cap 4 de su *Essays on Bentham*. Puedo apreciar o constatar allí la estrategia en virtud de la cual, Hart sacará a flote, del discurso imprecatorio de Bentham en su ataque a la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa, un rendimiento teórico que conecta cierta significación ambigua de Bentham con lo que luego será tematizado como “derechos morales” por parte de Stuart Mill. Me atrevo a calificar estas lecturas como previas porque iluminan de forma muy particular las críticas contenidas en su obra CD, aunque tales lecturas sólo aparezcan como publicadas posteriores a la fecha en que viera la luz pública dicha obra; el dato valioso a considerar aquí es que para la crítica contenida en este libro ya se había aplicado a esas lecturas de Bentham y Mill las que sólo fueron sistematizadas para su publicación mucho más tarde.

⁹⁵ El único sentido que se puede aplicar a esta frase es el de una metáfora para expresar que la mayoría de los seres humanos quiere seguir viviendo, aun cuando haya alguna minoría que se haga tributaria por ejemplo de una secta religiosa y se deje llevar al sacrificio de forma colectiva. Aun cuando persista la idea de un fin trascendental, lo único obvio para el investigador es que la gran mayoría desea seguir viviendo. Entonces, no se trata de una expresión relevante dentro del texto. Sólo para fines retóricos, digna de atención.

⁹⁶ Hart. *Definition and Theory in Jurisprudence*. Conferencia inaugural de la toma de posesión de su cátedra en la Universidad de Oxford, el 30 de Mayo de 1.953. Citado en: De Páramo, J. *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.

⁹⁷ “Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill”. En: *New York Review of Books*, XXVII (8), 1980; ahora, cap. IV de *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*. H.L.A. Hart. Clarendon Press, , Oxford, 1982.

Para Hart, el terror que lleva a Bentham a vituperar en contra de esta *Declaración* es bien fundado: en nombre de los más altos ideales insertados en la naturaleza humana en virtud de los llamados derechos naturales, se han llevado a cabo persecuciones contra aquellos que son percibidos como desprovistos de ellos por la fé de la Iglesia, que pueden ser entre muchos otros grupos: los que no profesan la religión católica, los que no profesan ninguna, los que profesan otro credo religioso, o los que diciéndose católicos, no van a misa.⁹⁸

Una caracterización histórico-cultural que me ayuda a precisar distinciones que coadyuvan la comprensión del horizonte propio de la TPD y el de la teoría hartiana lo encuentro en este pasaje que a continuación transcribo *in extenso*:

Un aspecto que diferencia parcialmente el Common Law (entendido aquí desde su faceta cultural-histórica y no desde las propuestas de autores imperativistas como Austin) del sistema jurídico continental, está fundado en su orientación política al momento de construir el Estado y, por tanto, el derecho normativo. Mientras el Estado inglés se construyó bajo el empirismo, el pragmatismo, el realismo y el historicismo (ratificado por un modelo consuetudinario-judicial, esto es, de costumbres que son interpretadas por los jueces en defensa del precedente¹⁴); el Estado, en el Continente europeo, se construyó de otra forma, más racionalista, formalista, estatalista y legicentrista si se quiere (Whittaker, 2008, pp. 46-53; Falcón y Tella, 2005, pp. 83-86). Y este fundamento diferenciador favoreció y se vio favorecido en una actitud política de qué se espera del Estado. En el Common Law el poder público no ha sido visto tanto –es decir, no de la misma manera como ha sucedido en el Continente– como un mero motor creador de derecho y sancionador (castigador) de las desviaciones de los ciudadanos ante ese mismo derecho, sino también como un poder político garante, desde una racionalidad histórica o consuetudinaria, de un derecho que se entiende hecho, en parte, por fuera de la voluntad estatal. Así, en el mundo inglés, el derecho, si bien se reserva un claro componente coercitivo, no se expresa siempre así. Como lo indicó Hart, en la mentalidad inglesa el imperativo y la coercibilidad dura suelen

⁹⁸ Tanto como en los primeros tiempos, fueron perseguidos los cristianos primitivos.

representarse fundamentalmente como características del derecho penal (Hart, 1998, pp. 34-35 y 53). (Botero, 2017, p.314).

En el marco de esas circunstancias histórico-culturales descritas por Botero, es nítido ahora constatar que Kelsen está situado en un horizonte teórico-jurídico deslindado de las restantes dimensiones de lo jurídico. Y no por desconocimiento o subvaloración de esas dimensiones. Dada su elección, a Kelsen corresponde la construcción de categorías analíticas como El Principio de imputación, el Principio de Efectividad, la norma jurídica positiva.

Sin embargo, en una incursión a la obra total de profesor Kelsen y a quienes han defendido su posición humanista, la lectura precedente sobre los propósitos de su teoría, excesivamente rígida en la negación de cuestiones axiológicas, no implica que, en la consideración de los temas nodulares para algunos y esenciales para otros, de los que ha venido siempre acompañado el orden jurídico, sea su postura totalmente excluyente. Hay quienes, como Squella, condenan con razón esa lectura simplista de Kelsen como muy tradicional y esquemática, porque no hace justicia a los amplios intereses jurídico-filosófico- políticos del profesor austríaco:

“Muy por el contrario, el relativismo de Kelsen es perfectamente compatible con la toma de posición en el plano personal, como lo demuestra, por lo demás, el propio Kelsen, quien fue siempre bien conocido por sus preferencias por los valores del pacifismo, la democracia y la libertad individual” (Squella, n.a.:p.75).

Efectivamente: si hablamos de la obra de Kelsen en general, ahí están sus textos sobre el juicio de valor y la ciencia del derecho, sobre la unidad del Derecho, entre otros⁹⁹. Sin embargo, por razones inherentes a los límites de nuestro problema de estudio, me he circunscrito a la presentación de su obra en lo que respecta a la noción de norma fundamental como respaldo de un sistema jurídico determinado. Para ir construyendo la maqueta de contrastes que será visible en líneas posteriores, colocamos aquí uno de los

⁹⁹ Sería prolijo y pretencioso registrar aquí toda la producción intelectual de Kelsen.

puntos clave para iniciar la matización de dichas tesis fundamentales defendidas por Kelsen y Hart, en lo que tiene que ver con nuestro objeto de investigación.

Las normas que aborda la TPD, constituyen su objeto de estudio. Qué entiende el profesor vienés por norma? Una estructura formal mediante la cual se enlaza una conducta X descrita en ella, con la sanción que acarrea dicha conducta, en virtud del principio de imputación. El tratamiento que recibe el amplio campo de la norma jurídica en Kelsen, está marcado por una insistencia en la forma. De modo que, de acuerdo a su propia clasificación, dicha teoría no se asemeja a ninguno de los dominios comprendidos por la ciencia del derecho, dado que ésta realiza un tratamiento crítico de la norma positiva en un ordenamiento jurídico determinado. En el edificio conceptual de Kelsen, normas *jurídicas particulares* de un sistema jurídico sólo son comprensibles en la medida de su interrelación con los diversos niveles de normas que tiene el sistema jurídico del que se trate.

Por ello, cuando en contexto kelseniano pretendo dar cuenta de una norma jurídica particular, debo referirme a efectos de ubicarla en el marco de su validez, a aquellas normas positivas que, pertenecientes incluso, a diversos niveles del orden jurídico, integran por así decirlo, el desarrollo legislativo expreso de una norma constitucional, ruta en la cual tiene sitio específico la norma jurídica particular que estoy abordando o examinando. Porque, aún siendo las normas particulares identificadas en dicho recorrido, incluso aquellas ubicadas en subdominios declaradamente independientes *prima facie* dentro del sistema, se refieren ellas siempre o son, por así decirlo, expresión de la concreción del mandato declarativo de una norma constitucional. Pongamos por ejemplo, las normas constituyentes del presupuesto nacional y su razón de ser. Cuáles son los principios fundamentales que han de alentar el desarrollo legislativo en este campo? Cómo dichos principios enlazan algunas otras normas de apartados distintos de la Constitución vigente? Se cruzan en las normas particulares que desarrollan estos principios del Título XII de la constitución nacional, algunas otras contenidas en los títulos anteriores? La respuesta es sí. Lo cual significa que además de la configuración derivativa de las normas en el sistema ideado por Kelsen, existen formas alternativas de leer en un contexto amplio las variadas articulaciones, o la trazabilidad del derrotero de una norma particular en el marco vasto del desarrollo legislativo del campo específico del cual forma parte dicha norma particular.

En la TPD, puede afirmarse que el acento normativo está colocado en la norma que establece la condición para la sanción de la conducta irregular, es decir en el ejercicio de aplicación de la citada norma. Por ello, puede afirmarse que el acatamiento es en Kelsen función de la obligación jurídica constituída mediante la sanción. Porque, lo que prevalece en la estructura es el principio de imputación. Y no obedece a un afán explicativo-compreensivo que aliente a su teoría para dar cuenta de cómo se dan las condiciones de formación de un sistema jurídico, a través de categorías de base empírica¹⁰⁰. Su interés es, muy al contrario mostrar que es posible un orden jurídico concebido como sistema, donde todas las normas se encuentren en una relación de dependencia o subordinación de forma tal que sea posible hacer visible la cadena de validez que sostiene una resolución administrativa siguiendo dicha cadena hasta el título, capítulo y artículo que le otorga el aval de resolución válida en la Carta constitucional.

Como he señalado en líneas anteriores, al jurista Hart por su parte, le interesa el ejercicio inductivo en virtud del cual, guiado por un enfoque perspectivista, pueda aislar la dimensión pragmática en el ejercicio investigativo que hace de la observación de diversas prácticas sociales jurídicas, no-jurídicas y pre jurídicas, la técnica apropiada para avanzar en la lectura crítica de las teorías precedentes que, desde un enfoque utilitarista, dogmático, formalista o simplemente imperativista, han dado cuenta desde esos diferentes ángulos, qué cosa es el derecho. Por ello, la búsqueda en Hart, no arranca de una disposición de voluntad para realizar una purga en el terreno jurídico de aquellos elementos espúreos a lo que ha de estar cobijado bajo un principio rector determinado. Si el caso es de principios, dado que ellos constituyen la fundamentación de una teoría o de una hipótesis, en este caso, se tratará de principios sustraídos a la experiencia del uso de lenguaje con textos normativos, algo así como principios arrancados a la observación de la experiencia.

¹⁰⁰ Obviamente no es la pretensión de una teoría analítico-descriptiva la que alienta el trabajo de Kelsen, por las razones ya anotadas.

Empero, no llega Hart a la pretensión de analizar comportamientos para *establecer* principios. Dado su compromiso de filósofo positivista analítico, el objetivo es decantar desde las prácticas una manera de caracterizar ese cúmulo de normas que se van creando en las sociedades a medida que su sistema de relaciones sociales, impone la conservación de un orden para garantizar los modos de la convivencia, reduciendo así la complejidad creciente que aquel sistema va acumulando¹⁰¹. Y en tal empresa, un objetivo específico no despreciable para el espíritu positivista es trazar algunas líneas que muestren la demarcación de territorio, que a menudo, muy a menudo se entrecruzan: el del derecho y el de la moral.

De modo que dar el debate a las teorías iusnaturalistas tiene el doble objetivo de: 1) afianzar la idea de la naturaleza relativamente autónoma del surgimiento de las normas jurídicas, en función de las necesidades y como producto de convenciones humanas y 2) Establecer que existen otras maneras de dotar de fundamento sólido al aparato jurídico, aun prescindiendo de las dimensiones de principios universales revelados por la razón o la creencia.

La expresión *reglas* como equivalente a estándares o patrones de comportamiento descubiertos en la observación, ilustra muy bien la orilla desde la cual un filósofo de corte positivista puede enfrentarse a su objeto de estudio: desde la observación rigurosa de los sucesos, fenómenos o acontecimientos en los cuales se identifican aquellos patrones. Pero no se queda el proceso en la mera identificación de las regularidades que dan paso a tales estándares: La mirada trasciende la repetitiva escena del grupo de personas cuando cruzan la calle, al cambiar el semáforo a rojo para escrutar allá en el fondo del acto repetitivo y uniforme, cuál es la razón que mueve a cada uno para proceder de similar manera. Entonces, tomando como punto de partida la crítica a su contradictor, que en este

¹⁰¹ Este rol del ordenamiento jurídico, se encuentra desarrollado en plano macro en el trabajo de Niklas Luhmann. El Derecho de la Sociedad. Aquí nos centraremos en algún momento en ese enfoque sistémico pero ya no desde la perspectiva sociológica de Luhmann a nivel macro buscando el modo de ubicar el derecho entre los otros subsistemas de la sociedad, sino más bien a nivel *intro*, es decir buscando identificar la configuración interna del sistema jurídico porque es allí donde se sitúa mi atención para pretender identificar vínculos entre atributos de una regla como la regla de reconocimiento y aquellos mínimos que hemos planteado en este capítulo.

caso es Fuller, el investigador que es capaz de comprender la necesidad de todo saber de orientarse en el plano o estados de cosas, desde la orilla que ofrece el testigo en forma de antorcha o llama olímpica si se quiere, al nuevo atleta en relevo listo a adentrarse en los parajes oscuros a la tímida luz de dichas herramientas, se detiene, ausculta sus enunciados, pone la lupa al método utilizado por el contradictor, descubre las “piezas” que articulan su discurso y desarmando el edificio a golpes de argumentos, retoma aquellos componentes y reacondiciona el plano para proseguir esta vez su propio curso de acción.

Con lo anterior he querido mostrar que son muchas las luces que se obtienen cuando abordamos el ejercicio crítico como tarea típica del hacer investigativo. En el caso de Hart, es evidente que la crítica de Fuller¹⁰² le proporcionó de recursos e ideas, que aunque sometidas al tratamiento metodológico específico elegido por Hart, fueron guía para el desarrollo estructural de su teoría.

Lo digno de enfatizar en el modo de trabajar la crítica el profesor de Oxford, es su capacidad para presentar de forma integral las tesis del contrincante en principio, no mutilándola en aspectos básicos, para después proceder a la crítica. Práctica ésta que no es del todo común dentro de las comunidades académicas, por lo que a veces podemos perder el camino entre los sesgos deliberados que uno y otro autor trazan de la tesis que se someterá a la criba analítica, tratando de ajustarla tendenciosamente al lugar donde la criba sea más robusta o vigorosa¹⁰³.

¹⁰² Esto lo desarrollo en el tercer capítulo.

¹⁰³ De una de las críticas donde se recogen mayores evidencias respecto a lo aquí cuestionado, las críticas de Dworkin a la teoría de Hart. Aun cuando de seguro hay muchos más investigadores que incurren en esta conducta.

Los CMDN que ofrece explícitamente Hart aparecen incluidos como un componente del Cap IX cuyo título es: *Las Normas Jurídicas y la Mora*¹⁰⁴. Pero, ya antes del subtítulo que lleva tal nombre es conveniente rastrear algunos pasajes precedentes de dicha reflexión: cuando Hart se dedica a establecer las distinciones en el aparte 1 de este capítulo, aparte que lleva el título de *Derecho Natural y Positivismo Jurídico* estas distinciones tienen que ver con el planteamiento de la separabilidad entre derecho y moral, y para ello inicia por reconstruir y/o caracterizar el proceso histórico a través del cual se da el desarrollo del pensamiento teleológico en la sociedad humana. Esto es, comienza por despejar el camino a la comprensión de los elementos propios del iusnaturalismo que están presentes en el modo como abordamos la idea de obligación moral, pues en ese modo de abordarlo surge inadvertidamente a los ojos más desprevenidos, una justificación de la idea que afirma la conexión necesaria entre derecho y moral.

El argumento general para afianzar su tesis de los CMDN, es planteado por Hart al afirmar que “sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí” (Hart, 2012, p. 239). Lo que equivale a afirmar que, a la base de las prácticas que generan patrones de comportamiento, están esos *contenidos mínimos* que encuadran el propósito de la supervivencia que es, a la postre, lo que explica la existencia de sociedades humanas. Una vez nos encaminamos por este sendero que encontramos en el penúltimo capítulo del libro, se aclaran más las ideas contenidas en capítulos anteriores. Porque, dados sus elementos pueden discernirse aquí varios entronques de la teoría hartiana. Por ejemplo: el cómo de su distinción entre derecho y moral, por una parte; y, por la otra el porqué de “*contenidos mínimos del derecho natural*”. Aún más: se descubre en este pasaje, cómo la reflexión de Hart ha atravesado diferentes planos, diferentes campos de conocimiento, diferentes paradigmas para arribar a la concepción de derecho como unión de reglas primarias y secundarias, una manera de prescindir de varios postulados que por siglos cobijaron la pregunta por el derecho.

¹⁰⁴ Dicho capítulo va de la página 229 a la 261, dividido en dos partes: 1. Derecho Natural y Positivismo jurídico (pp.229-239) y 2. El contenido Mínimo del derecho natural (pp.239-261). Hart. Op. Cit.

2.6 Algunos debates

Como percibe quien haya incursionado medianamente en el campo del debate iusfilosófico actual de tendencia iusnaturalista, es variada la recepción de esta tesis. Aunque algunos la registran como nota curiosa, al afirmar que ella es una teoría de derecho natural en cabeza de un positivista jurídico (MacIntyre, 2012, p.512) sólo hay dos planteamientos a los cuales haré referencia en lo que sigue para mostrar el tipo de debate al cual dicha tesis ha dado origen. MacIntyre en su artículo citado, inicia una reconstrucción del estado de cosas alrededor de las teorías iusnaturalistas actuales y cómo, algunas de ellas dan señales de agotamiento frente al afán de responder a las expectativas del mundo contemporáneo, sufriendo en cambio continuos rechazos de parte de la gente común y corriente, que en la perspectiva tomista son quienes pueden expresar o pautar su comportamiento de modo más directo con los preceptos de la ley natural. Su argumentación inicia emplazando la idea del bien común como terreno para desplegar su hipótesis: "Pero nuestra hipótesis es que cualquier persona cuyo carácter moral fue educado suficientemente no necesita la motivación ofrecida por las sanciones adicionales para obedecer al derecho" (MacIntyre, 2012, p. 518). Para los iusnaturalistas del enfoque tomista, los preceptos de la ley natural son preceptos de razón y por tanto, preceptos.

La crítica dirigida a Hart establece que previo al tratamiento jurídico regulativo de algunas acciones humanas, existen buenas razones que prescriben a las personas común y corrientes no hacer esto o aquello; dichas razones precedentes derivan de los preceptos de una ley natural que se descubre por las leyes de la razón.

Por tanto, afirma MacIntyre (2012, p.518), que no es posible confundir algunos sistemas de reglas con un sistema jurídico si en dicho sistema de reglas no existen razones precedentes, distintas a las originadas en las sanciones impuestas por dichas normas promulgadas a quienes infrinjan su disposición. Es decir, un sistema jurídico que se nutra sólo de sus propias reglas, donde las razones para actuar sólo emerjan de sus propias normas, no es realmente un sistema jurídico, porque para que haya sistema jurídico, debe

existir una relación de sus normas con el ámbito de la moral y con los principios emergidos de la ley natural. Por ese sendero, recordemos, ha controvertido también Fuller, por ejemplo, la defensa que hiciera Hart de la validez de las normas dictadas por el Estado Nazi durante la Segunda Guerra Mundial, al insistir este último, en que ellas estaban amparadas por un procedimiento válido de promulgación, y que aunque su contenido y aplicación pudiese ser discriminatorio, injusto, xenófobo, debían ser válidas y como tales justo era darles aplicación en el momento necesario.

La empresa historicista adelantada por MacIntyre para sacar adelante su propuesta de las virtudes, señalando la escisión del sujeto en la Modernidad, la separación entre conocimiento y acción, entre hecho y valor, hace sujeto de responsabilidad de este asunto, no sólo a la subjetividad desarrollada en el seno de la filosofía kantiana sino además, a la irrupción de la ideología liberal y su concepción del sujeto moderno que hizo de la libertad individual el *bien primario básico* (posición que de algún modo avala Hart al proponer que si existen derechos morales, debe existir al menos un derecho natural y éste es, el derecho a vivir libre).

Aunque el iusnaturalismo de MacIntyre es visto como una variante iusnaturalista más, a mi modo de ver, merece una mirada más detenida por cuanto en él se identifican aportes significativos que lo hacen ir más allá que sus predecesores. En esa medida, justo es reconocer el “toque” innovador que imprime a dicha teoría, al mostrar que son las prácticas las que hacen posible la inteligibilidad de las acciones:

Las prácticas, al entender de MacIntyre, son un elemento necesario para que el sujeto pueda dar una explicación inteligible de sus acciones y, sobre todo, de las repercusiones morales que tiene cada una de ellas. En el contexto de las prácticas, la razón para la acción es aquella que aproxima al sujeto hacia el bien. He aquí la importancia de la virtud y de la excelencia en las prácticas, que ayudan a baremar el valor de cada una de ellas. Las prácticas proporcionan un marco inteligible para las acciones, de manera que para MacIntyre, *las razones para actuar se encuentran en las prácticas* (MacIntyre, 2012 p.83).

A diferencia de Kant, que exige un apriorismo, MacIntyre sigue a Aristóteles y a Wittgenstein a través de Anscombe para mostrar que las prácticas adquieren un sentido en un marco dado¹⁰⁷ y sólo en él. Y por ello

La acción sólo puede entenderse a posteriori, en el marco de las prácticas, donde se establecen las acciones virtuosas. Al conocer cuáles son las acciones virtuosas, se puede determinar que una razón para la acción es buena cuando ésta conduce hacia la virtud. (Ramís,2012, p.98)

Hasta cierto punto coincide MacIntyre con la tesis que, proveniente de Wittgenstein, desarrollada antropológicamente por Winch, y para la idea del derecho, por Hart, hace de las prácticas, el lugar donde se cuece la inteligibilidad de las acciones. En ese sentido, la cuestión crucial es señalar que esa inteligibilidad no remite a una racionalidad de tipo cartesiano sino a una racionalidad práctica que se constituye a partir de las acciones. Entonces una acción será comprensible a través del sentido que le imprime el contexto en el cual ella se presenta: y esta comprensión es la que proporcionará las razones para actuar si dicha acción se presenta como acción orientada a la virtud.

Sin embargo, a pesar de esta reivindicación de las prácticas cuando se aproxima a la noción de cómo surgen las acciones virtuosas, el fundamento de su apreciación del ser humano concreto y vital, hunde sus raíces en la doctrina aristotélica, a través de Santo Tomás. Entonces, no es su aproximación a la dimensión biológica ninguna concesión a la teoría positivista. Lo que lo lleva a la consideración de este nicho biológico, es su incesante búsqueda de cómo surgen las acciones virtuosas. Por ello, cae en la cuenta que su pregunta se ubicaba en una noción de hombre muy orientada por la ética aristotélica, a saber, un ser vivo capaz de racionalidad y de lenguaje articulado. Y, se pregunta, cómo es posible que el tomismo sea una teoría de las que mejor defina la relación del hombre con los restantes seres vivos.

¹⁰⁷ Pero, a mi modo de ver este sentido en un marco “dado” no remite a unas condiciones fijas que estarían como referentes de la acción. Creo que en este pasaje se advierte una ambigüedad de Ramís Barceló, por cuanto la expresión “dado” induce a pensar en un marco fijo. Recuérdese que el enfoque historicista de MacIntyre bloquea cualquier alusión a que los sentidos de las palabras, su carga significativa y por ende, el significado de las acciones permanezcan incólumes a través de diversos períodos cronológicamente distintos.

Por esa vía se remonta a la pregunta de cómo hace una persona incapaz de comprender, para poder llevar a cabo acciones virtuosas, encontrando en ese derrotero que, es la dependencia de los demás, la constatación de sentirse “incompleto” el primer reconocimiento que permite la conformación de un ser humano vivo y autónomo y consciente de su dependencia de los demás.

En una reconfiguración de la versión aristotélica del derecho natural, MacIntyre ubica no la naturaleza humana en sentido aristotélico, es decir, teleológico, sino al ser humano concreto, vivo, pleno de pasiones, deseos e intenciones y es por ello que se considera que su teoría del derecho natural parte de esa dimensión naturalista¹⁰⁸. Por ello afirma Ramís Barceló que en la senda investigativa cubierta por MacIntyre, su obra de juventud es eminentemente política; en contraste, su obra de madurez es eminentemente jurídica, eso sí, entendido lo jurídico desde la perspectiva de una ética bioantropológica.

Es por tal razón que puedo afirmar que, las simpatías primigenias de MacIntyre por el trabajo de Hart, se queda únicamente en el punto del reconocimiento del rol de las prácticas. Pero en lo que tiene que ver con el discurso de la acción, MacIntyre considera a todos los pensadores de la modernidad, como tributarios del liberalismo y en ese sentido denuncia el carácter liberal de la doctrina de los derechos humanos y las teorías jurídicas de la modernidad, como tributarias y a la vez responsables de la debacle de las razones para actuar en la Modernidad.

2.7 A modo de conclusión

La tesis CMDN es el esfuerzo de un positivista para librar de contenidos metafísicos, una noción de derecho natural. Al proponerla con la expresión *contenidos*, me parece que ha

¹⁰⁸ En *Animales racionales dependientes*, se produce el replanteamiento de la biología aristotélica y desde la pregunta sobre cómo se realiza el aprendizaje de la virtud y cómo se captan los bienes básicos que llevan a la ley natural, se produce el giro en el cual MacIntyre deja de ver al hombre racional capaz de entender y se pregunta a su vez, cómo se da el aprendizaje en un ser primigenio incapaz de comprender. Por esa vía, llega al convencimiento de que el ser humano es un ser racional dependiente que sólo llega a ser racional cuando reconoce su dependencia de los demás (Ramís Barceló, op. Cit. p.245)

querido señalar limitaciones concretas, de constatación empírica inherentes a la configuración psico biológica de los seres humanos. Al presentar tales limitaciones como hechos “obvios” es decir, hechos que son irrefutables para cualquier persona con mediana capacidad de entendimiento, significa que son condiciones inherentes a la manera de ser humana, asociada a su configuración física y a factores de orden biológico que, aun con serlo, no pueden tomarse como inmutables. Se trata es de aceptar la irrefutabilidad de estas evidencias y actuar en consecuencia. Estos contenidos que Hart insiste está presentes en todo ordenamiento jurídico (yo diría que en los ordenamientos jurídicos occidentales contemporáneos). En estricto sentido, la afirmación que es *El fin principal de la especie humana la supervivencia* no es el enunciado avalado por Hart por cuanto allí se inserta un elemento teleológico; en tanto, si se afirma que *el presupuesto tácito de la actividad¹⁰⁹ humana es la supervivencia*, presupuesto fundado en el hecho contingente de que los hombres en general desean vivir (Hart,2012,p.237), no se está aludiendo a la condición genérica de la especie sino a la actividad que desarrollan cotidianamente los individuos miembros de esa comunidad que pretende ajustar su comportamiento a reglas que permitan la consecución de ese propósito. Pienso que al engarzar en una sola expresión el término *contenidos mínimos* y la referencia al *derecho natural* quiso mostrar en crítica a la línea tomista iusnaturalista, que es viable la presencia de una unidad entre hecho y valor, entre ser y deber ser, alejándose en este sentido de Hume. Creo que es la vocación integrativa que proyecta la tesis del CMDN lo que inspira a MacIntyre, la que lo hace compartir la noción de prácticas como aquello que dota de sentido a la acción en una comunidad que comparte creencias y patrones de conducta.

El acento propuesto por Hart está en el orden de lo contingente porque su objetivo es trazar las líneas generales que le permitan dar cuenta del rol de las normas tanto morales como

¹⁰⁹ *El resaltado es mío. Es relevante para el objeto de este trabajo destacar que el énfasis aquí no está en el sujeto sino en la actividad que desarrolla dicho sujeto por cuanto al afirmar que existe un presupuesto tácito de tal actividad, estoy restringiendo a un nivel modesto la idea de la supervivencia pero al mismo tiempo hago explícita la ordenación de todas las actividades humanas hacia el propósito de la supervivencia. Por tanto, asegurar esta ordenación requerirá de un conjunto normativo capaz de apoyarlo.*

jurídicas en una comunidad humana, que dada las características ya descritas de la condición humana, está sujeta a cambios y por tanto a modos diversos que pueda asumir esa regulación. Quizá en vista de esa heterogeneidad de formas que puede asumir el ordenamiento en contextos distintos, enfoca su atención en las descripciones que sobre los juegos de lenguaje se presentan en *Investigaciones Filosóficas*, o siguiendo la línea de sus descubrimientos en torno al valioso instrumental que significa la exploración de los enunciados, ensaya estrategias de contrastación de tales juegos de normas con los que proporciona el análisis pragmático de los enunciados usuales en contextos normativos.

Por ello, tal como en los juegos de lenguaje donde aparecen tales y tales determinados juegos particulares y, al cabo de cierto tiempo, pueden caer en desuso las palabras que lo conforman, dando paso a nuevos usos de las palabras en los diferentes asuntos que suscitan las relaciones humanas en razón al trabajo, a rituales que configuran y ratifican relaciones de parentesco, a relaciones de vecindad, entre otras, y establecida la analogía con el reducto específico de un sistema jurídico particular, vamos a encontrar la justificación de la sucesiva progresión de normas. Quizá sectores de la vida privada que en el pasado no han sido objeto de regulación, son ahora materia de ella. Es el caso de la regulación de los embarazos por fecundación in vitro, del alquiler de vientres y casos similares, pero también el de las sucesivas modificaciones que ha sufrido la institución familiar en lo que respecta a los derechos del cónyuge supérstite en una sociedad marital de hecho, que coexiste con un matrimonio anterior válido del causante. Legislaciones que responden a los cambios producidos en las instituciones familiares con el paso del tiempo y el surgimiento de nuevas situaciones respecto a ellas.

Como he tratado de mostrar, el ancestro de la teoría de la obligación jurídica ha sido a lo largo de varios siglos, la fundamentación otorgada por diversas manifestaciones del iusnaturalismo, entendido como una corriente de pensamiento que colocó al ser humano prevaleciendo sobre otros seres de la naturaleza. En el advenimiento de las ideas políticas modernas, el concepto de derecho tomó forma como ideas que expresaban una restricción, una exigencia de respeto de los demás con respecto al titular. Fue el efecto halo del subjetivismo afianzado en las teorías del conocimiento, que llega traslapado a las esferas de la vida social y por ende a lo que se concibe como contexto normativo. Entonces, el correlato de la noción de derechos, era entonces el concepto de deber. Derechos entendidos como libertades subjetivas o individuales, que imponían restricciones a los

otros. Deberes mínimos impuestos por la aspiración a la seguridad, a la paz en la convivencia.

En la línea de profundizar en las diferencias habidas entre los dos pensadores clave en este capítulo, debo dejar sentado que para Kelsen lo que es relevante como objeto de estudio es la norma jurídica, como él la ha entendido, a saber, como la expresión de un valor jurídico a través de la descripción de una conducta y su correspondiente sanción en caso de ser realizada.

Recordemos igualmente que así concebida, la norma jurídica no pertenece al dominio de una ciencia del derecho sino al dominio del sistema jurídico propiamente dicho, por cuanto la norma es lo que produce la autoridad judicial al decidir sobre un caso a su cargo. . Por ello, no es procedente hacer equivalente la expresión *norma jurídica* a la expresión *norma jurídica positiva*. Porque, en el edificio conceptual de Kelsen normas jurídicas particulares dentro del sistema jurídico sólo son comprensibles en la medida de su interrelación con los diversos niveles de normas que tiene el sistema jurídico del que se trate. De modo que cuando hablamos de dicha norma particular no estamos señalando por ejemplo, a aquellas normas positivas en sentido estricto, sino a todas aquellas sentencias, jurisprudencias, decisiones en fin que, pertenecientes incluso, a diversos niveles del orden jurídico, integran por un lado, el desarrollo legislativo que expresa el contenido de una norma constitucional y por otro lado, el desarrollo jurisprudencial de un determinado subcampo del sistema jurídico.. Todas ellas, siendo incluso integrantes de subdominios independientes dentro del sistema, se refieren a aquella concreción del mandato declarativo impuesto por una norma constitucional.

Pongamos por ejemplo, las normas constituyentes del presupuesto nacional y su razón de ser. ¿ Cuáles son los principios fundamentales que han de alentar el desarrollo legislativo en este campo? ¿Cómo dichos principios enlazan algunas otras normas de apartados distintos de la Constitución vigente? ¿Se cruzan en las normas particulares que desarrollan estos principios del Título XII de la constitución nacional, algunas otras contenidas en los títulos anteriores? La respuesta es sí, desde mi perspectiva que intenta mostrar desde un enfoque más espacial que secuencial cómo las diversas normas del sistema, encuentran

en las diferentes ramas que configuran dicho sistema, normas positivas particulares que guardan algún tipo de complementariedad con las normas constitucionales. Para Kelsen , es mucho más relevante por el contrario, mostrar que existe un orden jurídico concebido como sistema, pues entre las normas hay una relación de dependencia o subordinación, un marco de relaciones que ratifica la unidad del orden dispuesto por la Carta constitucional.

Dada esta aclaración, quizá se esté en mejores condiciones para comprender el por qué se hace posible distinguir entre reglas primarias en el mundo pre jurídico y reglas primarias como parte del concepto de un sistema jurídico contemporáneo: Las constituidas en un mundo pre jurídico como mandatos que conllevan una actitud de aceptación pero que no se hallan constreñidas por una sanción en particular, tan solo por la disposición colectiva de una comunidad de seguir un patrón de comportamiento, acompañada de la generación de expectativas de que ello así ocurra; existen por el hecho de ser practicadas, no por el hecho de ser formuladas. Esas son las reglas primarias del mundo prejurídico. Dichas reglas primarias, a las que podríamos llamar reglas primarias nivel 1 (referidas al mundo pre jurídico), comprenden los CMDN que va a aceptar Hart, pero no constituyen aún reglas jurídicas propiamente dichas. Sólo configuran un tipo de prácticas básicas para la convivencia y para mantener la especie humana a salvo.

Pero aún estos patrones de comportamiento colectivo básico no pueden llamarse en sentido estricto, expresiones de la existencia de un componente iusnaturalista trascendente que impele a la especie a protegerse de sí misma. Se protegerá en un sentido biológico, de lo que le es ajeno y extraño. Pero ello no la hace capaz de defenderse de sí misma como especie. Luego en el mundo jurídico dichas reglas primarias a la base del sistema, existen pero ahora formalizada como normas básicas o elementales de dicho sistema.

Pero no serán inmutables, porque inmutable no es el ser humano. Todos estos campos susceptibles de regulación que hoy existen, no existían para la época de Hart; Ellos muestran cómo a la par del desarrollo de la biotecnología, por ejemplo se van modificando además muchas relaciones en el seno de la sociedad y surgen nuevos espacios o roles, llamados a ser regulados produciendo con ello un desarrollo institucional.

En este capítulo he tratado de presentar un cuadro de cómo se dio la construcción de la tesis de los CMDN en Hart y cuáles fueron las fuentes de las que se sirvió para tal propósito. He argumentado además sobre la función de tal tesis en el conjunto de la teoría hartiana. Retomo además, el tema de la caracterización de las reglas primarias como reglas de obligación por tanto es necesario retrotraer la noción de obligación a la tesis de los CMDN para dotar de consistencia la argumentación del tercer capítulo.

Resalto por otro lado como significativa la crítica provista por MacIntyre dado que en principio, comparte con Hart el reconocimiento de las prácticas como el lugar de constitución de las razones para actuar. Es innegable la paradoja que reviste el hecho de ver llegar a estos dos autores a un mismo reconocimiento, partiendo de una misma fuente (Wittgenstein) pero trazando recorridos diferentes. Si fuera el caso discernir en clave histórica, para seguir la línea de MacIntyre, el desarrollo de la tesis de los CMDN sería hasta exótico constatar cómo un autor como MacIntyre, bajo el peso de una visión histórica acuñada en la historia moderna, pretende dar cuenta de la evolución de los conceptos éticos, pero, al mismo tiempo, mediado por su interés ético en la biología, da cuenta de la misma plasticidad de la biología humana, trazando así un derrotero similar al de otro autor(Hart) que lo hace desde una perspectiva ontológica diferente.

La idea de naturaleza humana *mejorada* que pretende caracterizar MacIntyre para alejarse de Aristóteles, muestra aquellas líneas de flexibilidad producto de la lectura humeana, y de su cercanía a las tesis de Hart cuando aborda el tema de la naturaleza humana. Y es irónico observar que en el inicio de su *Teorías del derecho natural en la Modernidad avanzada*, ha señalado de modo cáustico la existencia de un positivista autor de una tesis sobre el derecho natural. Ahora, con *Animales racionales dependientes*, asistimos al surgimiento de una tesis naturalista, basada en la biología que pretende dar cuenta del modo como surgen las acciones virtuosas en las prácticas de los seres humanos en comunidad.

Creo que una contrastación de los ensayos críticos de Hart sobre los trabajos de Bentham en sus cuestionamientos al problema de los derechos subjetivos, por ejemplo, mostraría

mucha semejanza entre su aquiescencia a la crítica de éste a los derechos humanos y su similar simpatía por los estudios críticos de MacIntyre frente al tema de los derechos naturales, semejanza que debía esfumarse más tarde, quizá, entre otras cosas, por la lectura radical del escocés al denunciar (al igual que Kelsen) el modo como el liberalismo subsumió o moduló dichos derechos.

En lo que respecta a la caracterización objeto de este capítulo creo que quedan trazadas las líneas necesarias para dar cuenta del modo como sea posible pensar una articulación entre esta tesis de vocación naturalista y la tesis de la RR, , la cual me atrevería a pensar, es una tesis legitimadora y capaz de dotar de sustrato racional a la anterior.

Capítulo 3

3 Mínimos y máximos de un sistema jurídico

3.1 Introducción

En este capítulo pretendo caracterizar la RR como un tipo especial de convención constitutiva, cuyo rol de estandarización de las fuentes del derecho aporta consistencia al sistema jurídico. Dado el propósito general de esta investigación el objeto es mostrar cómo es posible sostener que la tesis de los CMDN aceptados por Hart, constituye el primer filtro de evaluación de la RR. Espero mostrar que esa fuente de razones prudenciales contenida en lo que llamaré los *Mínimos del derecho*, está conjugada y desarrollada en el rol que cumple una RR.

Así, he dividido este capítulo en siete secciones: Una introducción donde hago una reconstrucción algunas ideas ya esbozadas esquemáticamente en los capítulos anteriores; un segundo apartado, dedicado a la presentación de la naturaleza de RR como convención constitutiva, como medio de esclarecimiento de la concepción práctica de las reglas en Hart; un tercer apartado, para esbozar las implicaciones de una relación insoslayable, a saber las originadas en la RR y la tesis de la separabilidad entre derecho y moral; en el cuarto apartado, procedo a presentar esa connotación descubierta de la RR

como regla máxima y explico en qué sentido aplico allí el calificativo de “máxima”; para el quinto, retomo por su importancia para la pregunta de investigación que dio origen a este trabajo, las críticas posteriores dirigidas por comentaristas y contemporáneos a la tesis de los *contenidos mínimos de derecho natural* y presento un breve cuadro de análisis de sus componentes dado que a mi modo de ver, esta modesta tesis alberga en su seno a aquellas restantes que constituyen la teoría de Hart. Para el sexto apartado, creo pertinente sugerir algunos de los conceptos reconstruidos por MacIntyre que apoyan el nexo establecido entre las tesis objeto del presente trabajo y en el séptimo, sintetizo algunos puntos clave desarrollados en los anteriores, para dar una conclusión del capítulo.

A mi modo de ver, la RR no debe considerarse como regla *última* en tanto reducto final en el cual apoyar la dimensión de validez de un determinado ordenamiento jurídico. Aunque la expresión *última* en este contexto nos invita a pensar en la fuente decisiva y final de algo, quiero prescindir de esta dimensión temporal para dar paso a una caracterización de dicha regla que se afina en su rol sistematizador¹¹⁰, es decir que fija límites distinguiendo lo que es derecho de lo que no lo es. Para llegar a ella, justo es recordar que el propósito de una teoría descriptiva es, de hecho, sostener lo que desde su conferencia inaugural sostuvo Hart: la necesidad de salir de la definición en términos de género próximo y diferencia específica, porque ella no es suficiente para plantear de modo comprensivo lo que es el derecho. Tal posición daría cuenta de que la exigencia moderna de la departamentalización del conocimiento, del *agenciamiento* del conocimiento¹¹¹ en lo que respecta al conocimiento de lo jurídico, es el patrón menos satisfactorio que existe, dada la tridimensionalidad del derecho, en tanto instrumento de control pero al mismo tiempo, de cambio social. Es retar al pensamiento a la construcción de teorías sobre la base directa de las prácticas.

¹¹⁰ Al hacer este énfasis en un rol sistematizador pongo de presente lógicamente a aquello que permite que en un sistema se pueda mostrar el modo como éste funciona de modo autónomo pero sin desconocer las fuentes que dieron origen a dicho sistema.

¹¹¹ Parafraseando aquella referencia a Deleuze que ya se adelantó en el primer capítulo.

Pretendo sostener que la comprensión de los sistemas jurídicos contemporáneos, concebida esta comprensión desde una caracterización de las prácticas que los constituyen, puede resolver la tensión originada en la presión de normas que promulgan derechos subjetivos y aquellas que atienden a la organización estatal, echando mano de una ecuación de mínimos y máximos que aporta consistencia al sistema dado que los mínimos, a saber, los enigmáticos para algunos, "*contenidos mínimos de derecho natural*" perviven como estándares básicos en la regla no última, sino *máxima*, que es la encargada de aplicar criterios de validez a las normas.

Para sostener lo anterior me apoyo en las siguientes razones: Una regla de reconocimiento tiene por fuerza -si hemos de seguir en la senda de las reglas prácticas- que contar con aceptación, esto es, ese implícito discursivo pero explícito en el comportamiento de quienes la practican. Lo que hace del comportamiento en general algo a su vez aceptado de modo tácito, o que satisface a cabalidad las expectativas normativas que están presentes en una comunidad de ciudadanos o ciudadanas, es el que tales comportamientos no afectan reglas mínimas de convivencia. Así, una vez construido ese horizonte común en el imaginario de las personas en torno a esas reglas mínimas, si los actos de las personas, sean ciudadanos o autoridades no transgreden dichos límites, se da la aquiescencia en múltiples formas o canales de comunicación.

Supongamos una escena típica al interior de un transporte urbano un día ordinario de labores: alguien pasa a nuestro lado con unas bolsas o forrajes que le ocupan casi todo el cuerpo; se advierte en su actitud que se preocupa por no molestar a nadie . El estrecho pasadizo de un bus urbano no da espacio, pero todos han visto cómo, él trata de ajustar su cuerpo y su carga a ese estrecho espacio, asiéndola y ubicándola delante de sí de modo que, aunque tal cosa signifique llevar los brazos hacia adelante, sin apoyo, tomando la carga, lo cual implique un esfuerzo físico considerable, las expectativas se han cumplido, a pesar que en los siguientes momentos, el peso de la carga lo haga bambolearse e inclinarse a un lado y tropezar con los de la banca de ese lado. Aquí lo que se valora no

es únicamente la intención: sino *el esfuerzo*, la *actitud* previsiva de no invadir el espacio de los demás ocasionando una perturbación del mismo.

De la misma manera, cuando se analizan comportamientos colectivos que evidencien la aceptación de unas reglas de juego, es la *actitud* hacia lo que se considera correcto en el contexto de tales comportamientos lo que se juzga como ajustado a la expectativa. En este punto es preciso distinguir actitud de intención. Llamo actitud a una disposición de la voluntad que lleva implícita el ajuste del comportamiento a aquella acción, inserta en una práctica social X, que genera dicha disposición. Llamo intención a un asunto propio de la esfera motivacional, que no supera el test de la disposición de la voluntad, en tanto la intención carece de la conexión racional- reflexiva que precede a los actos de voluntad.

3.2 Regla de reconocimiento como convención constitutiva.

Afirmar que existe una regla de reconocimiento en un contexto jurídico dado es afirmar que existe una práctica con fuerza constitutiva a la cual se remiten los servidores públicos cuando se trata de dilucidar la pertenencia o no de una norma particular al sistema jurídico. En esa elucidación se aplican pautas, referentes cuyo rol es someter a un test de validez a la norma en entredicho. Se observa que, dichos referentes han sido tomados de fuentes diversas. Que dichas fuentes llámense formales o no formales, poseen un amplio precedente de construcción y de vigencia, capaz de constituir criterios definidos aptos para determinar si aquella norma pertenece al sistema jurídico. Es decir, aquel sistema jurídico en el marco del cual se realiza dicha práctica evaluativa. Entonces, una vez distinguimos entre las fuentes de dichos criterios o referentes y la actividad cotidiana que con ellos se surte, ya puede afirmarse cuál es el alcance de la expresión “convención constitutiva”.

Quiere lo anterior señalar de acuerdo con lo expuesto por Marmor (2019, p.6) que ya no tiene sentido recurrir a aquellas referencias postulados, costumbres o principios, llámense morales, de etiqueta, ideológicos, cientifistas o trascendentales que, de algún modo estuvieron o no en el escenario primigenio de la convención constitutiva por la cual se originó un sistema jurídico. En nuestro caso, para sistemas jurídicos complejos como los contemporáneos, una Constitución escrita, se muestra como el primer producto de una primigenia convención constitutiva y/o constituyente. Pero, es necesario observar con Hart, que dicha norma no es inmutable y que acusa los cambios que la evolución social o la sofisticación de las actividades humanas y el desarrollo normativo imponen; el ordinario hecho relativo a la modificación en la forma como se perciben los valores implícitos en dicha Constitución ya hace de ella una forma dinámica o variable. Por lo cual, en situaciones propias de la actividad de una RR puede trascender dicha Constitución escrita para avanzar formas de interpretación de criterios explícitos en tal documento constitutivo que pueden no responder si no parcialmente, a su sentido inicial.

Si en aras a la búsqueda de esa articulación de los criterios de validez con los CMDN, se da una ojeada a la Carta Constitucional, en este caso a la Carta Constitucional de Colombia, es posible verificar en sus títulos iniciales las declaraciones que forman los cimientos mínimos de tal constitución. Y allí se encuentra uno que los fines del Estado son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política, administrativa y cultural de la Nación. Pues bien: en lo que sigue mostraremos de qué modo puede concebirse que, lo que plasma una Carta Política como la colombiana, con toda la carga de reglas que ella comporta, tiene un núcleo esencial o sustantivo cuyas premisas pueden encontrarse o no desarrolladas legislativamente, pero que por el hecho de estar consagradas en una constitución que ha sido votada y admitida por sus ciudadanos, exhibe, en algunos casos de modo puntual y en otros, de manera implícita, de una forma en buena parte desplegada, un *corpus* que refleja aquellos contenidos que abarcan desde el rechazo a la violencia, el respeto a las promesas, la aspiración a una vida digna, la exigencia de seguridad en los bienes, en la personalidad, en la familia, la garantía de protección a las iniciativas de libre empresa, entre otros. Aquí, lo único que hago es desarrollar para el análisis de nuestro

marco constitucional contemporáneo vigente, lo que permiten las aserciones contenidas en el num. 4 del Capítulo IX de *El concepto de Derecho*.

3.3 Regla de reconocimiento y teoría de la separabilidad de derecho y moral

El positivismo jurídico analítico de Hart como es sabido por quienes se hayan medianamente interesado por el tema, ha sido el centro de innumerables ataques sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX. Y esta actividad incesante ha dejado en claro, para muchos de sus críticos y comentaristas, cuáles son las tesis más controvertidas de su cuerpo doctrinal así como cuáles de ellas conforman el corazón o núcleo de tal teoría ius filosófica. Entre ellas, se destaca la discusión en torno a la RR. Ésta ha sido en algunos casos ponderada de modo positivo como “de las mayores contribuciones de Hart a la filosofía del derecho”, pero también objeto de un crecido número de críticas, las cuales comprenden un rango amplio que va desde las que cuestionan directamente sus condiciones de existencia(Dworkin, Shapiro, Finnis, entre otros) , como las que se enfocan en el posible contenido de tal regla; e igualmente, las que se centran en la función eventual que pueda desarrollar en un sistema jurídico (Pino, s.f.: p. 269-271)

Algunos autores como Himma (2018, p.3), identifican como tesis clave en la teoría de Hart, la tesis del hecho social, la tesis de la convencionalidad y la tesis de la separabilidad. Evaluar esta lectura, me hace inferir que todas ellas, pueden ser tomadas en cuenta para caracterizar la RR¹¹². Porque al referirse al hecho social, viene a colación que, lo que individualiza o identifica según Hart su regla determinadora de criterios de validez, de entre

¹¹² Aunque esta no es la lectura de Himma dado que en su ensayo sólo coloca como relevante para la cuestión de los criterios de validez, la tesis de la convencionalidad. En sentido amplio a mi modo de ver las tres tesis identificadas se ajustan a la naturaleza de la RR, porque coinciden por un lado con quienes tildan de incoherente al positivismo inclusivo. Por otra parte, no me parece que el positivismo *soft* de Hart, deba ser incluido como positivismo inclusivo, como lo hacen muchos autores, incluso Himma y tal vez MacIntyre en el debate señalado en el capítulo anterior.

las restantes reglas secundarias es el hecho de constituirse en la práctica compartida por quienes tienen a su cargo tareas jurisdiccionales dentro de un sistema jurídico. Y creo yo que aquí, al referirse a ella como hecho social, nuestro autor Hart está pensando en la noción de complejidad de un hecho social que integra tanto objetos como comportamientos y que en ningún momento con tal denominación colocar una frase lapidaria sobre tal "hecho". Muy al contrario: pienso que su modo de mostrar tal hecho, es un gesto, una invitación al intérprete para abordarlo en búsqueda de aquellas elucidaciones esquivas que comportan las nociones como ésta, la de hecho social, formadas por multitud de otros signos, algunos más básicos, o quizá primitivos que participan en su composición. Pienso que, en 1953 lo hace público en su conferencia inaugural, pero quizá desde antes la inquietud por entrar a desentrañar las nociones dogmáticas del derecho, anidaban en aquel espíritu de modo incisivo. Y es que, para quien, dotado de un espíritu inquisitivo para la investigación, tiene la oportunidad de ser testigo del cómo se abordan los problemas jurídicos suscitados en el medio jurisdiccional, estos retos marcarían el desarrollo de su exploración, enmarcado en la crítica al ámbito de la jurisprudencia, de lo cual nos queda evidencia en sus textos donde cuestiona los términos de un derecho concebido como la conjunción de órdenes y amenazas. De modo que al afirmarla como hecho social, afirmo que la RR *sucede* en el ámbito de la práctica social de los funcionarios por lo cual es válida la afirmación de ella como regla convencional constitutiva a través de la cual se establecen los criterios de los cuales es portadora.

En ese punto, anclo su ajuste a la tesis de convencionalidad. Esta, refuerza la práctica como ejercicio colectivo que va tejiendo la uniformidad entre los agentes judiciales en lo que respecta al modo de verificar las normas examinadas, priorizando el orden jerárquico de los criterios vigentes para dicho estudio. Lo que es significativo en esta práctica como ejercicio o actividad colectiva es que justamente en ella aquellos agentes judiciales, afirman de modo implícito el común reconocimiento a la legitimidad de los criterios a través de los cuales, acceden a la determinación de la validez de una norma. Pero no se queda aquí el alcance de dicha RR. Al tratarse de una regla convencional constitutiva la RR realiza y actualiza el orden jurídico en tanto atiende no sólo a los criterios legítimos y explícitamente promulgados o declarados constitucionalmente, sino además a aquellos

que en un momento dado, surgen de su propia práctica¹¹³, pero también de aquellos ya no productos de una práctica interna, sino como obligaciones originadas en convenios suscritos en el marco del derecho de los tratados. Porque es visible para los sistemas jurídicos contemporáneos que la internacionalización del derecho hace imperativo el cumplimiento de lo pactado según el Derecho de los tratados, tanto en materia penal, como en temas relativos al derecho comercial, o al derecho administrativo, para señalar sólo algunas subáreas jurídicas.

Y, es posible también aplicar a la RR su ajuste a la tesis de la separabilidad, por cuanto a la luz de dicha tesis, se ilumina el camino a las fuentes de las cuales emergen aquellos criterios de validez¹¹⁴. Como expresamente señala Hart, una cosa es el desacuerdo sobre los criterios que proporciona la regla para definir la validez de normas particulares, otra cosa diferente es disentir de la existencia de tal regla en un ámbito jurídico. Una cosa es entonces, aprovecho para añadir aquí -no resisto la tentación- plantear desde una orilla paradigmática alternativa que existen *principios* que, dada su naturaleza no son incluíbles por sus características dentro del rango de reglas primarias, por ejemplo (Dworkin, 1999, p.96), y por tanto, insistir en que ellos no pueden ser medidos o reconocidos mediante criterios de validez como los proporcionados por la regla de reconocimiento¹¹⁵; otra cosa es, por otro lado, desconocer que en la teoría hartiana, hay cabida para los principios

¹¹³ De manera que no está en esta regla la pretensión formal que algunos comentaristas le acuñan, pues desde su planteamiento inicial, Hart al acuñarla como regla social en el ámbito normativo dota a esta práctica de la capacidad de ser sensible a los cambios o relevancia de criterios que exige la transformación de las relaciones sociales.

¹¹⁴ Aun cuando se admita que exista para algunos sistemas jurídicos la consideración de valores morales como criterios de validez, si se afirma que la práctica autoritativa es de la naturaleza propia de la norma jurídica, afirmación de Raz a la que adhiero, mal estaría considerar, o sería incoherente pretender sostener que una RR no responde a la tesis de la separabilidad. Además, considerado su carácter de convención consitutiva es preciso señalar que lo que admitido como bases del derecho en la Constitución primigenia, forma parte de él como derecho por lo cual no tiene sentido apelar a criterios repetitivos que trascienden el ámbito normativo jurídico cuando en su momento fueron admitidos en casos particulares en la primera Constituyente.

¹¹⁵ Lo cual hemos refutado en el capítulo siguiente. Pero valga la aclaración: una cosa es tener el derecho a plantear esta dicotomía de reglas y principios como situaciones mutuamente excluyentes; si mi horizonte de percepción de tales nociones así lo dicta, es válido plantearlo así. Otra cosa que sí tiene visos de ser inadmisibles es descartar la postura del autor que se cuestiona cuando éste la ha hecho explícita a lo largo de toda la obra examinada.

jurídicamente legitimados como tales: Lo que intento mostrar es que entre los principios válidos para un sistema jurídico, puede haber los que provienen de alguna fuente moral y además aquellos que surgen sólo en el análisis de los prerequisites que aseguran la convivencia pacífica, y por tanto, provenientes únicamente de las exigencias del mismo sistema. Además recordar que, lo que sucede cuando ellos son invocados, no es el surgimiento de un “nuevo principio”: es sólo el reconocimiento explícito de aquello previamente inmerso en los conjuntos y subconjuntos de reglas particulares de los diversos campos jurídicos de un sistema.

Sostener la tesis de la separabilidad aplicada a la RR no implica desconocer la aceptación que hace Hart de la presencia de elementos morales que, en un momento dado, pueden ser tenidos en cuenta dentro de un sistema incluso como criterios de validez de normas particulares, *si* ha habido la previa validación jurídica de su status como tales. He ahí el fracaso de la argumentación de Dworkin en su crítica al sistema jurídico concebido como unión de reglas primarias y secundarias. Entre los contradictores de la obra de Hart, como es sabido por el amplio grupo de investigadores, docentes y estudiantes del campo filosófico del derecho, Dworkin ocupa un lugar destacado toda vez que, es de los primeros que realiza un examen crítico del positivismo analítico desplegado por Hart en la construcción de su concepto de derecho como unión de reglas primarias y secundarias.

Desafortunadamente para los testigos de la época, el problema de asistir al debate Hart-Dworkin es que éste cae en el plano de la inconmensurabilidad de nociones paradigmáticas desde las cuales parten tanto Hart, por un lado como Dworkin, por el otro. Lo que a juicio del profesor Dworkin son *reglas*, no lo son en el conjunto de las interpretaciones hartianas. Lo que a juicio del profesor Dworkin puede ser integrado al orden jurídico, no lo es para el profesor Hart. De modo que en cierta forma podría decirse que en dicho debate hubo algo así como un “diálogo entre sordos” en la medida en que cada uno de los contrincantes estuvo todo el tiempo ubicado en un paradigma jurídico cuyo sustento epistemológico, lógico y lingüístico es distinto. Por ejemplo, en el caso de Dworkin la crítica surge en el contexto del derecho norteamericano, cuyo desarrollo y características, se constituyen en el marco ideal para la teoría del Derecho como integridad porque en el corazón de ella, está siempre la búsqueda de soluciones

compatibles con directrices políticas y objetivos más allá del marco de lo meramente jurisdiccional.

Las lecturas de Dworkin se presentan como superficiales en algunos momentos y no está en su preocupación central, *como en un filósofo del derecho* que comparte la visión de la filosofía analítica, ponderar en su justa medida el componente lingüístico-pragmático de los enunciados jurídicos, es decir la dimensión provista por el trabajo de J.L. Austin -el lingüista-: sopesar lo que hacemos con las palabras. No está en su preocupación, obviamente de acuerdo a lo anterior, el colocar en cuestión los enunciados de modo que se acepte la apuesta de profundizar en el uso que en ellos se hace *de* conceptos jurídicos en determinados contextos. Curiosa cuestión: su crítica arranca y se ilustra en las orillas del derecho norteamericano. Pero no hay en sus consideraciones, el reconocimiento explícito a la presencia de *un principio de contexto*¹¹⁶ que, a mi modo de ver, y también para otros comentaristas, ilumina toda su lectura crítica de Hart. Es decir, critica la obra de Hart desde el marco de referencia de la cultura jurídica norteamericana, pero no es consciente (o por lo menos, no lo hace explícito) de estar aplicando uno de los principios subyacentes a la elección metodológica hecha por Hart, cual es el principio de contexto (Toh, 2015,p.339).

En el marco de problemas que identificó Hart en la reflexión sobre el derecho se encuentra el de la conexión *obligación –sanción*, la cual tiene como fundamento la presencia del sentido imperativo en la noción de derecho, de un sentido imperativo llevado o proveniente de una herencia conceptual que centró en la dimensión política la razón de ser de un sistema jurídico, ignorando dimensiones muy importantes que apoyan el comportamiento de los seres humanos en sociedad.

¹¹⁶ Uno de los fructíferos aportes que me dejó la lectura de Toh fue esta noción esclarecedora. Fue grato retomar en este texto la ruta trazada por la preocupación de los filósofos del lenguaje por mostrar el modo como éste va creando en diversas situaciones los diferentes sentidos que pueden tener las palabras. La lectura de Toh aún cuando se centra en las preocupaciones de Bentham, Rusell y Hart, me hizo volver a mirar las páginas de IF de Wittgenstein. Y esto, me amplió la comprensión de la lectura de los *Essays on Bentham*.

Una de las tareas de la empresa descriptiva emprendida por Hart, fue precisamente hacer visibles, tanto en el ciudadano común como en aquél revestido de facultades para aplicar normas jurídicas, lo que aparece cuando en el análisis se toman como elementos del mismo, las condiciones de contexto en las cuales se insertan conceptos sustantivos del derecho, o las expresiones que operan como sustitutas de conceptos clave porque ya traen incorporado el concepto mismo. Pienso por ejemplo en expresiones o enunciados tales como: “tienes que”, “hay que hacer esto...”, las cuales ya involucran la idea de obligación. Obligación como lo que “debes” hacer, porque es lo correcto; obligación como lo que debes hacer, porque es la norma, obligación como el cumplimiento de aquello que es la expectativa del grupo social con respecto al comportamiento del cual se trate. En la teoría de Hart, si se espera comprender o hallar la justificación de la presencia de algunas tesis, no se puede agotar el análisis en el tratamiento *compartimentalizado* de las mismas. Compartimentalizado, lo empleo aquí, como la opción metodológica de tomar los elementos de la teoría en general y analizarlos, evaluarlos y sopesarlos con base en una aprehensión *desconectada* de sus componentes y de los adjuntos de dichos componentes, es decir haciendo abstracción de nexos y vínculos entre los diversos elementos de algunas de sus tesis.

Para el ejercicio de ubicar tales conexiones, procedo a presentar lo que a mi modo de ver son las tesis sustantivas de esta teoría. Una vez puedo identificarlas, procedo a acceder a lo que serían sus atributos o propiedades, su función o rol en el esquema teórico del pensador Hart, de modo que se puedan identificar relaciones internas. A mi modo de ver puedo identificar cuatro bloques conceptuales principales en la teoría hartiana. Ellos son:

- Derecho como unión de reglas primarias y secundarias
- Principios subyacentes
- Regla de Reconocimiento
- Contenidos mínimos de derecho natural

Me interesan por supuesto, conexiones entre los dos últimos bloques identificados. Pero en aras a lograr su articulación considero válido el recurso a los dos primeros en el desarrollo de la descripción de las relaciones materia de este trabajo. Del rastreo aplicado al trabajo de los comentaristas de Hart, no ha sido posible encontrar referencias a este problema por cuanto la crítica, se ha centrado de modo particular en una u otra tesis de

forma separada. Se ha discutido sobre los problemas generados por la tesis del hecho social; asimismo sobre la tesis de la separabilidad. Se ha discutido además acerca de la organización jerárquica de las reglas secundarias; igualmente ha sido materia de debate la cuestión de la discrecionalidad otorgada a los jueces (Dworkin, Raz), la afirmación sobre la “textura abierta” del derecho (Dworkin,); asimismo ha sido cuestionada la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural (MacIntyre, Rivaya, entre otros); la afirmación acerca del tipo de problemas respecto a los cuales se hace imperativo investigar el derecho (Russell, Shapiro, entre otros). En ese fructífero debate que data ya de más de cinco décadas, algunas conexiones entre las tesis mencionadas se hallan aún en penumbra.

Aunque quizá para algunos, la pretensión central de esta teoría descriptiva fue dar cuenta del uso, es decir del modo *como* se insertan en un contexto y prácticas determinadas, los enunciados y conceptos típicamente jurídicos para partir de allí como paso previo a la elaboración de un boceto poco a poco remozado de lo que constituyen elementos del derecho, creo que en la medida en que se pueda aportar una articulación adicional a las tesis de Hart es posible promover mayor esclarecimiento en torno a la pertinencia, al sentido o, a la elucidación de algunas fuentes de dicha teoría que, quizá han sido tomadas y despachadas o descartadas con gesto obvio el cual a mi parecer, traduce un tratamiento trivial del asunto en cuestión. Quiero decir que en el caso que nos ocupa una tesis como la de CMDN ha sido parcamente considerada quizá por diferentes razones. Una, porque se considera que su fuente ya ha sido “exhaustivamente debatida” (Hume); Dos, porque ella, la tesis en mención forma parte de los fundamentos propios (y también presumiblemente, “ya suficientemente debatidos”) de una postura positivista típica que, como en el caso de Hume, ha sido objeto también de debates muy prolongados.

En lo que sigue trataré de plantear una caracterización quizá más rigurosa que la de los capítulos iniciales de este trabajo, para intentar dar cuenta del modo como puede pensarse, en la búsqueda de consolidar una articulación más depurada a la teoría hartiana, una conexión necesaria entre la noción de RR y la tesis de los CMDN.

3.4 Regla de reconocimiento como regla máxima

En el marco de esa teoría analítica del derecho como unión de reglas primarias y secundarias, la RR tiene importantes funciones que han sido ya discutidas por otros comentaristas. Entre ellas, juega un papel no despreciable, el rol de dotar *de unidad* a un orden jurídico. Su labor consiste en aplicar criterios vigentes que permitan reconocer como válidas las normas particulares del sistema. En este sentido la regla de reconocimiento, tal como la concibe Hart, no es una declaración explícita, registrada en algún documento autoritativo que señale, de modo categórico cuáles son los criterios que en un momento dado pueden servir para reconocer normas particulares. No es así como la piensa Hart. En la óptica y marco metodológico asumido por el autor de esta tesis, dicha regla “se da por admitida” en tanto los funcionarios realicen en el ejercicio de su labor en el contexto de las administraciones judiciales, el reconocimiento de normas a través de los criterios de validez proporcionados por ella.

Al identificar las normas, lo que hace un funcionario es repasar la cadena de validez, lo que lleva a cabo ubicando las normas que 1) autorizan la creación de una nueva disposición respecto al asunto materia de la norma en estudio, y esto puede llevarlo a remontar en dicha cadena de validez, diversos niveles jerárquicos normativos; 2) al mismo tiempo, ha de considerar en dicha ruta la red de fuentes jurídicas admitidas por la Constitución política respectiva, dado que ellas forman parte especial de aquella cadena de validez. Por esta razón en ese recorrido el funcionario incursiona, de acuerdo a la práctica aceptada, en los contenidos que *al momento de la identificación*, son los contenidos insertos en la regla práctica de reconocimiento correspondiente.

No se tratará únicamente de ubicar la validez en cuanto a las especificaciones fijadas por reglas secundarias de cambio efectivamente promulgadas que cobijan al asunto objeto de la norma a identificar, sino que además habrá de considerar, adentrándose por rutas jurisprudenciales, por ejemplo aquellos criterios que han hecho carrera y, por *mor* de circunstancias cambiantes, por ejemplo, la evolución del derecho administrativo para estas primeras décadas de siglo XXI, requieren su atención. La práctica aceptada es entonces

ésta. Este es el *contenido*¹¹⁷ de una RR, y dicho contenido, por tanto será variable en razón a cambios suscitados y/o propiciados por la interacción social y en atención a transformaciones radicales de diversos tipos y grados de transformación social. Ella también dará cuenta del orden de preferencia de cómo serán aplicados los criterios de validez para la identificación. Pero la pregunta es: ¿cuáles son los ejes de referencia de tal práctica aceptada? ¿cómo aplican los funcionarios este orden de preferencias de los criterios de validez en dicha práctica?

Para aclarar o precisar algunas cosas relacionadas con este hilo de interrogantes, me serviré en este momento de ciertas precisiones señaladas por Marmor. Destaca este autor que muchas de las confusiones a las cuales se ven abocados los críticos de la RR y más exactamente, los antipositivistas como Dworkin y en algunos casos, los mismos partidarios del *soft positivism* son debidas a la ausencia de distinción entre dos nociones básicas: lo que él denomina *convenciones* a secas y las *convenciones constitutivas*. Al respecto afirma:

Las convenciones juegan un papel importante en la configuración de algunos de nuestras concepciones morales, particularmente con respecto a los llamados conceptos morales "gruesos". El contenido de conceptos tan gruesos como "vergüenza", "castidad", "cortesía", etc., está determinado en parte por las convenciones sociales. No deseo negar esto. El punto aquí es diferente, a saber, que las convenciones **constitutivas** no tienen un papel que desempeñar para determinar que debemos actuar de acuerdo con razones morales. Hay razones morales y otras *prácticas* para actuar, independientemente de las convenciones. Las convenciones pueden constituir parte (¡pero solo una parte!) de lo que significa actuar moralmente en esta o aquella situación. Pero no pueden *constituir* razones para actuar de acuerdo con las razones. (Marmor, 2019, p.3)(negrillas y cursivas mías)¹¹⁸

Es decir que, las razones morales no pueden provenir de un tipo de convenciones como las constitutivas que dan lugar a la existencia de una o unas reglas de reconocimiento, porque las razones morales "y otras prácticas" según Marmor, aunque ciertamente ligadas a convenciones sociales, atienden a otro juego de relaciones que no conllevan aquel tipo

¹¹⁷ Se cuestiona la afirmación precedente cuando se afirma que no se trata de contenidos. Mas adelante explico porqué utilizo esta expresión.

¹¹⁸ Traducción mía.

de vínculos, actitudes y de características distintivas que hacen de una norma jurídica, un elemento de un ordenamiento jurídico susceptible de ser identificada por éste. Por tanto, ese macronivel¹¹⁹ que algunos partidarios del enfoque iusnaturalista otorgan a las razones morales, al afirmar que son ellas, las normas morales, las que aportan *razones para actuar de acuerdo a razones* en el marco de un ordenamiento jurídico, no se sostiene como requerimiento que determina el comportamiento de ciudadanos y funcionarios, dadas las connotaciones ya evidenciadas de las convenciones constitutivas. Por esa razón, no puede dar cuenta, de las *razones para actuar de acuerdo a razones* de las que sí dan cuenta las reglas del derecho. Entiendo aquí que, en esta última expresión, se refiere a razones como guías para la acción en asuntos cotidianos de la existencia, todos aquellos asuntos contenidos en el marco jurídico en el discurre la actividad de las personas en un determinado grupo social.

Esta hermenéutica que despliego acá en torno a la transcripción de lo afirmado por Marmor, quedaría inconsistente sin traer a colación que, según el mismo autor citado, tampoco es prioritario para una norma del sistema, el que por ser válida deba cumplir con el requisito de la eficacia¹²⁰; o tampoco es necesario, que subsista la idea de que la *validez* sólo será garantía de aplicación en tanto nos refiramos a normas del sistema nacional. Pues hay formas de mostrar que, de acuerdo a las circunstancias de desarrollo del derecho de los tratados por ejemplo como ya he señalado antes, una norma o disposición suscrita por un país en un tratado internacional, puede llegar a ser válida y por tanto aplicable en circunstancias de urgencia extrema, en el contexto interno de aquel país, incluso cuando, aquel país no ha surtido el proceso interno de validación de sus compromisos a nivel de aquel tratado.

¹¹⁹ Como por ejemplo los 8 principios de la moralidad interna del derecho, planteados por Fuller.

¹²⁰ En este punto, también se une a Hart, para quien la idea de la eficacia no es requisito de validez, toda vez que acepta que en una comunidad determinada pueden coexistir quienes adhieren a la práctica que configura una norma desde el punto de vista interno o desde el punto de vista externo, perspectivas que hago equivalentes a Aceptación es a punto de vista interno como Obediencia es a punto de vista externo.

A mi modo de ver en este artículo se alcanzan varias precisiones que suponen una lectura en profundidad de los rasgos puntuales de la RR. El anotar estas últimas apreciaciones en torno a las peculiaridades de los estados de las normas jurídicas con respecto a la eficacia y la validez, se hace relevante para prescindir de la *yunta* de un macro nivel moral que de un modo u otro sí necesita incorporar la condición de la eficacia para poder afirmar que existen tales y tales convenciones que constituyen moral positiva.

Por otro lado, en este documento de Marmor, se controvierte la función declarada por Hart de la RR, de "*conjurar la incertidumbre*" como la función básica de la regla de reconocimiento. Lo que afirma Marmor es que si las RR son producto de convenciones constitutivas, dichas convenciones no están ahí para crear una cierta interpretación del derecho inequívoca e incontrovertible sobre aquellos aspectos de nuestra vida que bien podrían por otra parte, permanecer inciertos y difusos... (Marmor,2019,p.4) y de ese modo, despejar la incertidumbre; ellas están allí (las convenciones constitutivas) *para crear un dominio social donde valga la pena vivir*¹²¹. Entonces, si este es el sentido preciso al pensar en la existencia de convenciones constitutivas, sentido que, en últimas, desde la óptica de la articulación buscada en este trabajo investigativo, se ajusta a satisfacción a las prioridades del interés público que media, articula o regula la relación entre los variados intereses privados de los asociados: es de hecho, esta afirmación, a saber, la *construcción de un dominio donde valga la pena vivir*, la que mejor aplica a la justificación de la existencia de aquellas convenciones constitutivas que fijan o adoptan tales y tales criterios de validez. Ahora intentemos dar respuesta al interrogante inevitable: ¿Pero, porque se ajusta "a satisfacción"? ¿Porqué tomar las convenciones constitutivas como punto de partida si de lo que se trata en este examen es de buscar conexiones entre RR y CMDN?

Para responder a tales interrogantes es necesario recordar que cuando estoy hablando de RR estoy hablando de una convención constitutiva; esto es, me refiero a una práctica establecida que logra crear patrones y supone la aceptación que expresan los funcionarios

¹²¹ Pero no se trata en este caso de una expresión de Marmor. Ya Hart había utilizado esta expresión en el desarrollo de su argumento sobre su tesis del contenido mínimo de derecho natural. Al respecto ver: p. 86. Cap 2 de este trabajo. Y lo que hace Marmor es traerla a la discusión sobre el rol de una RR.

con su comportamiento al hacer uso de unos referentes de validez, a su vez validados por convenciones constitutivas precedentes y continuamente en la práctica misma. Y digo que es constitutiva porque este carácter es lo que imprime a estas decisiones la obligatoriedad de acogerse a ellas, por parte de los ciudadanos. Es decir, tales comportamientos institucionalizados de los funcionarios de modo transitivo reenvía como razones de acción (excluyentes) a los ciudadanos estas decisiones.¹²² Debido a esta particularidad que le imprime nueva fuerza a las decisiones, comparto con Marmor la noción de convenciones constitutivas para dar cuenta de la RR porque de hecho, no se trata de una práctica llana, o “robotizada” sólo sujeta a su producto inmediato.

¿Y qué ganancias tiene para la teoría hartiana, retomar dicha tesis desde esta perspectiva afincada en la noción *convenciones constitutivas*? A mi modo de ver, así pueden resolverse algunas dicotomías pseudoproblemáticas creadas por la interpretación asistemática de las tesis hartianas, las cuales aíslan sin beneficio de inventario el núcleo sustancia de su trabajo analítico, que para lo que intento demostrar aquí, es un tipo de deconstrucción del concepto “*derecho*” tal como éste era concebido por la tradición jurídica hasta la primera mitad del siglo XX. Pienso en dicotomías como la originada en la distinción reglas y principios, propuesta por Dworkin.

Entiendo la misión de Hart como el esfuerzo sostenido por despojar de principios trascendentes los fundamentos de un orden jurídico. Si la tarea de Kelsen se hace más explícita en lo que respecta a la separabilidad política-derecho, la de Hart se ubica en la empresa por definir la separabilidad moral-derecho sin incurrir en las radicalizaciones enfáticas que algunos comentaristas le atribuyen¹²³. Por supuesto, hoy por hoy es

¹²² Se nos hace necesario en este momento remitirnos a la teoría de las formas de la autoridad en Raz para sostener esta interpretación del modo como se opera el actuar de la validación de normas particulares. En esa línea, opto por señalar que aquí se da la ecuación de las razones dependientes que emite la autoridad judicial que respaldan razones excluyentes para los ciudadanos.

¹²³ Como la ya citada de Dworkin cuando se niega a ver en el corpus de un sistema jurídico la presencia de los principios. Una cosa es que se encuentren “disueltos” en el cuerpo de normas. Otra, negar su existencia porque no existen como promulgados de manera explícita por la norma positiva. En el caso Riggs Vs Palmer, no existía el principio declarado explícitamente pero es la concurrencia de la actividad de los jueces, cuya experiencia les permite contrastar los propósitos dirección o espíritu de las normas, lo que permite en un momento dado que se hagan visibles los principios.

relativamente fácil establecer la distinción entre las reglas morales y el ámbito de las reglas jurídicas. Lo que no es tan fácil de admitir es pensar que hay una relación equilibrada entre estos dos componentes o aceptar que existe algo de pertenencia del uno en el otro.

Pero debo retornar a Marmor, para dar cuenta de porqué el ajuste a satisfacción de la expresión “construir un dominio en que valga la pena vivir” que ha tomado en su discusión sobre el carácter de una RR mencionada en párrafos anteriores. Esta es una expresión digna de ser tenida en cuenta porque en sí misma muestra cómo el uso “grava” los significados establecidos en el marco de una semántica tradicional, de otros contenidos mucho más complejos. Si algo “vale la pena” es lícito preguntarse “¿vale la pena...de qué?” Por ejemplo, cuando me invitan a un concierto, cuando me ofrecen un programa de viviendas, cuando me ofrecen fruta fresca en el mercado a precio de promoción...¿en qué radica el “vale la pena” en estos casos? Valen la pena los preparativos que hay que hacer para estar en dicho concierto, la inversión de tiempo, la inversión de dinero, posponer un compromiso previamente adquirido; vale la pena el ahorro sacrificado que me impone postularme a ese programa de vivienda, el sacrificio de ciertos pequeños placeres que implica incrementar esa cuota mensual para el pago del plan de vivienda; vale la pena el riesgo de que la fruta en promoción pueda salir de baja calidad, el tiempo que me demore escogiendo las mejores, el soportar la incomodidad de un local lleno de gente atraída como moscas por el anuncio de los precios de promoción. Entonces, la expresión “vale la pena”, muestra que cuando quiero tener algo útil, valioso o ajustado a mis necesidades hay siempre de por medio una cuota de restricciones, de sacrificio, de cuotas menores de bienestar que, comparadas con el objetivo mayor en juego, pueden ser consideradas irrelevantes ante el peso total de aquel objetivo mayor.

De vuelta al contexto en el cual se produce el enunciado en cuestión, es inevitable considerar que, construir un dominio “donde valga la pena vivir” es el rol fundamental de una RR. En el examen de los otros términos presentes en dicha expresión enfocamos ahora el término “valer”. Valer como el atributo intrínseco de una acción humana, o de una actividad cargada de sentido. Validez como una propiedad sustancial de aquello considerado como válido. Válido no por cumplir con un requisito formal sino porque se

asocia a un propósito considerado valioso en esa comunidad; porque además, cumple el requisito de ajustarse a las reglas de juego propicias para el logro de dicho propósito o meta final. De esta forma, es válido pensar que entre RR y CMDN existe una relación medio-fin que como tal, exhibe caracteres sustantivos y adjetivos. Por lo anterior, la noción de validez en torno a esta relación, trasciende la idea de validez formal (o “pedigree” intrínseca al sistema) y participa tanto de una dimensión sustantiva como adjetiva.

En ese sentido, mi posición respecto a la regla de reconocimiento está a medio camino entre quienes aceptan la presencia eventual de criterios de contenido en la regla de reconocimiento, que son obviamente, quienes se encuentran en las toldas del positivismo incluyente, entre ellos Hart, Coleman, entre otros, partidarios de una relación contingente entre derecho y moral, donde también podría ubicarse los antipositivistas-iusnaturalistas como Dworkin, y los que se declaran totalmente radicales a considerar una relación, tales como el creador de la tesis de la justificación independiente del contenido, es decir, Joseph Raz.

Y digo a medio camino, porque afirmo que incluir esas “verdades obvias” que constituyen los CMDN, no puede calificarse como inclusión de un criterio de contenido: aportan, a través de la RR el criterio racional que da *sentido* al sistema. Por ello, dicha tesis -CMDN- aunque no alberga sino de un modo amplísimo asuntos compatibles con los contenidos específicos de los cuales puede tratar cualquier norma particular del sistema, tiene como atributo esencial al dar cuenta de *aquellos contenidos*, el ser portadora de *Razones Básicas*¹²⁴, las cuales, reitero una vez más, dotan a la RR de aquella justificación cuyo efecto es la aceptación convencional de funcionarios y ciudadanos. Comparto aquí con quienes piensan que la RR es una regla de obligación para los funcionarios y de modo transitivo, sus decisiones se constituyen en decisiones autoritativas, y de obligación para los ciudadanos.

¹²⁴ Yo aquí prefiero llamarlas así “razones básicas”. Y lo hago así porque pienso que esta expresión me aleja de la noción de *razones prudenciales*, tal cual lo maneja el racionalista práctico por ejemplo en Nagel (1970) *La posibilidad del altruismo*. Pero lo anterior no obsta para afirmar que las razones prudenciales también podrían aplicarse en el contexto que nos ocupa como *razones prudenciales colectivas* en las cuales el interés particular cede ante un interés general pensado como asunto de supervivencia presente y futura.

Obviamente, para un partidario del derecho “como integridad” no tiene sentido aceptar una regla de validez que ponga en cuestión los asuntos morales insertos en una norma particular y que además, desde su perspectiva integrista, sea incapaz de someter a evaluación los principios morales mismos, pues considera que éstos son parte integrante de un sistema jurídico, según la teoría radical no-positivista dworkiniana¹²⁵. Aceptar la existencia de la RR es para Dworkin, aceptar la idea del derecho como combinación de reglas primarias y secundarias. Por consiguiente, como resultado de su concepción del “derecho como integridad” tampoco aceptará la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de la separabilidad. No es capaz de realizar una recepción de ninguna tesis de esta teoría, en razón a la urgencia por cuestionar los asuntos de ella más álgidos para su propia postura teórica. El debate se afina en la distorsión de muchos de los asertos de la teoría hartiana, al punto de tornarse tendencioso, falaz y poco riguroso cuando, al exponer dichas tesis de modo previo al análisis, omite, confunde o minimiza aspectos sustantivos para su comprensión general.

Por ejemplo, Dworkin inicia su análisis del asunto moral *en* las afirmaciones sobre los elementos constituyentes del derecho en Hart o, al atacar la tesis de la discrecionalidad olvida o prescinde de la contrastación desde las fuentes que informan el pensamiento de Hart. Por ello incurre en la temeridad de negar la presencia de principios en la teoría hartiana, elementos presentes e identificables. Basta remitirnos a MacCormick para ver lo absurdo del sesgo en que incurre Dworkin llevado de la pretensión de desvirtuar tanto la tesis de la RR, como la de la separabilidad y la discrecionalidad judicial en casos difíciles. Veamos aquí algún fragmento donde MacCormick expresa algo de lo que omite Dworkin en sus críticas a la tesis de la separabilidad:

For those who join in asserting the Hartian principle in favour of moral liberty and moral pluralism within the coercive legal ordering of a contemporary state, the law is always and necessarily morally relevant. For it is always subject to moral criticism. This is a feature that

¹²⁵ Obviamente Dworkin no reconoce a la RR como convención constitutiva.

any system of positive law shares with any positive morality, since both constitute social constraints on acting, the legal constraints being also physically coercive. (MacCormick 2008, p. 1049).

En el texto arriba citado, lo que ratifica MacCormick es que no hay una negación de lo moral sino por el contrario una afirmación de su rol en el marco de las restricciones válidas aceptadas por un grupo de personas, que hacen posible la subsistencia de un orden social. No hay un desconocimiento sino la expresa aceptación de lo que, desde su campo de acción, la moralidad positiva puede aportar en la crítica de un sistema jurídico. Pretender y propugnar la libertad y el pluralismo moral no es sino la aceptación de que existe esta dimensión y que su existencia expresa una condición de la existencia tanto colectiva de las personas como de ellas consideradas individualmente.

Volviendo a Dworkin, vale reiterar entonces que, puede darse y de hecho se da, el que algunos principios que operan en el ámbito jurídico provengan de la moral positiva. Pero de ello no se infiere que, dada la aceptación formal que de ellos se hace en el orden jurídico, los principios morales *son* los que perviven en la forma de reglas primarias o secundarias a lo ancho y largo del planteamiento de la teoría práctica. Volviendo al más citado de los principios señalados por Dworkin “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” por ejemplo, él insiste en que tal principio proviene de la moral y por su naturaleza de principios, no alcanza a ser evaluado como criterio de validez susceptible de ser tenido en cuenta por una RR.

A mi modo de ver sí se trata efectivamente de un principio jurídico. Y afirmo lo anterior por la siguiente razón: Es un principio que se nutre de aquellas razones básicas que hemos expuesto anteriormente: aquí en la conducta de un beneficiado económicamente por la comisión de delito sobre un ascendiente (asesinato de abuelo, padre o tío con propiedades, es decir a algún miembro de la pirámide de sucesión formalizada en nuestro sistema jurídico, y en la cual la ley le ubica en razón a su parentesco como legítimo heredero). Lo violado acá son razones tales como la prohibición de la violencia, el engaño, el no sostenimiento de la promesa y deber de lealtad que se tiene para con todos los seres humanos pero en particular para los parientes consanguíneos que hicieron posible el desarrollo o crecimiento de quien ahora se convierte en victimario de su propia estirpe

Lo que se sanciona no es en ningún caso *intención* de causar daño, que es lo que atañe a la esfera de la moralidad positiva: se sanciona una conducta determinadora de un hecho consumado calificado con sanción en el ordenamiento penal. Esta es la parte correspondiente al derecho penal. Pero el cruce del procedimiento civil de sucesión con el del procedimiento penal que declara la responsabilidad, se hace posible en atención a esas razones básicas antes mencionadas, y a través de los diversos mecanismos dispuestos por las normas de procedimiento que deben tenerse en cuenta para saneamiento de los procesos que adelanta.

Para aclarar un poco algunos términos, al lector no familiarizado con asuntos jurídicos: Cuando digo dolo digo daño causado deliberada e intencionalmente: En el mundo jurídico existen dos conceptos clave para determinar responsabilidad: el dolo y la culpa. En el caso del dolo, es la situación en que el victimario actúa plenamente en sus facultades, programado para el ilícito que comete, y en tal situación es usual que concurren agravantes tales como: estado de indefensión inducido de la víctima, planeación previa del ilícito, aprovechamiento de circunstancias físicas apropiadas, entre otros factores. En el caso de culpa tales circunstancias pueden estar ausentes o ser fortuitas, y no acompaña al victimario el deseo, la premeditación de causar daño a la víctima. Quiere esto decir que en el principio "nadie puede beneficiarse de su propio dolo" se está aludiendo (y con términos típicos del uso jurídico) a este componente de la premeditación y la alevosía, sobre todo cuando, en el caso examinado, con el deceso de la víctima, automáticamente adquiriría el victimario el status de heredero legítimo debido a su relación de parentesco con el occiso. Posteriormente en razón al cumplimiento de leyes de sucesión, es decir, de normas particulares en el marco de reglas secundarias de las que confieren facultades a funcionarios y ciudadanos, el victimario sería beneficiado. ¿Qué hicieron los jueces en ese momento previo a la identificación de tal principio? Trazar una línea que unía dos ramas diferentes del sistema jurídico y hacer aflorar el principio que allí estaba, *disuelto* entre las normas.

En definitiva, sigo viendo las críticas dworkinianas sesgadas y desconectadas por el hecho de no hacerse consciente el crítico norteamericano de que su argumentación está siguiendo el *principio del contexto* (Toh, 2015,p.339) y por tanto, es como que algo azaroso, pensar en la fiabilidad de sus asertos cuando el horizonte hermenéutico de interpretación que tiene para su ejercicio crítico está ligado a un nicho cultural de distinta tradición. La construcción misma de la sociedad norteamericana, como afirmara Weber (Weber, 1977,p. 351), estuvo en cierta forma determinada por características de hondo arraigo en el imaginario del pueblo norteamericano, en particular aquellas de orden religioso, que no es la oportunidad de debatir aquí, pero que han de ser tenidas en cuenta si aspiramos a comprender la “urdimbre” de los argumentos de Dworkin.

Por ello, es válido que a la hora de indagar elementos para la articulación materia de este capítulo no se desdeñe el rol de principios, ya sean provenientes de creencias ancestrales, míticas, religiosas, entre otras, principios surgidos en el contexto de la racionalización del mundo pero cuya base, como sugiriera tanto Rusell como Bentham, es posible encontrar más allá del ejercicio de razón mediante el cual se formulan.

Una vez tenemos clara la naturaleza de los principios, podemos aceptar que ellos pueden encontrarse decantados en haces de normas particulares diseminadas por diferentes procedimientos reglados en un sistema jurídico. Por ejemplo, si miramos las condiciones amplificadoras del tipo penal podríamos identificar circunstancias en las cuales los actos ilícitos son evaluados en relación a tales dispositivos, que entre algunas de sus especificaciones contemplan la necesidad de ampliar como delito agravado aquel que, por ejemplo, se realiza sobre alguien en evidente estado de indefensión o de subordinación por razones de parentesco o de relación laboral, o pueden promover que las relaciones de parentesco entre el transgresor y su víctima incrementa la ilicitud de la conducta punible.

Otra cosa es, que en las normas no se mencionen o invoquen de modo explícito los principios en los cuales descansan tales disposiciones. Y esto es así, dado que ellos, los principios se van decantando al amparo de las mismas decisiones de los agentes, porque, en tanto principios fundamentales del sistema han estado siempre en la base de las reglas que lo constituyen, pero que sólo a partir del ejercicio de racionalización al que conlleva la sistemática actividad de aplicación normativa, van surgiendo como estándares

fundamentales, como los derivados por ejemplo, del análisis de las condiciones mínimas de existencia, a saber, de los *contenidos mínimos de derecho* natural y que estarán presentes en cualesquier ordenamiento jurídico, al menos si se trata de mirar de manera comprensiva sistemas jurídicos contemporáneos. Permítaseme hacer analogía con una metáfora mencionada al inicio del capítulo 1 en torno a los conceptos, para aplicarla a los principios. Los principios son el fruto de una sedimentación lograda a lo largo de un período de tiempo, en el cual han ido acumulando capas como las rocas, y afloran a la superficie luego de un proceso de racionalización de esa actividad desarrollada institucionalmente que llamamos actividad judicial y actividad jurídica.

Porque a dónde más apunta el principio de “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” sino al interrogante: ¿Cómo puede ser recompensada una conducta violatoria de la más elemental noción de derechos que ampara la vida, honra y bienes de una persona? ¿Bajo qué estándares de convivencia se puede permitir que quien viola una de sus reglas básicas pueda resultar, por asuntos de parentesco o de circunstancias sobrevinientes, beneficiado por la misma conducta ilícita? ¿Dónde ubicar el propósito de protección y seguridad bajo el cual se justifica un Estado social de Derecho, si, en el seno de aquella sociedad, se hace lícito permitir que los violadores de normas puedan sacar provecho de estas conductas?

Entonces, no hay forma de avalar los cuestionamientos de Dworkin si en aras de un ejercicio de honestidad intelectual traemos al análisis, no partes seleccionadas tendenciosamente sino el compendio total de las tesis¹²⁶ que conforman una teoría como la de Hart, para entonces sí, desde esa perspectiva amplia, aplicar los instrumentos del análisis y de la crítica que se quieran. En esta línea crítica a los cuestionamientos de Dworkin se ubican trabajos más recientes tales como el de Toh que permiten dar cuenta de estas limitaciones y precariedades de la crítica no sólo de Dworkin sino también de Raz. Así se expresa Toh:

¹²⁶ No para abordarlas al unísono pero sí para mostrar el escenario completo de ese agenciamiento que supone la creación de nuevos entramados conceptuales, porque ello permitiría apreciar y sopesar debidamente los factores involucrados en la argumentación que sostiene las tesis correspondientes.

In a way, the possibilities I have in mind are old possibilities. They were the possibilities that Hart's work suggested but then were obscured by Ronald Dworkin and Joseph Raz's works, including their influential presentations of Hart's legal theory. Although I will not be trying to substantiate this claim in what follows, it is my opinion that Dworkin and Raz are largely responsible for the predominance of the aforementioned leitmotifs. Misha Mengelberg, one of my favorite jazz musicians, once said that he has been trying to compose and play the kind of music that would have developed if John Coltrane had never come on the jazz scene.¹ Similarly, I am eager to explore some possibilities that would have developed if Dworkin and Raz had never come on the legal philosophical scene. And this paper is a preparation for explorations of such possibilities. (Toh, 2015,p.333)

En razón a estas constataciones que buscan despejar algunas tesis algo ignoradas de la teoría hartiana, me parece relevante y a la vez un punto de oportunidad, redefinir las tareas en torno a unos extremos poco explorados y además desconectados, que debido a tal desconexión sufrida en la hermenéutica crítica de algunos de sus intérpretes, parecen ocultar la dimensión funcional propia de un sistema jurídico. En ese sentido, este argumento de la conexión entre *contenidos* de derecho mínimo natural y regla de reconocimiento, busca proveer al analista de cualquier sistema jurídico contemporáneo de algunas razones útiles, válidas como herramientas para desactivar la relación Efectividad=Represión que, a pesar de los esfuerzos teóricos de Hart y posteriormente, de MacCormick, entre otros, aún permanece como un mito en muchos practicantes, agentes judiciales y ciudadanos del común, en la mayoría de contextos occidentales.

Por tanto, suscribo con Marmor la aserción que la función de las convenciones constitutivas siempre ha sido propiciar la construcción de un mundo donde realmente la existencia humana tenga posibilidades de desarrollarse a plenitud. Así, afirmo que, la perspectiva humeana asumida por Hart para dar cuenta de los llamados *contenidos mínimos de derecho natural* se mantiene hoy, en una evaluación de su teoría a más de cincuenta años de su publicación. Es para mí claro que, como sustento o soporte de una propuesta teórica que coloca en la descripción la base metodológica de su construcción, esa tesis, la de los CMDN ha cumplido y cumple - el rol estratégico, capital - de proporcionar la articulación de *motivos* potencialmente capaces de generar patrones de comportamiento en los integrantes de un grupo social. Y es precisamente esta tesis CMDN, portadora de elementos sustantivos que vinculan el propósito general de la convivencia, uno de los extremos que configuran la relación medio-fin que aporta sentido a la existencia de un sistema de prácticas que sólo puede entenderse como tal, a la luz de la presencia de una actitud normativa-reflexiva entre sus miembros.

La articulación de estos mínimos en la regla máxima implica una conexión de doble naturaleza, problemática por demás, si se acepta que la regla de reconocimiento no es una regla de contenido, a pesar de compartir algunas características de las reglas primarias. Por este motivo, la validez en tanto propiedad formal, no puede evaluar los criterios que pueden mirarse como “*contenidos mínimos de derecho natural*” Entonces, ¿será posible concebir tales contenidos de una manera que permita su articulación con dicha regla? Las relaciones susceptibles de establecer son formales pero también de contenido; para el caso que nos ocupa llamaremos contenidos “peculiares” a un conjunto de *razones básicas* que derivan de aquellos CMDN, razones básicas que no provienen de ninguna forma de razonamiento práctico subjetivo tal como las expuestas por algunos filósofos de la razón práctica como Nagel (Nagel, 1970, p.54), sino *razones prudenciales* emergidas de las fuentes sociales de todo marco normativo.

Si traducimos a principios los referidos contenidos, es posible encontrar alguna correspondencia no forzada entre aquellos y las exigencias básicas de la convivencia, como puede observarse a continuación en la Lista de tablas:

Tabla 1

Contenidos	Tendencias instintivas	Principios
Vulnerabilidad humana	Ataque al Otro	No Violencia
Igualdad material aproximada	A la dominación o sojuzgamiento	Igualdad formal
Altruismo limitado	Al interés particular y en menor grado, a ayudar a los demás	Solidaridad
Recursos limitados	Asegurar medios de subsistencia	Trabajo
Comprensión y Fuerza de voluntad limitadas	Tentación a seguir los intereses inmediatos.	Libertad y Respeto a bienes Personas y familia.

- Los hechos naturales, tipificados aquí bajo el rótulo “contenidos” suministran una razón para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deban incluir un contenido específico. (Hart, 2012, p.239).

De este modo se produce el *primer nivel de articulación*, que inserta los contenidos mínimos como contenidos específicos de la gran mayoría de reglas primarias, creando de esta forma la relación de pertenencia inicial. Dada las características compartidas señaladas antes, en atención a la obligatoriedad intrínseca de reducir incertidumbre, como reducción de complejidad de un sistema, se hace patente la necesidad de aportar criterios para sostener la identidad del sistema, con lo cual se produce el *segundo nivel de articulación*, es decir, la incorporación de estos *contenidos mínimos* traducidos como razones básicas como criterios de orden *sustantivo especial* que avalarán la condición de reglas pertenecientes al sistema, a las normas particulares constituídas o promulgadas.

3.5 Crítica a la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural

Antes de proceder a hacer reseña de tales críticas, quiero precisar que para los propósitos de este trabajo, voy a entender y a intentar explicar estos términos de un modo más cercano al contexto de los sistemas jurídicos contemporáneos, para lo cual hago explícito entonces, que me refiero de manera muy puntual a normas que forman parte de un sistema altamente institucionalizado, y que como tales, han sido promulgadas previa deliberación y han seguido un procedimiento de creación previsto en la carta constitucional respectiva. Inicio por precisar la expresión coerción. La palabra coerción en contextos jurídicos, hay que entenderla como la *advertencia* inserta y subyacente en los términos explícitos de las normas jurídicas promulgadas que declaran un comportamiento correcto. En otras palabras, la norma jurídica es por naturaleza exigible o autoritativa (Ruiz, 1991, p.333-337). Aquí seguimos la lógica del *es capaz de derivar a un debe* (Searle, 1964, p.52), aplicada directamente al lenguaje jurídico institucionalizado; esto es, de aquellos juegos de lenguaje propios de contextos judiciales para señalar que aún las normas jurídicas positivas de tipo declarativo portan el elemento coercitivo. Por ejemplo, cuando pensamos en las normas

del derecho de familia, normas declarativas que señalan el respeto y el cuidado que han de ser cultivados en el hogar. O, cuando al inicio de la Constitución colombiana se declara que “*La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*”. En el enunciado anterior, aun cuando la segunda parte trae implícita la noción de obligación, la primera muestra de modo subyacente esa advertencia propia del lenguaje normativo incluso cuando se trata de este tipo de normas declarativas.

Por otro lado, la expresión coacción o coactivo se aplica a esa fuerza o poder que faculta a aplicar la fuerza para lograr el cumplimiento de una sanción prevista en el orden jurídico. El objetivo de la anterior distinción no es otro distinto a destacar la capacidad de una norma jurídica para proporcionar razones para actuar a los individuos en una sociedad dada. Aceptadas estas notas distintivas de las normas jurídicas, es claro que suscribo la tesis hartiana del derecho como un instrumento de control social cuya primera misión, - y a ella me refiero al aludir al elemento coercitivo en primera instancia- es proporcionar las bases que permiten a los ciudadanos ajustar su comportamiento a los estándares establecidos. Esto es así porque dichos estándares, en tanto asunto relativo al margen de acción del asociado que vive bajo esas normas en dicho sistema, proporcionan a sus cobijados, razones para actuar. Dichas razones para actuar van más allá de estándares morales, en tanto proporcionan razones para actuar de acuerdo a razones, como ya se mencionó antes en la cita del trabajo de Marmor¹²⁷.

De modo que en mi perspectiva, la noción primaria o básica de toda norma en un sistema jurídico es el *control a prevención*, el cual identifiqué con la noción de coerción que imprime fuerza sugestiva a la invitación a ajustar el comportamiento de conformidad con la norma, al proporcionar razones para actuar de esa determinada manera. Y, sólo en segundo lugar impone el sistema el *control jurídico privativo* que es la coacción instituida, la fuerza legitimada que actúa una vez que la primera, es decir el control a prevención, ha fallado. Por tanto afirmar que este es control privativo del derecho no equivale a afirmar que tal

¹²⁷ Ver cap. 2, p.132. Ello para constatar que el examen desplegado por Marmor, tiene por referente las tesis elaboradas por Raz para dar cuenta de la noción de “autoridad legítima”.

derecho ejercido por un sistema jurídico, no incluya el control a prevención del cual hablamos antes.

Pero ¿de dónde es posible inferir tales nociones, de modo que pueda aceptarse la idea del derecho como práctica legitimada? ¿Del sólo paso por el sistema procedimental establecido? ¿De la función procesal de las reglas de cambio que prescriben los procedimientos de creación de leyes? A mi modo de ver, si se trata de mantener la coherencia en la teoría analizada, es decir en las tesis que conforman el cuerpo de la teoría hartiana, hay que mirar en un sistema jurídico complejo como los sistemas contemporáneos, el elemento coercitivo que atraviesa todas las ramas existentes en dicho ordenamiento. Es preciso observar la caracterización de componentes estructurales de las llamadas reglas primarias para comprender de qué modo operan las normas que regulan un determinado patrón de comportamiento. Será preciso recurrir al instrumento metodológico de una descripción densa que permita ver en la norma positiva, los *contenidos* mínimos implícitos en ellas, para comprender la exigencia al funcionario de tenerlos en cuenta en la evaluación de conflictos jurídicos relativos a asuntos de interés público. Las reglas que rigen este acercarse a las normas para dirimir conflictos entre ellas, colocan a los funcionarios en contextos **normativos válidos** y bajo la obligación que les compete de tomar decisiones en los conflictos sometidos a su arbitrio, cumplir con la función de acreditar la validez de las reglas sometidas a su evaluación.

Por eso era una necesidad sustantiva, para la fundamentación que avizoraba, partir de Bentham y Austin porque es este legado, junto al de Kelsen -por supuesto- el que tiene ante sí de modo inmediato Hart. Debía hacerlo así en tanto su preocupación por el estudio analítico lo sitúa en esa línea, pero además: era preciso dar cuenta de aquellos desarrollos que, *prima facie* considerados extrajurídicos, sí interrogan de lleno el lenguaje normativo jurídico. Porque, al aplicar la metodología de análisis lingüístico a los enunciados que son comunes en el lenguaje jurídico, encontraba la clave para su elucidación, dado que, en dichas expresiones jurídicas, oscurecidas pero preservadas dogmáticamente, podía dar cuerpo a la tesis capaz de desvirtuar la tradición empeñada en abordar el estudio del derecho de forma aislada. De esta manera el horizonte se amplía profundamente, se complejiza y al tiempo se enriquece con nuevas perspectivas a considerar para el estudio de la normatividad.

De forma que con el giro hacia la dimensión pragmática del lenguaje¹²⁸, Hart abre puertas a un enfoque funcional y por tanto, no dogmático de dichas normas y por esa línea permite que se vean en todo su esplendor las normas jurídicas: esto es, con su capacidad de jugar un rol preventivo, de aportar por ello razones para actuar, con características distintivas de las que aportan para propósitos similares, las normas morales. Así, prescindiendo de tal esquema, a saber, *órdenes-amenazas-sanciones*, se recupera ese espacio de lo social, se establece la primacía del contexto (Toh, 2015,p.339) para el examen de los enunciados de orden jurídico, y se libera al derecho de una noción atávica o absolutista de soberanía que se apoya en la dimensión *órdenes-amenazas*. Por esta vía, nutrida en parte en la tradición utilitarista, por esta forma de abordar el examen de lo jurídico se logra avanzar, creo yo, más allá de la conocida incertidumbre y polaridad que conlleva la presencia de intereses políticos.

Ahora, para circunscribir el plano de las relaciones en estudio, quiero hacer un pequeño ejercicio descriptivo adicional¹²⁹ sobre el texto soporte principal de esta indagación. Si se traza supongamos, una línea de tiempo siguiéndonos por la organización de capítulos para describir la construcción de la teoría observamos justamente que aparecen en el subcapítulo del Cap IX los CMDN, antes del correspondiente a la argumentación referente al Derecho internacional (Cap. X). Y bajo el título *Los fundamentos de un sistema jurídico*, en el Cap VI los planteamientos respecto a la RR y la validez jurídica ¿Supone lo anterior que esta estructura implica una inversión del procedimiento seguido por Hart? La respuesta es no. Como en las buenas películas, no hay detalle al azar y cada objeto en cada lugar y cada luz en cada momento, tiene su razón de ser.

¹²⁸ Que ya había realizado en su momento Olivecrona y Ross.

¹²⁹ Ya en el cap anterior se avanzó sobre esta parte pero considero necesario reiterar aquí algunas consideraciones metodológicas que den soporte al enfoque desde el cual emerge esta tesis.

-
- Porque, no hay razón para proceder iniciando con definiciones en el primer capítulo cuando de lo que trata el texto es de una construcción cuya génesis está directamente ligada a la crítica a sus predecesores.
 - Se debía retomar desde diversos enfoques el trabajo crítico para poder desglosar los componentes o estructura de las nociones discutidas.
 - Es para un investigador prioritario el seguir la huella que han dejado aquellos que le antecedieron porque se trata de correr fronteras en el trabajo investigativo.
 - Son los capítulos finales los que hacen uso de la “utilería” decantada del ejercicio crítico en el curso de los capítulos previos, y son ellos los que permitirán al lector sopesar en debida forma la consistencia de las tesis planteadas.
 - No se trata de un manual para enseñar dogmáticamente conceptos jurídicos.
 - Es un trabajo investigativo donde concurren recursos interdisciplinarios que permiten enriquecer la comprensión del fenómeno estudiado.

Indudablemente, van a encontrarse como se han encontrado hace mucho rato, descripciones muy densas, que quizá por lo mismo, permanezcan aún en tinieblas. O, relaciones no explícitas que ofrecen la apariencia de inconsistencia. Creo con fundamento que si se examinan algunos de los posteriores trabajos realizados por Hart es posible, reitero, entregar nuevas luces respecto a los problemas primordiales que fueron el propósito general de su obra¹³⁰; es claro el llamado a mostrar la especificidad de los sistemas jurídicos, la incidencia del contexto en el análisis del modo de actividad de los funcionarios; la diversidad de factores que inciden en dicho ejercicio.

Una vez bosquejado a grandes trazos el escenario de investigación de Hart, doy por concluida en su esbozo preliminar la tarea de examinar los nexos que he querido destacar y que permiten justificar la relevancia asignada a las expresiones coerción y coacción en párrafos anteriores.

¹³⁰ Particularmente encontré muy enriquecedora la lectura de los *Essays on Bentham*(1982) ya referenciados en la bibliografía al final de este trabajo. Posteriormente encontré en entrevista concedida por Raz a Juan Ruiz Manero, una frase en la cual destacaba como el gran mérito de Hart el no haber seguido la regla de sus predecesores y por el contrario, aplicar toda su capacidad a la empresa “de introducir en el Derecho los frutos de la mejor filosofía de su tiempo”. Ver: Entrevista a Raz. Juan Ruiz Manero (Doxa,91991)

He intentado defender una conexión relevante, específica, que por lo obvia parece perderse, entre la noción *RR* y los llamados por Hart *CMDN*, mostrando que:

- Hay relación estrecha, más de lo que *prima facie* parece, entre la tesis de la *RR* y la tesis de *CMDN*.
- Que esta conexión puede ser explicada desde la tesis de la convencionalidad y la tesis del hecho social, como fuente de las obligaciones.
- Que a partir de otorgar un lugar a las *razones prudenciales colectivas*, puede darse el paso que activa en el ámbito normativo jurídico, la noción de *razones básicas*, las mismas que configuran un criterio de validez incuestionable e imprescriptible del sistema.

3.6 Pasiones, contexto y convenciones

Hasta aquí se ha hecho posible identificar en las tesis examinadas elementos del orden natural de los seres humanos, otros elementos del orden cultural y otros digamos más de la interacción social. Esto me ha permitido, a la luz de la lectura de la obra de Hart ofrecer una visión de mundo como un constructo; desde un enfoque interdisciplinario dar cuenta de un contexto social, en el cual obviamente es ingenuo querer prescindir de lo que viene por naturaleza humana, lo que surge por las interacciones de las personas y los acuerdos que viabilizan tales interacciones. Frente a las expectativas que genera el contacto social los seres humanos van moldeando su naturaleza, al punto que desde ciertas perspectivas de psicología comparada, de antropología cultural y lingüística, por ejemplo, el ser humano es uno de los seres vivos con mayor plasticidad en su configuración biopsicológica. Esto significa que es, en un porcentaje mayor que otras especies, sensible al moldeamiento de sus expresiones instintivas, por el entorno que le rodee llámese éste entorno medioambiental o cultural.

Dado que me he situado en el contexto altamente complejo de los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales, es preciso reconocer que se hace necesario, a pesar de

ser un giro no del todo compatible con la línea de desarrollo que he intentado seguir hasta aquí, tratando de ceñirme al estilo descriptivo de Hart, recurrir al enfoque sistémico para dar cuenta de las dinámicas contemporáneas. La necesidad emerge de las relaciones peculiares, sofisticadas hasta cierto punto, que se tejen entre los ciudadanos en el mundo contemporáneo, dado que el recurso del enfoque sistémico ofrece oportunidades que permiten destacar, conexiones o interrelaciones entre los diversos subsistemas.

En la perspectiva sugerida por Hart al considerar la tesis de los *contenidos mínimos de derecho natural*, se hizo evidente que él afirma una conexión *racional* entre las “verdades obvias” de la condición humana y los propósitos humanos orientados a la convivencia. Esta conexión se da en razón a las capacidades de discernimiento de lo que es bueno o malo para preservar ese presupuesto tácito de “querer los seres humanos seguir viviendo”. Si unimos la constatación de este presupuesto con el elemento referente a las capacidades de discernimiento de los seres humanos, preciso es concluir que este tránsito nos conduce a inferir la presencia de *razones prudenciales*¹³¹, aquellas impulsadas por un principio de conveniencia que nos susurra al oído qué es bueno y qué es malo para los intereses en la mira. En el conflicto generado por las pasiones que mueven hacia la consecución de su satisfacción y el componente normativo en el cual se enmarca la conducta de las personas, hay lugar para el surgimiento de nuevos componentes.

¹³¹ Cuando afirmo razones prudenciales me remito en primera instancia a los postulados clásicos de la prudencia como una virtud, porque me permite hacerme a la idea de cómo ofrecer este nexo racional entre contenidos mínimos y propósitos humanos comunes. Pero obviamente que dichas razones, hay que identificarlas en muchos tramos donde ha obrado la pregunta clave de la razón práctica, “¿qué hacer?” Y por supuesto, es fácilmente identificable además, en los planteamientos del utilitarismo clásico, como *el principio de conveniencia* (Mill) expresado en el cálculo de las posibilidades. Pero recuérdese que antes he hecho la salvedad de su consideración como razones prudenciales objetivas, esto es no provenientes del razonamiento práctico-moral sino de una instancia ligada a las prácticas colectivas. Ya colocado el puente, es preciso ahora retomar el problema de la elección y balance de razones, en las consideraciones de Raz sobre el derecho como práctica legitimada, porque para entrar a mostrar el modo como funcionan las razones en el ámbito de la aplicación de criterios de validez, es necesario complementar con los argumentos de Raz en torno al problema de la autoridad y su escala de razones excluyentes, dependientes, protegidas, entre otras. Al respecto de Raz, Ver: Juan Vega Gómez. *El positivismo excluyente de Raz*. Boletín Mexicano de derecho Comparado. Nva Serie. XXXVII. Núm.110. Mayo-Agosto 2004. Pps. 709-739.

Si la RR, a pesar de ser de diferente nivel con respecto a las reglas primarias, participa de sus mismas características formales, es claro que de ella puede afirmarse:

- Que existe en tanto exista una práctica que da por sentado su existencia
- Y *existe* dado que puede afirmarse en un enunciado externo precisamente esa su existencia.
- Que en la tesis de los *contenidos mínimos*, están las razones que sostienen a su vez, requisitos mínimos de validez de las normas particulares que se construyen en la sociedad.
- Que las reglas como hecho social, incluida la RR se forjan en el núcleo de convivencia, avaladas por los propósitos ya señalados.
- Que dicha regla de reconocimiento, en los sistemas jurídicos contemporáneos conserva su carácter de práctica aceptada, y como tal, de ser una convención constitutiva.

Pero ¿cómo es posible que una regla sin contenido logre todo eso, se pregunta Dworkin? ¿Cómo es posible que sólo apelando a las fuentes de derecho reconocidas en la Constitución, se puedan obviar los peligros de incertidumbre, que acechan a cualquier conjunto de reglas de juego? No es posible para Dworkin la comprensión de este asunto. Y esto se debe a, como hemos expuesto antes, problemas de la inconmensurabilidad de paradigmas. Es la respuesta más caritativa que puedo pensar. Lo que uno no se explica es cómo alguien que ha compartido las enseñanzas del autor al que critica no haya podido hacer el ejercicio empático que permita comprender aquello de los puntos de vista *interno* y *externo* para aplicarlo a su propio horizonte cultural y político y después sí, proceder a la crítica.

He afirmado antes con Marmor, que una RR, además de despejar incertidumbre, recrea y pone en acción una aptitud para crear el ámbito propicio para la realización de las actividades humanas orientadas a la supervivencia. Es esta aptitud la responsable de su identidad parcial con las necesidades creadas por la misma condición de nosotros como seres humanos, pero esta aptitud no se forma por efecto espontáneo. Su aparición va precedida de la existencia de aquella actitud normativa descrita en el capítulo 1, cuando

se inició la caracterización de reglas primarias y secundarias. Gracias al rol en virtud del cual crea certidumbres sobre los patrones de comportamiento correctos o aceptados, apalanca aquella condición necesaria de las normas jurídicas: la actitud normativa, sin la cual no podría haber o reconocerse como válido un ordenamiento jurídico. Por esta razón, su ubicación por Hart como regla secundaria no aclara el rol fundamental que juega. Porque en la óptica de Hart algunas veces se subvalora esa función sistemática de la RR. En algún momento, si se sigue ciegamente a Hart o se le sigue de modo acrítico, podría pensarse que para distinguirla de la norma fundamental kelseniana bastaría con señalar que la RR, sólo da cuenta de la validez de normas particulares y no del sistema en su conjunto. Pero luego encuentra uno en el CD expresiones tales como ésta. “existe un sistema cuando existe una regla de reconocimiento”. Entonces, si lo que da vida al sistema es la regla de reconocimiento ¿porqué insistir en que su razón de ser es la existencia de reglas primarias? Pensaría yo que su razón de ser es la necesidad de un sistema jurídico que pueda dar cuenta a cabalidad de marcos regulativos garantistas de aquellas necesidades normativas mínimas que implica la opción por la supervivencia como especie. Si acepto esta necesidad, dado que el núcleo de la noción sistémica es la *articulación* entre las partes, esto es, aquello que permite que todas esas partes puedan ser organizadas como un todo, pensaría que esta regla que lidia con las fuentes del derecho, que aporta unidad e identidad a un grupo de normas, contiene y detenta dos funciones nada despreciables: crea el sistema y lo salvaguarda.

Adicionalmente y para efectos de anudar más mi posición, recurro a ésta, una de las últimas entrevistas concedida por Hart, porque aquí es totalmente evidente, (la percibo como en un video) cómo se inclina la balanza fuertemente a favor de la cuestión de la validez, al replantear su teoría de la obligación. Comenta Hart que uno de los puntos donde la crítica a su obra fue mayor fue a su teoría de la obligación por cuanto ella dejaba por fuera el tema de la articulación de la presión social con la aplicación de las sanciones en el caso de normas promulgadas. En la recomposición de ella Hart se expresa así:

En los términos de mi nueva teoría, las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas o principios morales. Aunque lo que es jurídicamente obligatorio puede ser también y es a menudo moralmente obligatorio, sus conexiones, cuando sucede así, no son necesarias ni conceptuales, sino contingentes. De este modo, un hombre puede tener una

obligación jurídica para comportarse de cierta forma cuando no existe razón moral alguna para hacerlo y buenas razones morales para actuar de forma contraria¹³².

Efectivamente, la actualización de la teoría de la obligación no implica la dejación de la tesis de la separabilidad, por cuanto esta tesis está en el núcleo de la elaboración hartiana que pretende desligar la pretendida relación intrínseca entre derecho y moral. Pero lo que quiero destacar acá es que esa misma tesis que coloca el acento ya no en la aceptación y la presión social a la conformidad del comportamiento a la norma, sino en el punto de la validez y la obligatoriedad respaldada por las normas jurídicas positivas, está colocando de presente y de forma muy relevante el rol sistematizador que cumple una RR. El principio de la seguridad jurídica está presente en esta función. Además, funge de garante de las distinciones que han de tenerse en cuenta en forma prevalente a la hora de ajustar criterios de validez, esto es, mantener cierto equilibrio entre las fuentes. Esta RR puede priorizar por necesidades sustantivas alguno de estos criterios pero manteniendo en todo momento la identidad del sistema. Por ejemplo, sin desconocer esas relaciones compartidas entre derecho y moral, sin desconocer los principios legales que emanan de las fuentes, puede propiciar, si así lo precisa el momento particular de una comunidad sometida a un sistema específico, la inclusión de aquellas normas positivas cuya génesis o fundamento se halle precisamente en principios morales.

En materia de crítica, podría afirmarse que Hart ha sido uno de los autores tratados con menos justicia por los comentaristas a la hora de evaluar sus tesis. Porque entre la mayoría de ellos ha primado un principio de conveniencia. Es decir, el deseo de cuestionar desde los horizontes del propio trabajo, prescindiendo de un análisis completo de las tesis criticadas. Para muestra transcribo un breve pasaje de Fuller:

"una norma que confiere un poder y establece, expresamente o de modo implícito, que este poder puede ser revocado por abusos, presenta en sí misma una estipulación que difumina la distinción entre normas que imponen deberes y aquellas otras que otorgan poderes" (Fuller, 1958, p.132).

¹³² De Páramo, Juan Ramón. Entrevista H.L.A. Hart. Doxa (5) 1988. p. 345.

Y en relación a su última aserción del fragmento citado, recuérdese a Sófocles en Antígona.

Se observa *prima facie* un tratamiento tan esquemático del uso de las nociones implícitas en las tesis de Hart que hasta desconoce la naturaleza de las reglas de las cuales habla él en su obra. Y este desconocimiento es deliberado, dado que en Hart, la norma no es equivalente a la regla¹³⁴. Aquí Fuller le otorga a las reglas el estatus de norma positiva específica y determinada, prescindiendo de su carácter de regla práctica. Pero lo hace, llevado por el afán de desvirtuar supuestamente con la propia argumentación hartiana, otra tesis nuclear de Hart: la del derecho como unión de reglas primarias y secundarias. No puede esperarse que reconozca el mérito intrínseco de la flexibilidad otorgada a una regla de reconocimiento¹³⁵. Llevado por la corriente de su posición moralista frente al derecho, presupone que la aplicación de los criterios de validez por la regla de reconocimiento, si permite la revocatoria de una facultad conferida por una ley, en razón a los abusos que dicha facultad implicar, borraría de hecho la distinción entre reglas primarias y secundarias. Así, Fuller intenta desvirtuar la tesis central de Hart, echando mano a principios morales que obrarían como dirimientes en un juicio de validez. De modo que aun cuando no se tenga un conocimiento exhaustivo de la obra crítica de Fuller con respecto a Hart, de entrada en este fragmento reconoce el lector que su crítica y presentación de las reglas secundarias de la teoría hartiana, está siendo sesgado por su compromiso previo con las tesis propias planteadas como la moralidad del derecho en su obra de similar título¹³⁶.

Si no se hace el ejercicio de apertura para lograr la comprensión de aquellos enfoques alternativos al propio, será difícil acceder al cabal entendimiento de aquellos extremos. Porque lo que no pudo ver el profesor Fuller, es que las limitaciones o restricciones que percibe ausentes en la regla de reconocimiento, ausencia perturbadora para su teoría dedicada a demostrar la relación de dependencia y compromiso de los contenidos jurídicos con los principios morales, es que la regla en mención tiene en su amplísimo soporte o “polo a tierra” básico común con otras reglas primarias, especialísimos e imprescriptibles

¹³⁴ En el PostScriptum se observa la distinción entre las “reglas jurídicas promulgadas” (lo que hace equivalente a norma jurídica positiva, según mi interpretación) y las reglas prácticas que agrupan en diferentes haces las diversas ramas del derecho. Al respecto ver: Hart (1997; p.114-115)

¹³⁵ Recordar otra vez, que la naturaleza de la regla en Hart, no es la misma que la idea de regla en Dworkin y tampoco comparte el sentido de lo que significa “norma” para Fuller.

¹³⁶ Existe un refrán que dice: “no hay peor ciego que el que no quiere ver”.

criterios de contenido que avalen la validez de una norma, y tales criterios de contenido estarán en aquella amplia gama que impone el respeto a la vida, el respeto a los bienes, la obligación de solidaridad para con los más vulnerables, entre otros.

La tesis de CMDN, es tan modesta que pasa ignorada por muchos que se han dedicado a estudiar la teoría de Hart. Lo que no se ignora o no se deja pasar por alto son aquellos acontecimientos históricos que de algún modo, refuerzan la propia teoría. Es el caso del profesor Fuller cuando publica *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*¹³⁷

Frente a las debilidades de estas críticas, mejor vuelvo a lo que me ocupa. Los CMDN, en tanto concebidos dichos contenidos como un requerimiento de la convivencia, tienden a actualizarse producto del incremento de necesidades humanas. Por ser una tesis empírica, forzoso es concluir que en la teoría hartiana, dichos contenidos al generar razones que definen criterios básicos para la supervivencia, se constituyen en dispositivos en virtud de los cuales se crea un primer filtro de validez a la hora de evaluar las normas sometidas a dicha evaluación.

Por otro lado es necesario señalar que para ganar profundidad en el análisis de la RR, como paso esencial para justificar su articulación con las *verdades obvias-propósitos humanos* que señala Hart, ha de adoptarse un enfoque pragmatista, porque desde esa perspectiva, se advierte con prístina claridad el rol de “guardiana” de las reglas primarias que ella cumple, dada la función que despliega. Pues si nos quedamos con la idea o sentido de *regla secundaria* como “complementaria”, es posible que pase inadvertido ese decisivo rol. El reiterar esto del enfoque pragmatista puede parecer redundante para quien esté familiarizado con Hart, sin embargo, más frecuente de lo que uno espera, es posible encontrar comentaristas que se refieren a la regla de reconocimiento como si se tratase de una norma promulgada, y esta apreciación bloquea la consideración del aspecto dinámico o flexible de esta regla.

¹³⁷ Lon Fuller: *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*. Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 630-672. Published by: The Harvard Law Review Association Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/1338226> .Accessed: 29/04/2012 17:53.

Particularmente en el examen de esta articulación no encuentro validez a la tesis que promovió en algún momento Coleman, positivista incluyente, sosteniendo el rol de la regla de reconocimiento como asunto de solución de problemas de coordinación entre normas. Este es el argumento en cuestión:

The rule of recognition solves the coordination problem of settling on a particular set of criteria of validity. If it is a good idea to have law at all, then it is clearly better that some set of criteria be agreed upon than that there be no agreement, even if individuals differ from one another as to their ranking of the options. (ICP, 398, Citado en: Himma,2019,p.5)¹³⁸.

No tiene sentido devaluar el rol de una regla que aporta sistematización a un conjunto de normas y eso sería lo que ocurriría al otorgarle solamente un rol de coordinación. Además que tal rol tendría sentido si, por algún motivo no hubiese acuerdos en las prácticas convencionales. Lo anterior supondría que no existe convención porque hay brechas en ella.

En ese sentido, precisamente se pronuncia Himma para cuestionar la propuesta de Coleman:

Parece bastante incómodo afirmar que las reglas que constituyen el juego del ajedrez son soluciones a un problema recurrente de coordinación. Antecedente al juego de ajedrez, simplemente no había problema para resolver. ... "Tengamos un juego intelectual competitivo" o algo así no es un problema de coordinación. ... Si lo fuera, entonces "Tengamos una Constitución justa" también sería un problema de coordinación, y, por supuesto, no lo es (Himma,2012, p.131).

No se trata la citada RR de una que resuelve simples problemas de coordinación, pues de existir una mera convención de coordinación hay que suponer que entre las partes hay sólo un afán de acuerdos superficiales que no involucra aspectos sustantivos. Y este no es el caso de la RR afirma Marmor, tesis que también suscribe Himma. Porque en ellas quienes están a cargo de aplicar dichos criterios miran también su contenido. Creo que la tesis que puedo sostener es una que declare el carácter sustantivo *no-moral* de los contenidos señalados anteriormente los cuales aportan en principio un marco de *razones*

¹³⁸ En ensayos posteriores, Coleman desiste explícitamente de esta posición. Ver: Coleman(1998a): "Second Thoughts and Other First Impressions", eBix, Brian (ed.), Analyzing Law: New Essays in Legal Theory. Oxford, Clarendon, pp. 257-32

básicas desde las cuales pueda evaluarse en un primer filtro de evaluación¹⁴⁰, la pertenencia de una norma a un sistema. Esta Tesis yo la llamaría la *Tesis de la Imprescriptibilidad*, puesto que a eso remite la TCMDN: aunque no se trate de contenidos inmutables, su *forma* como tal de constituir razones básicas o *mínimas*, no prescribe.

Quien considera al derecho como una práctica surgida en el seno de un núcleo social, que debe a ese núcleo social la existencia de dicha práctica, debe aceptar que, una meta regla vinculante que garantice y sistematice los aspectos relevantes de dichas prácticas, que es, a su vez, una práctica específica para quienes se desempeñan como funcionarios encargados de la aplicación de las reglas a los ciudadanos, tiene las características de ser un hecho social, de un determinado sector constituido por funcionarios públicos. Que aun siendo una práctica circunscrita a dichos ciudadanos-funcionarios, genera una obligación para sus practicantes y para quienes, al estar cobijados por el mismo marco jurídico son afectados por las decisiones de los funcionarios.

No se trata de señalar “grados” de validez. Las normas particulares son válidas o no son válidas. Una cosa es que tal caso caiga dentro de la zona de claridad del rango de dicha norma o que caiga dentro del tramo de penumbra de la misma norma. Pero esto no implica que tal disposición normativa sea inválida para ciertos casos típicos y válida para otros casos típicos. La validez de una norma particular no se mide sólo por su *pedigree*. Admite la doctrina de la RR que existan a su interior criterios racionales provenientes de fuentes que proporcionan razones básicas al ordenamiento. Y no solamente por cuestiones formales relativas a sus fuentes de surgimiento.

Cuando se habla de RR estamos ante una *meta regla* que otorga sistematicidad a un conjunto de normas particulares. Ser sistema implica dotar de articulación las diferentes partes de un todo. Lo que define a un sistema es la interdependencia de sus actores, elementos, atributos o componentes. En el caso de la RR cuando se trata de suministrar señas identificadoras de pertenencia a ese todo, es prioritario el mirar cuáles han sido las

¹⁴⁰ Ya señalado anteriormente en este mismo capítulo.

fuentes del derecho declaradas en ese sistema. Pero ello no obsta para que no puedan pensarse órdenes jurídicos donde la composición de dichas fuentes difiera en algunos sentidos.

Quien aporta en este momento de desarrollo de mi tesis elementos para ajustar la pretendida conexión que suscribo como producto de la articulación teórica de las tesis de Hart, es quizá Joseph Raz, dado que introduce los protagonistas, o las clases apropiadas que dotan de consistencia mi argumento sobre el cómo se entrecruzan o cómo se encuentran, dos polos importantes, uno considerado como el máximo y otro como el mínimo en la apreciación sistemática de la teoría de Hart.

Desde la perspectiva de Raz, instituciones, agentes y normas, crean un conjunto cuya labor se encuentra mediada por el elemento *autoridad*. Al no tratarse de una teoría prescriptiva, casa de modo excelente con la propuesta que he avanzado. La función conceptual de la autoridad implica que las directivas autorizadas juegan (o deberían jugar) este papel especial en la deliberación de asuntos atinentes a la vida práctica. Por lo tanto, (p. 148) de acuerdo con la *Tesis de Prelación*, el hecho de que una autoridad requiere la realización de una acción es una razón para su desempeño que no se debe agregar a todas las otras razones relevantes al evaluar qué hacer, pero debería reemplazar algunas de ellas (ALM, 214). Esto a mi modo de ver muestra que la actividad de las autoridades mediante directivas que instan a hacer algo juega como elemento coadyuvante a las otras razones relevantes ya presentes en el ciudadano para ejecutar la acción y, en algunos casos, dichas razones emanadas de estas directivas pueden llegar a reemplazar algunas de las razones con las que ya cuenta el ciudadano. La proliferación de nociones y categorización de razones a mi modo de ver a pesar de su complejidad, aportan distinciones consistentes en Raz, las cuales ayudan a construir una idea de autoridad donde ésta no se ubica en la cabeza del funcionario de modo exclusivo porque se reconoce la existencia de un juego de razones básicas válidas en cabeza del ciudadano común que, en el momento de la acción, ilustran o deberían ilustrar o justificar su decisión frente a la directiva.

Lo anterior lo entiendo como la construcción de un concepto cooperativo de autoridad. Raz cree que estas características conceptuales de la autoridad determinan las condiciones

bajo las cuales una autoridad es moralmente legítima. Dado que se supone que la autoridad debe "servir" a sus sujetos, no hay razón para aceptar una autoridad a menos que se cumplan dos condiciones: 1) Una noción de autoridad que deja por fuera la *mediación órdenes-amenazas* porque cuando la autoridad es consistente o meritoria, surge es de la práctica constante. 2) Una noción autoridad concebida como la acción oficial de *servir a los sujetos*, es compatible con la tesis del derecho como control social a prevención, porque refuerza la idea de evaluar las capacidades de un sistema para ofrecer razones para la acción. Raz se sirve de las siguientes tesis que a continuación transcribo del texto de Vega Gómez, para dar cuenta de su noción de autoridad:

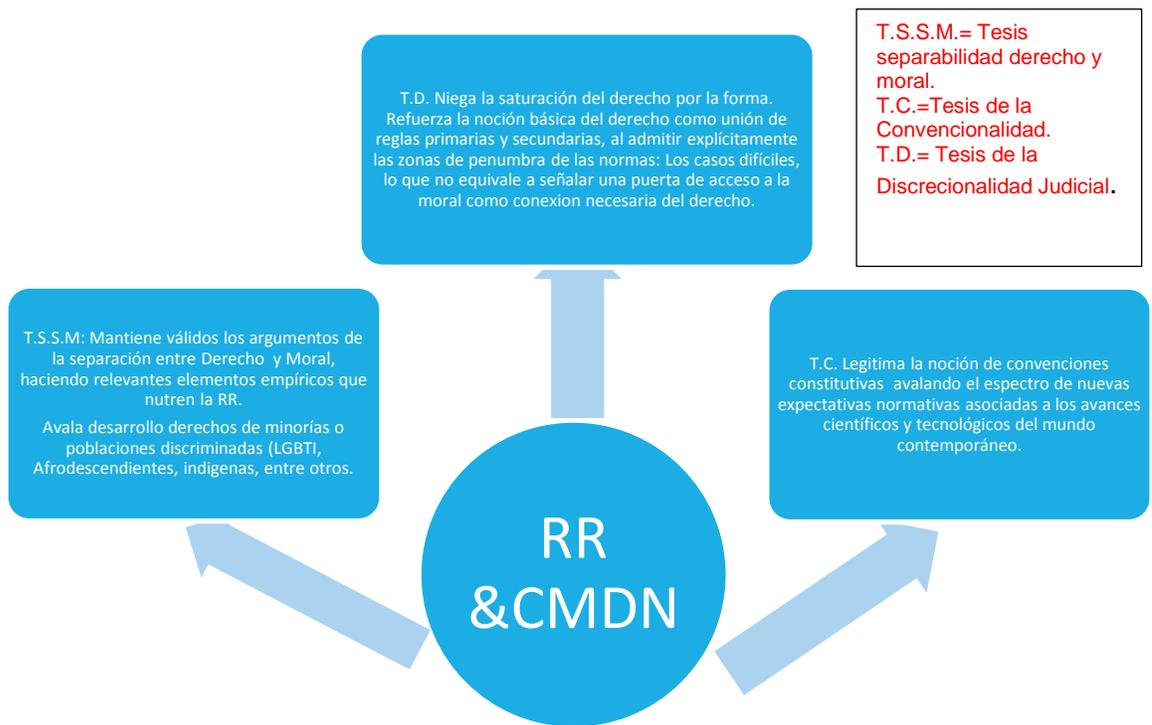
- a) Tesis de la Dependencia (TD). Todas las directivas de las autoridades deben basarse, entre otras cosas, en razones que se aplican a los sujetos de esas directivas y que giran en torno a las circunstancias cubiertas por dichas directivas. Estas razones, Raz las denomina RD.
- b) Tesis Normal de Justificación (TNJ). La manera normal en que se determina que debe reconocerse que una persona posee autoridad sobre otra consiste en demostrar que es más probable que el sujeto que cumple con las razones que ya se le aplican (que no son las de la autoridad) acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativas, e intenta seguirlas, en lugar de que dicho sujeto mismo intente seguir las razones que se le aplican directamente.
- c) Tesis de la Prevención (TP). El hecho de que una autoridad exija llevar a cabo una acción, es una razón para actuar en correspondencia, razón que no se debe agregar a otras razones relevantes al momento de determinar qué se debe hacer; dichas razones, producto de la directiva, reemplazan a algunas de las otras razones¹⁴².

Así, en el marco de esa actividad altamente institucionalizada que es la desarrollada por funcionarios judiciales, siempre se hallará este cruce de actitudes y directivas promovidas por distintas razones que, como un todo corren a veces paralelas o en carreras de relevos para alcanzar los fines previstos por la institución. Por todo lo que ello implica para la idea del derecho como una práctica donde convergen elementos de distintos órdenes, donde confluyen diversos niveles de expectativas de tipo social, creo válido sostener que esta noción cooperativa de autoridad, puede ser avalada desde la tesis de los CMDN.

¹⁴² Esta espiral de razones excluyentes como razones provenientes de la directiva son razones superpuestas al cálculo normal de razones de un ciudadano: razones dependientes y razones protegidas configuran el marco institucional de la autoridad.

Por otra parte, y en atención al interés pragmático que siempre alentó los análisis previos en el proceso de construcción de las tesis hartianas, es preciso señalar que si abordamos su estudio desde tales perspectivas, quizá se llegue a lecturas insospechadas respecto al alcance de la regla de reconocimiento que tanto defendió. Si bien es cierto que algunas de dichas tesis pueden aparecer por momentos, poco desarrolladas, la lectura integral de su obra, arroja luces importantes para intentar una articulación de las mismas.

Lo que propongo es mostrar un desarrollo coherente y progresivo de las tesis de la separabilidad, la tesis de la convencionalidad y de la discrecionalidad judicial, a partir de la consideración del piso fundante que he proporcionado a la RR en su conexión a los CMDN: es clave un ejercicio comparado que permite ver las interrelaciones de dichas tesis.



Un ejercicio en cierta forma similar al que propongo es el realizado por Kevin Toh en el cual, prescindiendo de la “moda” y esquemas de interpretación desarrollados por los

primeros contradictores de la teoría de las reglas, ha encontrado lo que a mi modo de ver son hallazgos valiosos dentro de la producción integral de Hart.¹⁴³ Se trata de un trabajo sostenido que arroja nuevas luces sobre las tesis hartianas, sobre todo por la aplicación del tipo de análisis oblicuo al cual hace mención y por la distinción entre lo afirmado y lo presupuesto en un enunciado interno.

3.7 A modo de conclusión

En este capítulo, he caracterizado los elementos que estructuran la tesis de los CMDN y el modo como los veo insertos en una RR. Para ello, me he apoyado en los argumentos que establece Hart para dar cuenta de las limitaciones que constituyen los “hechos obvios” del ser humano. He hecho énfasis en los aspectos relevantes de la crítica positivista a las tesis iusnaturalistas y las implicaciones que trae para los fines de supervivencia, la inclusión de criterios de orden moral en la aceptación o rechazo de las normas jurídicas.

Desde la perspectiva de la posición defendida, cabalgar entre los derechos humanos ya sea con una mitra en la cabeza, o un gorro arzobispal, o una espada al cinto, puede ser cuestión de mucha valía para algunos, y para otros, no. Considero que lo anterior no es garantía ni de paz ni de estabilidad, por lo que los seres humanos, somos en principio, sujetos de pasiones y emociones, que bien saben exacerbar los credos ideológicos, sobre todo religiosos.

¹⁴³ Al respecto ver: Kevin Toh. *Erratum To :Four Neglected Prescriptions, of Hartian Legal Philosophy*. Law and Philosophy (2015) 34: 333–368 Springer Science+Business Media Dordrecht 2015
DOI 10.1007/s10982-015-9226-0

Toh presenta como hallazgos analizados: 1) El principio de contexto; 2) Distinción entre los dos tipos de declaraciones a que dan lugar los enunciados internos y externos; 3) Distinción entre un análisis “oblicuo” y un análisis “directo” a los enunciados internos y 4) Distinción entre lo que es afirmado y lo que es presupuesto por los hablantes cuando utilizan enunciados internos. Se trata de un trabajo laborioso del cual ya había entregado una primera versión hace unos años. Pero lo que aquí me parece relevante es el enfoque metodológico que promueve la contrastación de las tesis hartianas entre sí mismas y no solamente a partir de los debates surgidos con posterioridad sobre dicha obra.

Creo que la tesis que puedo sostener es una que declare el carácter sustantivo no-moral de los contenidos señalados anteriormente los cuales aportan en principio un marco de razones básicas, un suelo mínimo desde los cuales pueda evaluarse en un primer filtro de evaluación, la pertenencia de una norma a un sistema. Esta Tesis yo la llamaría la Tesis de la Imprescriptibilidad, puesto que a eso remite la TCMDN: aunque no se trate de contenidos inmutables, su forma como tal de constituir razones básicas o mínimas, no prescribe.

4. Conclusiones

La tesis de los CMDN aparece como un reducto no relevante en la obra de Hart y sin conexión aparente con el resto de sus propuestas. Al menos así la registran algunos comentaristas¹⁴⁴. El presupuesto tácito que a partir de esa tesis se ofrece como justificación de un sistema normativo con capacidad coercitiva permanece inalterable a través de toda la producción intelectual de Hart. Pero a pesar de ello, es poco lo que ésta ha sido problematizada en lo que tiene que ver con las nociones que al interior de lo social se construyen como fundamentos de la vida institucional. Si se ha abordado no ha sido con el ánimo de someterla a un escrutinio riguroso previo al examen crítico. Es decir, ha sido más bien abordada desde posturas dogmáticas que la han dejado tal cual como estaba antes.

Destacar a la RR como regla máxima, se justifica en cuanto a su interior lidian los extremos que a modo de un marco sobre marco, mantienen en perspectiva sus tesis complementarias: una vez fijamos la conexión entre RR y CMDN la tesis de la discrecionalidad, la tesis de la separabilidad entre derecho y moral, así como la de la convencionalidad, se insertan cómodamente en dicho marco. Se crea una estructura que, a despecho de los deseos primigenios de su autor al elaborarlas, creo yo que permite una lectura satisfactoria de sus elementos dado que en dicho marco, sus precisiones cobran sentido.

Mi lectura de ella pretendió destacar la visión *biologista* del autor al considerar que el ser humano tal cual se muestra no es “ni ángel ni demonio”. Y para ello, enfatizo la postura de

¹⁴⁴ Ver por ejemplo: Rivaya B. (30 de Mayo de 2006). *El enigma del contenido mínimo de derecho natural*. Obtenido de :<https://revistas.unal.edu.co>:<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40367> No.16

Hart al considerar que, en razón a cambios de circunstancias o condiciones de vida, ese ser humano cuya plasticidad se recrea en el ámbito social puede mostrar tendencias alteradas, nuevos comportamientos o, en un sentido más definido, patrones emergentes de comportamiento. Ahí no veo reduccionismo ni determinismo sino una postura consecuente de alguien que, a pesar de haber servido en eventos bélicos y ser así testigo de tales acontecimientos, permanece incólume para sostener que hay, no un plan, sino una tendencia -que es otra cosa - que indica que esta especie quiere seguir en el escenario histórico del planeta.

A partir del examen practicado a la colección de estudios críticos de Hart a los *Ensayos sobre Bentham* cuestionando los derechos naturales, por un lado y, a la postura utilitarista divergente de los derechos morales en Mill, por otro; del mismo modo, a partir de la aproximación a algunas nociones puestas en cuestión en el debate Fuller-Hart en los años de su estancia en Oxford; por otro parte ya de orden pragmático, desde las consideraciones críticas a los casos planteados en la postguerra por el tribunal de Nuremberg; o a su respuesta a los reiterados cuestionamientos a su teoría de la separabilidad pude llegar a la constatación de una lectura consecuente y firme, sobre los derroteros trazados por su producción intelectual en la construcción de una teoría descriptiva que diera cuenta del derecho como asunto producto de convenciones constitutivas en cada sociedad, sea contemporánea o anterior, y conformado básicamente por reglas primarias y secundarias.

He querido además mostrar con el apoyo de comentaristas y críticos de larga tradición de la obra de Hart, tales como Mac Cormick, Shapiro, Raz, Dworkin, entre otros, cómo se articulan tesis fundamentales de su obra para ofrecer un panorama mucho más consistente de la empresa acometida y comprometida con la construcción de alternativas metodológicas que demandaba ese momento histórico crucial, para el desarrollo de una visión iusfilosófica estructurada que permitiera la apropiación del terreno jurisprudencial como objeto de estudio. Y que quizá a la luz de los días presentes, también demanden las dogmáticas maneras de acercarse al estudio de la actividad judicial. Y algo quizá más importante aún: una empresa con potentes herramientas para observar y constatar cómo los escenarios de vida propician el desarrollo del pensamiento, más que cualquier determinismo de orden natural.

Los trabajos sobre derecho penal fueron su punto de partida. Y esto es justificable si tenemos en cuenta que fue también el punto de partida del modelo imperativista, aquel modelo justamente sometido a la criba de su crítica. Allí inicia desde la tradición anglosajona, su peculiar reconstrucción del concepto de derecho. Sorprenderá al neófito acercarse a una obra titulada *El Concepto de derecho* y no hallar de entrada dicho concepto, el cual, supone aquel neófito lector, que será el asunto explícito de la obra. Gracias a la perspectiva general asumida desde el inicio, se hizo posible captar la trazabilidad que da cuenta de cómo se fue configurando una noción imperativista de la norma jurídica, cómo pervive dicha noción en los sistemas jurídicos contemporáneos, el rol protagónico de muchos factores presentes en esa característica multidimensional del concepto *Derecho*, tal como es recreado por su autor a lo largo de los capítulos de su obra principal, CD.

Todo ello, además, permitió avanzar en la comprensión de los derroteros metodológicos que forjaron la obra de Hart. En H.L.A. Hart, se descubre el paradigma del investigador, abierto a muchas tendencias y disciplinas del conocimiento lo cual le permite mirar el objeto de estudio haciendo uso del claroscuro trasfondo donde dicho objeto se ubica; acopiando información sobre las zonas coloreadas de aquel objeto que identifican el trasfondo y aquellas otras, quizá en penumbra donde aparecen las propiedades emergentes específicas del propio objeto de estudio.

Constatar los diferentes hilos que se cruzan en la madeja de la teoría hartiana, a saber. Wittgenstein y su tesis del seguimiento de reglas; Winch y sus trabajos sobre la inmersión en las comunidades para conocer sus sistemas de normas; J.L. Austin y la escuela de filosofía del lenguaje ordinario; Bentham y sus incipientes y obsesivas tareas metodológicas sobre el lenguaje; Hobbes y Hume para la constitución de la tesis de los contenidos mínimos del derecho natural; Fuller y sus tempranas críticas a la teoría de la separabilidad; Dworkin y ese acompañamiento crítico sistemático; MacCormick y todo el grupo del seminario sabatino; Ross y las formas de análisis de los realistas, entre otros,

son constelaciones que aportan a su trabajo toda una multitud de escenarios que, incrementados por aquellos de su ejercicio como litigante enriquecieron una obra llena de muchas posibilidades de desarrollo para el avance en ese campo disciplinario que es la Filosofía del Derecho.

Lo anteriormente bosquejado, es esencial para comprender esta articulación propuesta: recordar que esa regla portadora de criterios de validez existe como una práctica que da por sentado su existencia. Y existe dado que puede afirmarse en un enunciado externo precisamente ésa su existencia. Por tratarse de una práctica social, está afectada por todo aquel trasfondo que he descrito en el párrafo anterior. Por otra parte, en la tesis de los *contenidos mínimos*, están las razones que sostienen a su vez, los contenidos específicos normativos que se construyen en la sociedad. Las reglas como hecho social, incluida la de Reconocimiento, se forjan en el núcleo de convivencia, avaladas por los propósitos ya señalados. Por tanto, dicha regla de reconocimiento, en los sistemas jurídicos contemporáneos, como convención constitutiva sigue presente tanto en el discurso teórico en el debate como en los contextos prácticos de ejercicio judicial.

En este trabajo se examinaron o discutieron:

1. La tesis de norma fundamental ó básica de la *Teoría pura del derecho* y la regla de reconocimiento de H.L.A. para contrastar sus elementos.
2. Se demarcaron diferencias de sentido, configuración y fundamentos entre esas tesis.
3. La tesis de los contenidos mínimos de derecho natural, rol y constitución frente a los ordenamientos jurídicos.
- 4) La posibilidad de una articulación de los roles llamados a desempeñar por la RR y los CMDN en la teoría hartiana.
- 5) La tesis de las fuentes sociales del derecho y el concepto de autoridad suscrito por Raz para anudar los extremos de la articulación mencionada.
- 6) Se contrastaron algunas objeciones pertinentes del debate Dworkin-Hart y de las críticas de MacIntyre a Hart sobre la tesis de los contenidos mínimos de derecho natural.

A mi modo de ver la conexión establecida en la teoría de Hart mostraría, frente a los desarrollos alcanzados en *Animales racionales Dependientes* que es viable mantener aquella relación porque responde a las necesidades planteadas por el mundo contemporáneo. Tal relación, mostraría en todos sus puntos que aunque siempre el ser humano requerirá de un principio de autoridad, ese principio de autoridad es susceptible de ser fortalecido gracias a la consolidación de acciones que cobran sentido en un marco específico de comportamiento. Sólo restaría decir que considero que este núcleo teórico así anudado puede superar las prevenciones de su autor para la consideración de marco regulativos forjados entre naciones.

De modo que si aspiramos a un compartir de nociones básicas que avalen un principio de paz en el mundo es pertinente:

- 1) Retomar una noción de autoridad donde el ejemplo de las acciones dirigidas a la observación de las normas de convivencia, sea lo que haga emerger y respetar esa noción de autoridad proveniente del reconocimiento de los otros y no de un mero procedimiento ratificado legalmente. Porque el asunto de la autoridad concebida en esta forma, es insoslayable para el propósito de la supervivencia de la sociedad contemporánea.
- 2) Que para avanzar un poco más allá en asuntos de naturaleza jurídica con otros estados, hay que trascender una visión endogénica de lo que entendemos por nicho cultural que en algún momento permeó la teoría hartiana y considerar en principio la naturaleza dependiente e interdependiente de nosotros, seres humanos, porque este segundo reconocimiento será el que permita consolidar alguna estabilidad a la vida de los estados contemporáneos. Lo anterior, una conclusión que podría considerar aquí como un sub producto de un acercamiento breve a los desarrollos posthartianos tanto de los partidarios del positivismo incluyente como de los del positivismo excluyente.

Como posibles alternativas para un momento 2 de este problema de investigación sería pertinente mirar las conexiones que en torno al tema de la regla de la RR sean susceptibles de entablar entre los representantes de tales corrientes mencionadas, dado

que como señalara el profesor Oscar Mejía (Mejía Quintana, 2015,p.2), el tema en cuestión, a saber la norma básica en el enfoque de Kelsen o la RR en la perspectiva hartiana, constituye el objeto propio de una filosofía del derecho. Porque a partir de lo que pueda constituirse, aceptarse o comprenderse como norma básica, se hace claro un escenario específico en el cual identificar los problemas propios de esta rama de la filosofía; se iluminan franjas de distintas relaciones insertas en el marco de la vida en sociedad que ofrecen diversas posibilidades de análisis en profundidad. Si los debates en torno a problemas tienen que ver algo también en el campo de un sistema jurídico, esta es una manera valiosa de propiciarlos.

Un momento significativo en el desarrollo posterior de estas conexiones será interesante en la medida en que se pongan en juego afirmaciones que articulan la tesis de los CMDN, con los planteamientos por ejemplo, de MacIntyre y su retorno a los principios éticos del mundo prekantiano. Allí preguntas retadoras serían: “¿Llegó definitivamente el *fin* de la Modernidad, dado que ésta no aporta razones para actuar según MacIntyre? ¿Es suficiente el arsenal de una teoría como la de Hart para sostener la vigencia del derecho como instrumento social cuya *primerísima función es la prevención*, en el mundo que a cada segundo incrementa su nivel de entropía y por ende, de incertidumbres, en un mundo mediado por problemas globales como la contaminación ambiental y los desastres ecológicos?

Estos interrogantes nos abocan a uno de mayor envergadura:¿ Será posible sobrevivir como especie, para los próximos cinco siglos?

5. Bibliografía

- A., J. R. (2003). La concepción del lenguaje del segundo wittgenstein. En L. E. Ed., *Lecciones de Filosofía* (págs. 38- 58). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Abellán, J. (2008). Democracia Moderna. *La democracia ayer y hoy*. Coords. Luis A García Moreno, Gabriel Tortella., 149-224.
- Agudelo, O. (2015). Variabilidad de la regla de reconocimiento: Reglas secundarias y metalenguaje prescriptivo del derecho. *Pensamiento Jurídico No.. 44*, 35-59.
- Alexy, R. (1989). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1994). A Definition of Law. En N. M. Eds-Werner Krawietz, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems* (págs. 101-107). Berlin: Dunker & Humblot.
- Alexy, R. (1997). *El concepto y validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa.
- Alonso Luis Enrique, M. C., & (Eds.), M. P. (2004). *Pierre Bordieu, las herramientas del sociólogo*. Madrid: Fundamentos.
- Ametller, D. C., Ormazábal Sánchez, G., & Tarres Vives, M. (1997). Crónica del Seminario "La República de Weimar y la evolución de la ciencia del Derecho". *Revista Española de Derecho constitucional, Año 17, Enero-Abril*, 8.
- Arango, R. (1999). *Hay Respuestas Correctas en el Derecho?, 1999*. (E. Uniandes, Ed.) Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.
- Arango, R. (2005). John Rawls y los derechos constitucionales. En R. Arango, M. Cepeda, F. Cortés, A. Hernández, O. Mejía , & A. Uribe, *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea - See more at: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1261/#sthash.AxkkyUA3.dpuf>* (págs. 141-156). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Austin. (1958). *How to do things with words*. Oxford: Oxford.
- Austin, J. (1994). Primera lección de La Delimitación del Ámbito de la Teoría del Derecho. Trad. Pompeu Casanovas. En P. Casanovas, J. J. Moreso, & Eds., *El Ámbito de lo Jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. (págs. 178-201). Barcelona: Grijalbo Mondadori.
- Autores, V. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito (Ecuador) : Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- B., C. B. (s.f.). Obtenido de *Our " form of life" revealed in the action of language*.
- Barceló, R. (2012). De la Etica al derecho en la obra de Alasdair MacIntyre. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 35, 527-545.
- Barceló, R. (10 de 10 de 2016). *Google Books*. Obtenido de The Threads of Natural Law: Unravelling a Philosophical Tradition: <https://books.google.com.co/books?id=ww0CAGkwDGYC&pg=PA196&lpg=PA196&dq=MacIntyre+++Hart&source=bl&ots=v9fPgLDZY-&sig=EcdwpWKatNHibLdtVJOMGrNH4hw&hl=es&sa=X#v=onepage&q=MacIntyre%20-%20Hart&f=false>
- Barceló, R. R. (2013). Alasdair MacIntyre on Natural Law. En F. J. Editor., *The Threads of Natural Law* (págs. 191-221). Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Bentham, J. (1994). La estructura del Derecho. En P. Casanovas, & J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (págs. 132-146). Barcelona: Crítica (Grijalbo).
- Bloor, D. (23 de 03 de 2016). *Wittgenstein, rules and institutions*. Obtenido de <http://site.ebrary.com>: <http://site.ebrary.com/lib/keris/Doc?id=10017072&page=2>
- Bobbio, N. (1968). Acora sulle norme primarie e secondarie. *Rivista de Filosofia*, LIX, 140-169.
- Bodenheimer, E. (1997). *Teoría del Derecho*. Bogotá D. C.: Fondo de Cultura Económica.
- Cano, R. M. (2009). La normatividad en la Teoría Práctica de las Reglas. *Revista Fronesis. Instituto de Filosofía Jurídica y Social .Universidad de Zulia*,, 109-124.
- Cano, R. M. (2009). Problemas abiertos de la regla de reconocimiento. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 10, julio , 79-128.
- Schmitt, C. (1999). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.

- Carver, Newton. (1996). Philosophy as grammar. En H. Sluga, D. G. Stern, & comp., *The Cambridge Companion to Wittgenstein* (págs. 139-170). Cambridge: Cambridge University Press.
- Clérico, L., & (eds), J. S. (2011). *La teoría del Derecho de Hans Kelsen*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Corvalán, J. (01 de 05 de 2017). Qué es una Democracia Constitucional . Mendoza, Argentina.
- Coyle, S. (4 de 6 de 2016). *Springer*. Obtenido de Law and Philosophy, Vol. 25, No. 4 (Jul., 2006), pp. 417-452: <http://www.jstor.org/stable/27639437>
- Cracogna, D. (12 de 01 de 1987). Norma Fundamental y valor. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, No. 77. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín. Colombia.*, 148-157. Obtenido de Norma Fundamental y Valor: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5460992.pdf>
- Croons, A. (2010). Wittgensteins and Kripke and the rule following paradoxe. *University of Pennsylvania*, 103-109.
- David, B. (n.a. de 1997). *Wittgenstein, Rules and Institutions*. Obtenido de <http://site.ebrary.com/lib/keris/Doc?Id=10017072&page=9>: Florence, KY, USA: Routledge, 1997. p ix.
- Deleuze, G. G. (1993). *Qué es la Filosofía?* Barcelona: Anagrama.
- DePáramo, J. (1984). *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Doren, J. W. (4 de 06 de 2015). *Theories of Professors H.L.A. Hart and Ronald Dworkin*. Obtenido de <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev>: Published by EngagedScholarship@CSU,
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio. Trad. de Martha Guastavino*. Barcelona : Editorial Ariel, S. A.
- Endicott, T. (19 de 05 de 2016). *Law and Language*. Obtenido de <http://plato.stanford.edu/>: <http://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=law-language>
- Ewbank, M. (23 de 02 de 2015). *El derecho estadounidense: El máximo del minimalismo*. Obtenido de www.fundacioneliasdetejada.org: <http://fundacioneliasdetejada.org/wp-content/uploads/2014/04/II-JDN-24.pdf>

- Fernando Aguiar. (12 de 09 de 2012). *Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y descriptivos*. Obtenido de Dialnet-Unirioja. Revista: Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales, ISSN 1139-5737, Nº 8, 2004, págs. 139-160: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1374534>
- Ferraro, A. (2000). El ideal ético más alto. Neokantismo y protección internacional de los derechos humanos. Universidad de Buenos Aires. *Isegoría*, No.22, 165-180. Obtenido de El ideal ético más alto.
- Figuroa Barrios, S. (2014). Reglas sociales, formas de vida y juegos. En Varios, *Hart en la Teoría del Derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho* (pág. 427). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Finnis, J. (2011). Revisando los fundamentos de la razón práctica. *Persona y Derecho. Oxford Unibversity*, 15-42.
- Foucault, M. (2001). *La arqueología del Saber*. París: Montehuil.
- Fraser, N., & Honneth, A. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.
- Fuertes-Planas, C. (2007). Validez, obligatoriedad y eficacia. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 8.*, 131-186. Obtenido de PhiAnuario.
- Fuller, L. (1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review. Vol.71 Num. 4*, 630--672 .
- Gallo, J. A. (s.f.). *InDRET Penal. Revista para el análisis del Derecho*. Recuperado el 05 de 05 de 2011, de Revista Electrónica para el análisis del Derecho: <http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/300463>
- García, R. (15 de 02 de 2017). <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1217071.pdf>. Obtenido de Radbruch y la seguridad jurídica: www.dialnet.unirioja.es
- Garzón, F. (1995). Crítica de Ludwig Wittgenstein al problema de los lenguajes privados. *Universitas philosophica* 23-24. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 133-149.
- GRAHAM, G.J. (1990). Thoughts on Ludwig Wittgenstein and political analysis. *The political science reviewer*, 247-269.
- Gier, N. f. (1980). Wittgenstein and Forms of Life. *Philosophy Social Science* No 10, 241-258.

- Gómez, E. R. (2007). La idea del derecho en la filosofía jurídica. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 6, 29-56.
- González, S. P. (Diciembre de 2008). El Derecho en la sociedad del riesgo. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 95-107. Obtenido de <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero6/perez.pdf>
- Guastini, R., Green, L., Squella, A., Millaleo, S., & Figueroa, S. (2014). *Hart en la teoría del derecho contemporánea*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Habermas, J. (2000). *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2008). *Teoría de la Acción Comunicativa, II, Título original: Theorie des kommunikativen Handelns, Band II. Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft*. México: Taurus.
- Hart, H. (1964). *PostScriptum*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. (1982). <https://search-proquest-com.ezproxy.unal.edu.co/artshumanities/docview/203359901/fulltextPDF/47B55568DF7C4135PQ/43?accountid=150292-???> Obtenido de Oxford University Press.
- Hart, H. (1994). El cielo de los conceptos de Ihering y la Jurisprudencia analítica moderna. En P. Casanovas, & J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. (págs. 109-123). Barcelona: Crítica (Grijalbo).
- Hart, H. (1994). La teoría de Kelsen sobre la Unidad del Derecho. En E. P. Moreso, *El ámbito de lo jurídico* (pág. 520). Barcelona: Crítica.
- Hart, H. (1994). *PostScriptum a El Concepto de Derecho*. Mexico: Universidad Autónoma de Mexico.
- Hart, H. (23 de 05 de 2016). <http://isites.harvard.edu>. Obtenido de <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic97122.files/Hart>
- Hart, H. (05 de 10 de 2016). <http://isites.harvard.edu>. Obtenido de *Are There Any Natural Rights?*: <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic97122.files/Hart.pdf>
- Hart, H. (28 de January de 2018). *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Philosophy*. Oxford., 28 January 2018, Inglaterra: Oxford Scholarship Online: March 2012 DOI:10.1093/acprof:oso/9780198254683.001.0001.

- Hart, H. A. (1994). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño. En Varios, *El ámbito de lo jurídico* (pág. 520). Barcelona: Grijalbo Mondadori.
- Hart, H. L. (2012). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot S.A.
- Heidegger, M. (1976). *Carta sobre el Humanismo. Traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte, Madrid 2000*. *La Carta sobre el ...* Frankfurt am Main: W. von Herrmann, Vittorio Klostermann.
- Himma, K. (2012). Inclusive Legal Positivism. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0004, 42.
- Hobbes, T. (1994). *Leviatán I* (Vol. I). (C. Mellizo, Trad.) Barcelona, España: Altaya.
- Hoyos, L. (2014). *Ensayos de filosofía práctica y de la acción*. Bogotá D. C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Huerta, M. (s.f.). Obtenido de <https://www.magisterio.com.co/articulo/estrategias-para-desarrollar-las-inteligencias-multiples>
- Huerta, M. (23 de 03 de 2017). *Magisterio*. Obtenido de <https://www.magisterio.com.co/articulo/estrategias-para-desarrollar-las-inteligencias-multiples>
- Hume, D. (23 de 08 de 2015). *www.librosdot.com*. Obtenido de <http://www.bajalibros.com/CL/Tratado-de-la-naturaleza-humana-David-hume-eBook-1090706>
- Ihering, R. (1994). La jurisprudencia de conceptos. Teoría de la Técnica jurídica. En P. Casanovas, & J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. (págs. 60-108). Barcelona: Crítica (Grijalbo).
- James, F., & (Eds), L. P. (2003). *Debating Deliberative Democracy*. Oxford: Backwell Publishing.
- Janik, A., & Toulmin, S. (1975). *Wittgenstein's Vienne*. New York: Simon and Schuster.
- Jiménez, R. (20 de 04 de 2009, No. 10). *Problemas abiertos de la Regla de Reconocimiento*. Obtenido de <http://universitas.idhbc.es>: <http://universitas.idhbc.es>

- Kant, I. (1995). *La Metafísica de las Costumbres. Estudio preliminar de Adela Cortina. Trad. y notas Adela Cortina Orts y Jesus Conill Sancho*. Bogotá D.C.: Rei Andes.
- Kelsen, H. (1969). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM. Textos Universitarios.
- Kelsen, H. (1987). *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. México: Editorial Porrúa.
- Kelsen, H. (1994). La Teoría Pura del Derecho y la jurisprudencia analítica. En P. C. eds., *El Ámbito de lo Jurídico* (págs. 202-231). Barcelona: Grijalbo.
- Kelsen, H. (2009). *La Teoría Pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kelsen, H. (2012). La transformación del concepto de soberanía. Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez. *ReDCE. Año 9. Núm. 18. Julio-diciembre/2012.* , 345-358.
- Kelsen, H. (2016). *Teoría pura del Derecho*. Bogotá: Editorial Géminis.
- Koorsgard, C. (2016). Reflections on the evolution of Morality. *The Activity of Reason,* APA.Proceedings number 9, 30-38.
- Korsgaard, C. (2016). "The Activity of Reason,"Reflections on the Evolution of Morality. *APA Proceedings-Harvard University*, 30-38.
- Lane, R. (26 de 05 de 2016). <http://www.jstor.org>. Obtenido de Pitkin's Dilemma: The Wider Shores of Political Theory and Political Science : <http://www.jstor.org/stable/3688808>
- Lariguet, G. (2015). Oh Philosophy! There will be no more sorrow or forgetfulness. A reply to Carlos Montemayor's Rationality and Reasonableness in legal theory. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho No. 15*, 405-421.
- Lawn, C. (10 de 02 de 2015). *Wittgenstein and Gadamer: Towards a Post-Analytic Philosophy of Language*, Continuum Press, 2005, 208 pp, \$105.00 (hbk), ISBN 0826475299. Obtenido de <https://ndpr.nd.edu>: <https://ndpr.nd.edu/news/24813-wittgenstein-and-gadamer-towards-a-post-analytic-philosophy-of-language/>
- Leibniz, G. (1.666). *Disertación sobre casos perplejos en Derecho. Introducción, Traducción y notas de Ramón Martínez Tapia. Profesor Jubilado 2015*. Almería: Universidad de Almería.
- Leiter, B. (05 de 11 de 2016). *Leiter, Brian, Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence. U of Texas Law, Public Law Research*

*Paper No. 34. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=312781>. Obtenido de www.ssrn.com:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781&rec=1&srcabs=968657&alg=1&pos=1*

Locke, J. (1995). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Barcelona: Altaya.

Ludwig Wittgenstein. (22 de 12 de 2015). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Obtenido de www.philosophia.cl.

Luhmann, N. (23 de 05 de 2003). *El derecho de la Sociedad*. México, Mexico.

MacCormick, N. (1994). Four Quadrants of Jurisprudence. En N. M. Werner Krawietz, *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems* (págs. 53-70). Berlin: Duncker & Humblot.

MacCormick, N. (2007). *Institutions of law*. New York: Oxford University Press.

MacCormick, N. (2008). *H.L.A. Hart. Segunda Edición*. Stanford, California: Stanford University Press.

MacIntyre, A. (1994). *Justicia y Racionalidad. Título original: Whose justice? Which rationality?* Barcelona: Ediciones Internacionales Universitarias EIUNSA.

MacIntyre, A. (2001). *Animales racionales y dependientes*. Barcelona: Paidós Ibérica.

MacIntyre, A. (2012). Teorías del derecho natural en la cultura de la modernidad avanzada. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012) ISSN: 0214-867, 6 pp. 513-526.

MacIntyre, Alasdair. (1994). Natural Law against the Nation-State: Or the Possibility of the Common Good against actuality of public interest. *The 1994 Agnes Curnig Lectures in Philosophy*, (pág. n.a.). Dublín.

MAFFETONE, S. (2011). *Sen's Idea of Justice versus Hart's theory of Justice*. Indian Journal of Human Development, Vol. 5, No. 1.

Malinowski, B. (1964). "El problema del significado en las lenguas primitivas". En O. & Richards, *El significado del significado* (pág. 23). Buenos Aires: Paidós.

Mantilla, B. (2002). *Hans Kelsen. El Jurista del siglo XX*. Medellín: Señal Editora.

- Mañalich, J. P. (2010). ¿Reglas del entendimiento? Acerca de la juridificación de la comunicación en la pragmática universal de J. Habermas. *Estudios Públicos. No. 119*, 121-149.
- Mañalich, J. P. (2012). Reglas primarias de obligación. Las "reglas del derecho penal" en el concepto de derecho de H.L.A.Hart. *ZIS.7.Zeitschrift fur Internationale Strafrechtsdogmatik Jahrgang, Ausgabe 11/2012, S.*, 571 - 585.
- Mañalich, J. P. (30 de 07 de 2014). Reglas primarias de obligación. Las "reglas del derecho penal" en El Concepto de Derecho. *Hart en la Teoría del Derecho Contemporánea*. Santiago de Chile., Región Metropolitana, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Marmor, A. (02 de 08 de 2019). *Exclusive Legal Positivism. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Obtenido de www.oxfordhandbooks.com © Oxford University Press, 2018.
- Marquez, J. (05 de 10 de 2016). *dadun.unav.edu*. Obtenido de Depósito Digital Universidad de Navarra: dadun.unav.edu/bitstream/10171/12480/1/PD_12_05.pdf
- Marquez, J. (07 de 10 de 2016). *dadun.unav.edu*. Obtenido de dadun.unav.edu/bitstream/10171/12480/1/PD_12_05.pdf
- Marrades, J. (2011). Wittgensein, constructor de modelos. *Revista Análisis Filosófico*, 141-163.
- Martínez, H. L. (2010). Alcance y pertinencia de las lecturas éticas del Tractatus Logico-Philosophicus de Wittgenstein. *Ideas y Valores # 142*, 111-130.
- Marx, K. (1994). El manifiesto filosófico de la Escuela histórica del Derecho. En P. Casanovas, & J. Moreso , *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de Pensamiento jurídico contemporáneo* (págs. 49-59). Barcelona: Crítica (Grijalbo).
- Mason, E. (04 de 02 de 2008). *An argument against the internalism motivational*. Obtenido de Meeting of the Aristotelian Society held at Senate House, University of London: Proceedings of the Aristotelian Society, Vol. cviii, Part 2
- Maturana, H., & Varela, F. (2003). *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*. Buenos Aires: Editorial Universitaria Lumen.
- Medina, D. E. (2003). Kelsen, Hart y Dworkin en Colombia: Condiciones de posibilidad de una filosofía local del Derecho. *Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Memorias Primer Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social* (págs. 69-106). Medellín: Señal Editora.

- Medina, H. (2015). Wittgenstein: Seguimiento de Reglas. *Seminario Filosofía C. Sociales y Hermenéutica/Dr. Jaime Ramos Arenas*. (pág. 8). Bogotá: working-paper para Seminario.
- Mejía Quintana, O. (25 de 11 de 2015). *La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación*. Obtenido de <http://documents.mx/>: <http://documents.mx/documents/la-norma-basica-como-problema-iusfilosofico-mejia-quintana-oscar.html>
- Mejía, O. (2005). La filosofía política de John Rawls (i): La teoría de la Justicia. De la tradición analítica a la tradición radical filosófica-política. En R. Arango, M. Cepeda, A. Hernández, O. Mejía , F. Cortés, & A. Uribe, *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea - See more at: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1261/#sthash.kdS0oGJY.dpuf>* (págs. 29-62). Bogotá: Universidad nacional de Colombia.
- Mejía, O. (2005). La filosofía política de John Rawls (II).El Liberalismo político. Hacia un modelo de democracia consensual. En O. Mejía, F. Cortés, M. Cepeda, A. Uribe, R. Arango, & A. Hernández, *Con Rawls y contra Rawls: una aproximación a la filosofía política contemporánea - See more at: <http://www.bdigital.unal.edu.co/1261/#sthash.2w8zgF2t.dpuf>* (págs. 63-92). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Mill, J. S. (1994). Observaciones sobre la Filosofía de Bentham. En P. Casanovas, & J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (págs. 147-164). Barcelona: Crítica (Grijalbo).
- Montemayor, A. B. (sf). La tesis. En A. B. al, *Los textos de la Ciencia. Principales clases del discurso académico científico* (págs. 267-282). Argentina: Editorial Comunicarte. Lengua y Discurso.
- Mora, M. N. (23 de 11 de 2004). *Wittgenstein y la teoría derecho:una senda para el convencionalismo juridico*. Madrid: Marcial Pons. Obtenido de academia.edu: www.academia.edu
- Moral, A. d. (Enero-Junio de 2014). Laudan y la falacia naturalista. *Analogía Filosófica. Revista de Filosofía, investigación y difusión*, 1(1), 125-136.

- Morales, A. (2014). La regla de reconocimiento de H. L. A. Hart: ¿Innecesaria reduplicación de las reglas de cambio o concepto con autonomía explicativa? *Pensamiento Jurídico No. 39. Enero-Junio.*, 55-78.
- Navarro, P. E., & Bouvier, H. (2009). Controversias jurídicas y seguimiento de reglas. *Instituto de investigaciones Sociales.*, 34.
- Olivecrona, K. (1994). El velo de misterio de Bentham. En P. Casanovas, J. J. Moreso, & Eds., *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo. Trad. José Juan Moreso* (págs. 165-177). Barcelona: Grijalbo Mondadori.
- Ortiz, F. E. (2008). La indeterminación del derecho y la sentencia C -83 de 1995. *Derecho justo*, 18.
- Ove, H. S. (2009). Measuring Uncertainty. *Studia Logica*, 21-40.
- Palavecino, S. (22 de 03 de 1993). Sobre la noción de regla en J. Habermas y L. Wittgenstein. *Revista de Filosofía y Teoría Política No. 30* pp. 89-93. La Plata. UNiversidad Nacional de la Plata. Repositorio institucional. SEDICI, Argentina.
- Parada, P. R. (12 de 09 de 2015). *Wittgenstein y Heidegger a la luz de la semiótica trascendental de Karl Otto-Apel*. Obtenido de Dialnet: www.dialnet.com
- Páramo, J. D. (1984). *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Patiño, A. (2006). *Comunicación y Actos de habla. Colección Cuadernos Filosófico-Literarios No. 19*. Manizales: Centro Editorial Universidad de Caldas.
- Paulson, S. L. (2011). La reconstrucción radical kelseniana de la norma jurídica. En J. S. Laura Clérico, *La Teoría del Derecho de Hans Kelsen* (págs. 11-43). Bogotá D. C. : Universidad Externado de Colombia.
- Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (1994). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica. Trad. de J. Sevilla Muñoz*. Madrid: Gredos.
- Pérez, A. (16 de 11 de 2016). www.derecho.unam.mx. Obtenido de www.derecho.unam.mx: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/75/dtr/dtr6.pdf>
- Pérez, V. R. (04 de 2002). *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*. Obtenido de Derecho y Razonamiento práctico en C.S. Nino.
- Pineda, J. F. (2014). Wittgenstein y Gadamer: El dualismo de la ciencia. *Ideas y Valores*, 41-58.

- Pino, G. (s.f.). Farewell to the Rule of Recognition? *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 5, 265-299.
- Platón. (1987). *Diálogos II. República IV*. Madrid: Editorial Gredos.
- Portocarrero, J. (30 de 11 de 2011). Peligros y límites de la ponderación. Análisis de la aplicación del juicio de ponderación en casos. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Tesis de grado., Perú.
- Pradier, P.-C. a. (10 de 10 de 2012). <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>. (H. y. Dto de Lógica, Ed.) <http://62.204.194.43/fez/collection/bibliuned:81>, 63. Recuperado el 05-10 de 2011, 2015, de <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>
- Ramís Barceló, R. (2012). De la Ética al Derecho en la obra de Alasdair MacIntyre. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 527-545.
- Ramís Barceló, R. (25 de 04 de 2012). *Derecho natural, historia y razones para actuar*. Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/13983>: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/13983/derecho_ramis_2012.pdf?seq
- Rawls, J. (1985). *Teoría de la Justicia. Fondo de Cultura Económica. Trad. de María Dolores González*. México: Editorial Olympia.
- Rawls, J. (2015). *Liberalismo Político. Trad. Sergio René Madero Báez*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Raynaud, G. (1977). *Popol-Vuh o El libro del consejo de los indios quichés. Trad. Miguel Angel Asturias y J.M. González de Mendoza*. Buenos Aires: Losada.
- Raz, J. (12 de 09 de 1001). Entrevista con Joseph Raz. (J. R. Manero, Entrevistador)
- Raz, J. (1971). The Identity of Legal Systems. *California Law Review*, 795-815.
- Restrepo Ramos, J. ". (2013). La teología política de Carl Schmitt. Una lectura desde su debate con Hans Kelsen. *Revista Derecho del Estado No. 13*, pp. 259-296.
- Rivaya, B. (30 de Mayo de 2006). *El enigma del contenido mínimo del derecho natural*. Obtenido de <https://revistas.unal.edu.co>: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40367> No. 16
- Robles, G. (1995). El concepto de norma fundamental en Kant. *Rev. - Persona y Derecho - Vol. 33-Dialnet*, 299-307.

- Roca, V. (s/d). Cap.V. El razonamiento jurídico justificativo. 406-538.
- Rodríguez Molinero, M. (2002). "Gustav Radbruch visto por Arthur Kaufmann". *Persona y Derecho*, 47, 17-104.
- Rodriguez, C. (1997). *La decisión Judicial:H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. Estudio Preliminar de Cesar Rodríguez*. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre-Facultad de Derecho Universidad de Los Andes.
- Rodriguez, J. L. (23 de Julio de 2003). *Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas*. Obtenido de <http://cervantesvirtual.com>:
<http://cervantesvirtual.com/portal/doxa/26>
- Rodríguez-Toubes, J. (1993). El iusnaturalismo de John Finnis. *Anuario de Filosofía del Derecho X*, 375-406.
- Ronald, W. C. (18 de 08 de 2008). *Political Culture, Mass belief and values change*. Obtenido de Academia edu:
https://www.academia.edu/2814229/Political_culture_mass_beliefs_and_value_change
- Ross, A. (1994). El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural. En J. Moreso, & J. E. Moreso , *El ámbito de lo Jurídico. Lecturas sobre el pensamiento jurídico contemporáneo* (págs. 361-382). Barcelona: Crítica (Grijalbo).
- Rousseau, J. J. (1998). *El Contrato social o Principios de Derecho Político*. México D. F.: Editorial Porrúa.
- Ruiz, J. (2014-Abril--Junio.). El discurso implícito: aportaciones para un análisis sociológico. *Revista especializada en investigación social REIS* , No. 146, 171-190.
- Savigny, F. V. (1994). La Escuela histórica del Derecho.Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica. *Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. En P. Casanovas, & J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico.Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo* (págs. 22-30). Barcelona: Crítica)(Grijalbo).
- Schmitt, C. (2009). *Teología Política.Traduccion de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez*. s.d.: Trotta.
- Searle, J. (1964). How to derive "ought" from "is". *Philosophical Review* 73 (1), 43-58.
- Searle, J. (1980). *Actos de Habla*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- Sen, A. (2000). *La idea de la Justicia*. Barcelona: Paidós.

- Senge, P. (20 de 03 de 2015). *La Quinta Disciplina en la Práctica*. Obtenido de www.icesi.edu.co: <ftp://ftp.icesi.edu.co/farenas/laquintadisciplinaenlapractica.pdf>
- Sentencia, C-63 (Corte Constitucional. M.P. Carlos Gaviria Díaz 01 de 03 de 1995).
- Shapiro, S. (30 de 10 de 2016). *Michigan Law. University of Michigan*. Obtenido de The “Hart-Dworkin” debate: A short guide for the perplexed: <https://www.ssrn.com/en/>
- Shapiro, S. (30 de Junio de 2018). <https://papers.ssrn.com>. Obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304645
- Sobrevilla, D. (2008). *La filosofía del Derecho alemana actual de orientación racionalista. Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe*. México: Ediciones Fontamara.
- Sve Ove Hansson. (23 de 08 de 2005). *Theory of Decision. A brief introduction*. Stockholm, Sweden.
- Thomas, H. (1994). *Leviatán I y II. Trad. Carlos Mellizo*. Barcelona: Altaya.
- Toh, K. (2015). Erratum to: Four neglected prescriptions of hartian legal philosophy. *Law and Philosophy (2015) 34, Springer Science+Business Media Dordrecht*, 333–368.
- Tomasso, P. (06 de 11 de 2014). <https://pdfs.semanticscholar.org>. Obtenido de Reading Finnis' Natural Law Theory in the Shadow of Hart: <https://pdfs.semanticscholar.org/.../16ddea363a54f526a110d8fcc>
- Valenzuela, J. A. (12 de 04 de 2013). *La teoría del derecho de H.L.A. Hart*. Obtenido de www.juridicas.unam.mx: www.juridicas.unam.mx
- VegaGómez, J. (s.d de s.m de 2004). *El Positivismo excluyente de Raz*. Obtenido de Boletín Mexicano de Derecho Comparado: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0041-86332004000200009&lng=es&nrm=iso&tlng=es
- Vidal, J. (2019). Naturaleza humana y seguimiento de reglas. Nota Crítica. *teorema Vol. XXXVIII/1, 2019, [BIBLID 0210-1602 (2019) 38:1, 157-168*.
- Vigo, R. (s.a.). Un balance de la teoría discursiva de R. Alexy. *Doxa 26. Edición Electrónica*, 54.

- Villabona, A. R. (2011). La Validité Des Systèmes Juridiques: Les Théories De La Norme Basique. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi. Edición 12, Vol. 6, No 2, julio – diciembre*, 1-32.
- Villar, L. (2002). Hans Kelsen y el Derecho internacional. *Derechos y Libertades, No 14, Epoca II*, 221-234.
- Volbers, J. (3 de 09 de 2013). *Self-Knowledge as a Technology of the Self: Foucault and Wittgenstein on the practices of philosophy*. Obtenido de <http://wittgensteinrepository.org>: <http://wittgensteinrepository.org/agora-ontos/article/viewFile/2184/2402>
- Walter, R. (1998). *Kelsen,, la Teoria Pura del Derecho y el Problema de la Justicia. Trad. de Luis Villar Borda*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Waluchow, W. J. (1985). Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice. *Law and Philosophy, vol4, NO. 1*, 41-70.
- Wilson, D., & Sperber, D. (2004). La Teoría de la Relevancia. *Revista de investigación lingüística*, 237-286.
- Winch, P. (1990). *The idea of a Social Science and its relation to philosophy*. London: Routledge Great Britain and Humanities Press International.
- Winch, P. (2010). *Ciencia Social y filosofía*. Barcelona: Amorrortu Editores.
- Wittgenstein, L. (1975). On Certainty. En e. G. Wright, *On Certainty* (pág. 54). Oxford, England: Basil Blackwell.
- Wittgenstein, L. (s.f.). *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. En L. Wittgenstein, *Título original: Philosophische Untersuchungen*. Madrid: Altaya.
- Young, M. (26 de 12 de 2011). La Responsabilidad por la Justicia. *Mujeres en Red. El periódico feminista*.

