

Regla de Reconocimiento y *contenidos mínimos de derecho natural en Hart*: en pos de una articulación

Rule of Recognition and *Minimum Contents of Natural Law in Hart*: in Pursuit of an Articulation

Ubalдина Díaz Romero*
udiazr@unal.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0003-2610-605X>
Investigadora en INVIUS y la Fundación ALEPH

Artículo de reflexión derivado de investigación**

Recepción: 23 de agosto de 2020

Aprobación: 26 de enero de 2021

<https://doi.org/10.18273/revfil.v20n2-2021006>



Resumen: en este artículo propongo una conexión entre la regla de reconocimiento de H. L. A. Hart y la tesis de contenidos mínimos de derecho natural del mismo autor. La regla de reconocimiento es comprendida como una regla convencional constituida por la práctica de los funcionarios judiciales encargada de aplicar criterios de validez, para determinar si las normas particulares pertenecen al sistema. Los contenidos mínimos de derecho natural constituyen la base de tendencias o instintos de los humanos en su búsqueda de supervivencia. A partir de los planteamientos de Marmor y Raz, se propone que en la regla de reconocimiento los contenidos mínimos de derecho natural constituyen el primer filtro de evaluación de la validez de las normas jurídicas particulares sometidas a reconocimiento jurídico, lo cual aporta solidez y consistencia significativa a las tesis de la discrecionalidad y de la separabilidad de la teoría hartiana.

Palabras clave: regla convencional; validez; norma jurídica; mínimos jurídicos; convención constitutiva; autoridad legítima.

*Colombiana. PhD. en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Investigadora en INVIUS y la Fundación ALEPH, Colombia.

**Este artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación del mismo nombre, desarrollado en el marco del doctorado de Filosofía realizado en la UNAL, (2014-2020) Sede Bogotá, financiado por el programa Doctorados Nacionales de Minciencias (Colombia). Convocatoria 727 de 2015 y culminado el 24 de septiembre de 2020. Fueron respectivamente directores de proyecto y codirector los profesores Ángela Uribe Botero y Oscar Mejía Quintana, de la misma universidad.

Forma de citar (APA): Díaz-Romero, U. (2021). Regla de Reconocimiento y contenidos mínimos de derecho natural en Hart: en pos de una articulación. *Revista Filosofía UIS*, 20(2). 119-139. <https://doi.org/10.18273/revfil.v20n2-2021006>

Abstract: in this article I propose a connection between Hart's rule of recognition and the thesis of minimum contents of natural law of the same author. The recognition rule is understood as a conventional rule constituted by the practice of judicial officials in charge of applying validity criteria to determine whether particular norms belong to the system. The minimum contents of natural law constitute the basis of human tendencies or instincts. In his quest for survival. From the approaches of Marmor and Raz, it is proposed that in the recognition rule the minimum contents of natural law constitute the first filter for evaluating the validity of the particular legal norms subject to legal recognition, which provides solidity and significant consistency to the thesis of discretion and separability of the Hartian theory.

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

1. Introducción

La tesis de la Regla de Reconocimiento (en adelante RR) es la columna dorsal de la teoría de Hart. En este artículo aclaro la articulación de esta tesis con la de los contenidos mínimos de derecho natural (CMDN) del mismo autor. Espero demostrar que esa fuente originaria de la razón contenida en lo que llamaré los *Mínimos del derecho*, está conjugada en un conjunto de reglas primarias de obligación y juega un rol básico en la Regla de Reconocimiento. A partir de la publicación de *El Concepto de Derecho*, la discusión en el ámbito académico iusfilosófico se centró de manera puntual en uno u otro aspecto de las tesis hartianas, sin que tal trabajo teórico fuera objeto de una hermenéutica capaz de superar las dicotomías centradas en la distinción derecho-moral, iusnaturalismo-positivismo, entre otras.

Una profundización en las implicaciones de la apertura de perspectivas que hace Hart daría cuenta de que, al precisar la perspectiva interna del participante y distinguirla de la perspectiva externa o del observador y precisar los enunciados que conforme a ellas se producen y construyen el horizonte de lo jurídico en el quehacer ordinario de funcionarios y ciudadanos, Hart dotó de referentes básicos, o razones básicas, los criterios de identificación de las normas particulares, al insertar allí aquellas necesidades sustanciales de la condición humana que, en perspectiva racional, justifican la existencia de los sistemas jurídicos. Tales necesidades encarnan aquellos mínimos contenidos de derecho natural aceptados por Hart y atienden a las particularidades que, desde el contexto, imprimen significado relevante a unos y otros de esos contenidos, insertos como están en una forma de vida determinada y concreta.

El proveer algún grado de claridad sobre la articulación descrita en líneas anteriores puede constituir una oportunidad para realizar, en ámbitos de discusión iusfilosófica, una mirada más contemporánea a la obra de Hart, dado que este estudio busca minimizar, aunque sea en una pequeña parte, los obstáculos que el lector primerizo puede encontrar en sus textos. Al mismo tiempo se espera que sea este artículo un pretexto para la reactivación del debate en torno a otras tesis de Hart, que probablemente han vuelto a cobrar vigencia en el ámbito académico intercontinental a la luz de los cambios sobrevenidos en las relaciones sociales y en los contextos laborales y educativos con ocasión de la pandemia actual.

El artículo está compuesto por tres secciones: en la primera, se presentan las tesis en torno a las cuales se configura el problema a analizar; en la segunda, se intenta demostrar algunas de las posturas en torno a dichas tesis; en la tercera, se busca desarrollar una argumentación que intente responder a la articulación planteada.

2. Regresando a Hart

Una lectura que permita compendiar de forma articulada estas dos tesis exige una caracterización de las mismas. Así, es imprescindible recordar que, para Hart, afirmar que existe una regla de reconocimiento en un contexto jurídico dado es afirmar que existe una práctica dondequiera que se acepte su existencia. Dicha práctica proporciona criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación, tanto a particulares como a funcionarios (Hart, 2012, p. 125). Esta práctica puede manifestarse tanto en sistemas jurídicos simples —como el hipotético sistema del ejemplo citado por Hart en su obra, el del soberano Rex (p. 126)— como en los sistemas jurídicos contemporáneos, donde se encuentra cualquier cantidad de recursos jurídicos que operan como estándares para el reconocimiento de las normas primarias de obligación. Cuando se profundiza en la concepción de tal regla de reconocimiento, se da con que el uso *que hacen de ella* los funcionarios es lo que la configura como tal y no una mera formulación, la cual, en algunos, casos se da. Existe porque hay un uso activo de ella. ¿Por quiénes?, por los funcionarios, claro está, quienes son los encargados de seleccionar o poner a disposición tales criterios de reconocimiento; pero también por los particulares, que la reconocen como tal al comportarse, obedecer o ajustar

su comportamiento en el marco de las decisiones tomadas por los funcionarios al hacer uso de ella. Se caracteriza además como regla *última* (Hart, 2012, p. 132).

El autor sitúa dicha regla como el referente detrás del cual no existe otro más que permita validar las normas particulares. Aún cuando Hart fue claro en señalar que existen diversos modos de expresión o modalidades en que la regla de reconocimiento “aparece” en una sociedad, es claro que, para él, siguen existiendo como prácticas —en cuanto es en la actividad de funcionarios tendientes a la resolución de conflictos entre normas— en las sociedades contemporáneas, donde se hace visible la presencia de los criterios que aporta dicha regla. Cuando esta es la que otorga criterios de validez al funcionario y al ciudadano, en sí misma no está subordinada o sujeta a ningún criterio de validez. Por otra parte, en el mundo jurídico contemporáneo, se encuentran diversos recursos que pueden ser tomados como criterios de validez. Mas, de algún modo, ellos se encuentran subordinados o jerarquizados de forma relativa, dado que en diversos eventos de esta tarea evaluativa o identificadora de normas particulares, solo uno de ellos ocupará el honroso puesto de criterio supremo (Hart, 2012, p. 132).

Adicionalmente, al hablar de esta regla ha de destacarse la precaución que el autor muestra cuando hace visible la naturaleza de los enunciados de validez jurídica con los cuales los funcionarios abordan la evaluación de normas particulares primarias. Al respecto, se cuida de señalar que los enunciados de validez jurídica, que de manera rutinaria o cotidiana profieren los funcionarios en el marco de su labor como funcionarios judiciales, entrañan algunas presuposiciones por cuanto son enunciados internos de derecho (Hart, 2012, p. 134). Es decir, aquellos proferidos por quienes aceptan de modo recurrente la validez del sistema jurídico como tal en una determinada comunidad no deben ser percibidos fuera del trasfondo o contexto en el cual ellos se producen. Por ser producto de esa actitud interna propia de quienes aceptan tácitamente la regla de reconocimiento del sistema, muchos de sus presupuestos son implícitos. Pero advierte que esto no se ha de confundir con la afirmación muy difundida en la tradición de la *Teoría Pura del Derecho*, que una regla que otorga sistematicidad a un orden jurídico ha de darse por admitida o postulada, o de aceptarse como una hipótesis (p. 134). Dada la naturaleza inquietante de esa práctica generada por ese patrón de comportamiento, que viene a ser en Hart la RR, es pertinente retomar

su pregunta suscitada por los problemas que advierte para la comprensión de dicha regla: ¿existen razones prudentes para apoyar a un sistema jurídico que subsista solo con la noción de una práctica identificada como regla de reconocimiento? (Hart, 2012, p. 134).

2.1 Naturaleza de la tesis CMDN¹

Los hechos naturales, tipificados en la siguiente tabla con el rótulo “contenidos”, suministran una razón para que el derecho y la moral, dada la supervivencia como objetivo, deban incluir un contenido específico (Hart, 2012, p. 239). Esta afirmación combina elementos descriptivos en cuanto se presentan como una constatación de hechos naturales y, al tiempo, una perspectiva teleológica.

Tabla 1

Contenidos Mínimos de Derecho natural. Elementos constitutivos.

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.

Nota: Esta tabla muestra los nexos que van desde la condición básica del humano como ser vivo a la constitución de principios fundamentales para la supervivencia.

¹ Contenidos mínimos de derecho natural.

Según esta perspectiva teleológica, los hombres tienen como objetivo la sobrevivencia. Las críticas en torno a esta tesis han sido diversas y algunas se enfocan en negar el carácter de teoría de Derecho Natural de la misma². En el caso de S. Brury, (1981, citado en Rivaya, 2000) se descarta la denominación de tesis de derecho natural, dado que la gran mayoría de estas se dedican a prescribir lo que el hombre debe desear y no a describir lo que este desea. Pero hay que disentir de esta crítica que desvirtúa la naturaleza de la tesis en cuestión, pues parten los críticos aludidos de un concepto de derecho que no es compatible con aquel del cual parte Hart. Para Hart, el derecho se sostiene en la tesis de la separabilidad entre derecho y moral; por ello, su noción del derecho parte de una distinción fundante: la perspectiva o actitud interna que es la base para distinguir entre hábitos y normas, separación que es la que hace posible pensar la estructura del sistema en reglas primarias y secundarias. ¿Hay esta estructura en una moral positiva? No conozco el caso.

Así, desde esa perspectiva, y muy a pesar de quienes pretenden desvirtuar la solidez de la tesis de los CMDN señalándola como una *versión primitiva* de derecho, se hace imperativo destacar que una tesis enmarcada en una concepción del derecho, que lo entiende como estructura formada por reglas primarias y secundarias, no puede comprenderse si —en lugar de observar las características propias de los comportamientos básicos de un grupo humano estable, con una organización incluso elemental— desconoce la existencia de dichos rasgos comportamentales de los individuos asociados por la reiterada posición que imprime a sus miradas un sesgo proveniente de las explicaciones morales que explican dichos comportamientos, negando así la existencia de dicha estructura, que si bien requiere de mayor sustento para explicar sistemas jurídicos contemporáneos, se constituye en la base insoslayable de tal explicación.

2.2 Lo que reconoce una regla de reconocimiento

El debate en la iusfilosofía ha hecho al positivismo analítico jurídico objeto de un crecido número de críticas, algunas de las cuales, como se ha señalado en el párrafo precedente, se han enfocado en los CMDN; y muchas otras dirigidas a la denominada regla de reconocimiento. Dichas críticas comprenden un rango

² Por ejemplo, Cotterell, (1989, citado en Rivaya, 2000), Urbina (1996, citado en Rivaya, 2000) y Martin (1987, citado en Rivaya, 2000).

amplio de cuestionamientos: las que se dirigen directamente a sus condiciones de existencia, las de la RR, por supuesto como las de Dworkin, Shapiro, Finnis, entre otros; las que se enfocan en un posible contenido moral de dicha RR como las de Fuller, (1958, p. 638); así como las que se centran en cuestionar la función atribuida por su autor a dicha tesis en un sistema jurídico (Pino, 2011, pp. 269-271).

Hart ha sido uno de los autores tratados con menos justicia por los comentaristas a la hora de evaluar sus tesis. Se evidencia lo anterior por el insistente deseo e intención de cuestionar desde la orilla teórica propia o más cercana a las investigaciones de tales comentaristas, prescindiendo de un análisis completo de las tesis criticadas. En la “lucha por el reconocimiento”, en todos los campos de la vida humana se manifiesta este afán de obtener posicionamiento a costa de los predecesores; carrera que, tal como hacen los grandes, debe darse a partir del reconocimiento del legado anterior en lo que tenga de razonable y valioso, para entonces sí adicionar los cuestionamientos.

En el caso de Hart, en el debate de más de cincuenta años en torno a su obra, se aprecia, sobre todo en sus primeros contradictores, eso que se deja plasmado en el párrafo anterior. Para muestra, se presenta un breve pasaje de Fuller (1958):

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. (p. 632)

En esos términos, como es evidente, no puede esperarse de Fuller que reconozca el mérito intrínseco de la flexibilidad propia de una regla de reconocimiento. Llevado por la corriente de su posición moralista frente al derecho, Fuller 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 lo dispuesto en virtud de dicha facultad acarrearía, borraría la distinción entre reglas primarias y secundarias. Así, Fuller intenta desvirtuar la tesis central de Hart, a saber, la de la RR, echando mano a principios morales que obrarían como dirimientes en un juicio de validez. Aun sin un

conocimiento exhaustivo de la obra crítica de Fuller con respecto a Hart, en este fragmento el lector reconoce que su crítica y presentación de las reglas secundarias de la teoría hartiana está siendo sesgada por su compromiso previo con las tesis propias planteadas, como la moralidad del derecho en su obra de similar título.

Si no se hace el ejercicio de apertura para lograr la comprensión de aquellos enfoques alternativos al propio, será difícil acceder al completo entendimiento de particularidades detalladas por el autor, al describir tales prácticas que dan vida a una regla tal. Porque lo que no pudo ver el profesor Fuller, en sus críticas a la RR, es que las limitaciones o restricciones que percibe ausentes en ella son ausencias perturbadoras *para* su teoría, dado que esta se encuentra dedicada sustancialmente a demostrar la relación de dependencia y compromiso de los contenidos jurídicos con los principios morales. Por ello, no pudo ver que la RR tiene un amplísimo soporte o “polo a tierra” básico, común con otras reglas primarias; en la que aquellos imprescriptibles criterios de contenido avalan la validez de una norma, y que tales criterios de contenido estarán presentes en toda la amplia gama jurídica que impone el respeto a la vida, el respeto a los bienes, la obligación de solidaridad para con los más vulnerables, entre otros.

De igual manera procede Dworkin cuando 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 cuando 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 en dicha teoría. Basta con remitirse 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. Se presenta aquí un 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 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, MacCormick ratifica 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 social y de las personas consideradas individualmente.

En el análisis del principio, “Nadie puede recibir un beneficio producto de su propio dolo”, nadie podrá desconocer que este principio se nutre de aquellas razones básicas —que se han expuesto anteriormente— derivadas de los contenidos mínimos de derecho natural. 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— se ve la violación de dichas razones básicas, que en principio aparecen como mínimas razones prudenciales. 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, en particular, para con los parientes consanguíneos que hicieron posible el desarrollo o crecimiento de quien ahora se convierte en victimario de su propia estirpe.

Para aclarar un poco algunos términos al lector no familiarizado con temas jurídicos: cuando digo dolo, me refiero al daño causado deliberada e intencionalmente. En el mundo jurídico existen dos conceptos clave para determinar responsabilidad: el dolo y la culpa. El 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 o 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. Esto quiere 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 adquiere 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 llevadas a escenarios judiciales, el victimario sería beneficiado. ¿Qué hicieron los jueces en los momentos previos 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, un principio que dispone el respeto a la vida por encima de cualquier consideración; un principio que rechaza conductas lesivas de esta consideración de respeto, dejando sin efecto otras normas sustantivas, derivadas de una institución como la propiedad, como son las de sucesión, pero nunca de igual rango que las que imponen el respeto a la vida. En ese punto de convergencia, estaba subsumido el principio en mención.

Sin embargo, el principio “Nadie puede beneficiarse de su propio dolo” tal cual se ha intentado esbozar en el párrafo precedente, como un producto derivado de los contenidos sustantivos de la tesis CMDN, no viene a deberle nada a las razones morales que intenta esgrimir Dworkin para señalar una precaria e insuficiente explicación de la estructura del derecho como unión de reglas primarias y secundarias cuando asume que tales reglas, tipificadas como del “todo o nada”, no dan cabida para los principios generales del derecho. En ningún momento acepta que su noción de reglas es incompatible con el enfoque sociológico-funcionalista propuesto por Hart.

En definitiva, se sigue viendo las críticas dworkinianas sesgadas y desconectadas; especialmente, por el hecho de que el crítico norteamericano no se hace consciente de que su argumentación está siguiendo el principio del contexto (Toh, 2015, p. 339); es decir, asume la experiencia vivida en la construcción del Derecho norteamericano como referente general para evaluar las tesis hartianas. Por ello, se muestra como azaroso confiar en la profundidad 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 (1977, p. 351), estuvo en muchos sentidos determinada por características históricas de hondo arraigo en el imaginario del pueblo norteamericano, en particular aquellas de orden religioso, que no es esta la oportunidad para debatirlas, pero que han de ser tenidas en cuenta si aspiramos a comprender la “urdimbre” de los argumentos de Dworkin.

Una vez se tiene clara la naturaleza de los principios desde esta perspectiva socioantropológica y funcionalista —que es plausible o razonable mencionar para comprender la teoría hartiana (Rivaya, 2000, pp. 45-50)— se puede aceptar que estos pueden encontrarse decantados en haces de normas particulares diseminadas por diferentes procedimientos reglados de un sistema jurídico (Hart, 1997, p. 93). 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, circunstancias que incrementan la ilicitud de la conducta punible.

Otra cosa es que en las leyes positivas no se mencionen o invoquen de modo explícito los principios en los cuales descansan tales disposiciones. Y esto es así, dado que los principios se van decantando al amparo de las mismas decisiones de los agentes, porque, en cuanto principios fundamentales del sistema, han estado siempre en aquellas reglas básicas que como prácticas nutren su estructura. Es el ejercicio de racionalización al que conlleva la sistemática actividad de aplicación normativa, el escenario en el cual van surgiendo dichos principios 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 cualquier ordenamiento jurídico, al menos si se trata de mirar de manera comprensiva sistemas jurídicos contemporáneos. Permítaseme hacer analogía con una metáfora que he utilizado en otros textos para referirme 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 que 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 a las interrogantes ¿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 por 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?

Así, es claro que no son viables los cuestionamientos de Dworkin cuando toma la crítica a las tesis de Hart como pretexto para elaborar su propia construcción teórica, pero realizando un ejercicio de descontextualización del marco teórico general en el que se inserta el compendio total de tales tesis³ que conforman una teoría como la de Hart. Se espera que el reconocimiento de ese marco referencial general sea lo primero para abordar un autor y luego sí, desde esa perspectiva teóricamente contextualizada, aplicar los instrumentos del análisis y de la crítica que se quieran. Lamentablemente, la rapidez de los medios editoriales para las publicaciones, o el amplio rango de influencia de Dworkin ya alcanzado en el ámbito iusfilosófico, hizo de la divulgación de sus críticas un fenómeno mediático, tal que, a nosotros y a muchos del ámbito latinoamericano, llegó primero la obra crítica de Dworkin que la obra objeto de la crítica.

Tal fenómeno produjo, como es de esperar, que la recepción de la obra de Hart fuese víctima de mucho escepticismo y de lecturas sesgadas, al menos en lo que concierne a contextos académicos o universitarios. Solo en casos muy puntuales esta recepción dio lugar a seminarios de profundización y generó debates inéditos alrededor de la década de los 90, al menos en el contexto colombiano. De allí que me parezca pertinente y divertida esta analogía planteada en *Cuatro tesis ignoradas de la Filosofía Legal Hartiana*.

³ 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 sostienen las tesis correspondientes.

Así se expresa Toh:

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 acerca de la necesidad de abordar algunas tesis algo ignoradas de la teoría hartiana o, al menos, de retomarlas desde una perspectiva más constructiva, me parece relevante y a la vez un punto de oportunidad, redefinir las tareas en torno al problema objeto de este estudio, pues a los ojos de muchos entendidos, aparece cubierto por un manto de obiedad que, sin embargo, no es suficiente para comprender o identificar el sentido pleno de las tesis que relaciona.

En la exploración de fuentes que exige este estudio, los posibles enlaces entre estas dos tesis son ignorados en los autores consultados. El asunto se presenta —al menos, es la conclusión que he sacado— como algo innecesario y de poca utilidad. Tales posiciones solo ocultan la dimensión funcional propia de la teoría hartiana y de un sistema jurídico. En ese sentido, este argumento de la conexión entre CMDN y RR busca proveer de algunas razones útiles al analista de cualquier sistema jurídico contemporáneo, 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.

En síntesis, lo que *reconoce* una regla de reconocimiento es la presencia de elementos formales pero también sustanciales presentes en las normas particulares, los que vienen a dar cuenta de la integridad de un ordenamiento jurídico (Raz, 1971). Pero además de la integridad, tal regla apunta a desarrollar un rol metodológico al apoyar, como afirma Raz (1971), la definición de unos criterios que permiten a los ciudadanos en su función de aplicadores de normas jurídicas desarrollar mayor comprensión de la identidad de los sistemas jurídicos, entendida esta identidad en el ámbito no material ni formal sino sustancial. Por lo anterior suscribo la idea de Raz de considerar a la RR como una regla primaria de obligación, dada la función que cumple como criterio de identidad de un sistema jurídico, el cual se hace imperativo para los operadores judiciales más allá incluso del mero sometimiento a estándares formales, de las normas jurídicas particulares por ellos evaluadas. Y afirmo que es primaria en sentido integral porque de la tarea derivada de este ejercicio, surgen decisiones que a su vez se hacen obligatorias para los ciudadanos. No es que los ciudadanos asuman la función de la RR de reconocimiento como obligatoria para ellos: lo que es obligación para los ciudadanos son las decisiones proferidas por los jueces en virtud de la aplicación de una RR en su oficio diario de administrar justicia.

3. Algunas lecturas recientes en torno a la teoría de Hart: estado de la discusión

Una mirada acuciosa a los trabajos publicados por Hart a lo largo de su vida daría cuenta de cómo, para llegar a plantear sus tesis, se sirve de un cuidadoso análisis de lo defendido por sus antecesores, en este caso, por quienes profesan las concepciones típicas del utilitarismo tradicional. Esto da cuenta de una exploración que va más allá de lo que *prima facie* se toma como conceptos clave del utilitarismo y es la invitación recurrente que se encuentra en sus textos (Hart, 1958, pp. 613-615). Lo que allí afirma, en defensa de la distinción utilitarista entre el derecho que es y el derecho que debería ser, es que no necesariamente, como afirma el formalismo, una decisión en sede judicial es correcta por el hecho de ceñirse rigurosamente a la convención lingüística de la ley, cuando, muy al contrario, el intérprete para hacerlo debe situarse en el espectro más amplio de la noción de ley, de modo que este sea más incluyente y contemple los *objetivos sociales* de dicha norma. En esta afirmación veo envuelta de forma prístina la referencia a los objetivos generales de la convivencia social y, por esa línea, la justificación a la conexión buscada entre la regla de reconocimiento —que es la que está presente

en la decisión judicial— y los contenidos que ha situado en la tesis CDMN. Dicho de otra manera: la vocación por hacer del derecho un producto cultural que no mantiene relación conceptual necesaria con los estándares morales de una sociedad.

Por ello, es crucial para los propósitos de este trabajo reseñar lo que algunos comentaristas como Himma (2014, pp. 355 y ss.), identifican como las tesis *clave* en la teoría de Hart, a saber, la tesis del hecho social, la tesis de la convencionalidad y la tesis de la *separabilidad*. Evaluar esta lectura permite inferir que todas ellas pueden ser tomadas en cuenta para caracterizar la RR; porque al referirse a la tesis del hecho social viene a colación que lo que individualiza o identifica, según Hart, su regla determinadora de criterios de validez entre las restantes reglas secundarias, es el hecho de constituirse dicha regla, por la práctica compartida por quienes tienen a su cargo tareas jurisdiccionales dentro de un sistema jurídico. Y creo que al referirse a ella como hecho social, Hart está pensando en la noción de complejidad de un hecho social que integra tanto comportamientos como actitudes: es un gesto, una invitación al intérprete para abordar dicho hecho social de forma incluyente, esto es, no ignorando aquellas elucidaciones esquivas que comportan nociones que, como la de hecho social, están compuestas o 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 anidaba en aquel espíritu inquisitivo. Porque, cuando un pensador dotado de dicho espíritu para la investigación, tiene la oportunidad de ser testigo del *cómo* se abordan los problemas jurídicos suscitados en el medio laboral jurisdiccional, estos descubrimientos y procedimientos se imponen como retos y marcan fuertemente el desarrollo de su exploración, en el marco de referencia que constituye la crítica al ámbito de la jurisprudencia de su época. De lo anterior, queda evidencia en sus textos donde cuestiona los términos de un derecho concebido como un producto formal.

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,

y 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. Indudablemente dicha tesis juega para los sistemas jurídicos contemporáneos un rol más complejo si atendemos a la presencia de los acuerdos internacionales y su capacidad de afectar algunas normas internas de un sistema jurídico. Y esto es relativamente fácil de observar, tanto en materia penal como en temas relativos al derecho comercial, o al derecho administrativo, para señalar solo áreas jurídicas relevantes.

El punto en cuestión es que se hace imperioso volver a la tesis de la separabilidad porque ahí es posible que se puedan identificar argumentos para la articulación que se pretende entre la tesis de los contenidos mínimos y la tesis de la regla de reconocimiento. Expresa la tesis de la separabilidad de Hart que entre derecho y moral no existe una conexión conceptual ni necesaria, sino una relación contingente (Hart, 2012, pp. 193-ss). Lo que quizá se atribuye erróneamente a Hart es que con su tesis busca abolir toda presencia de nociones morales en el derecho. Esto no es así. Si se examina en detalle el tramo citado anteriormente solo se encuentran análisis lingüísticos que buscan ir al fondo de cómo se fueron estableciendo a través del tiempo algunos significados aparentemente morales a enunciados de ese tipo, por lo que estos análisis solo direccionan a descubrir los intereses particulares que eventualmente pueden ser descubiertos si se levanta dicho trasfondo moral.

4. Una propuesta de sistematización

La tesis de los CMDN ha cumplido y cumple el rol estratégico o capital de apuntalar la articulación de motivos potencialmente capaces de generar patrones de comportamiento en los integrantes de un grupo social. Son precisamente estos CMDN, como portadores de elementos materiales y 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 solo puede entenderse como tal, a la luz de la presencia de una actitud normativa-reflexiva entre sus miembros.

Es claro que así aparece al leer a Hart, aunque ya lo he anotado antes pero considero necesario insistir en su defensa de la distinción derecho que es y derecho que *debería ser*, cuando coloca de presente la necesidad que tienen los jueces de no ceñirse de modo literal a la norma positiva cuando se trate de decidir casos que se hallen en la zona de penumbra. En un sentido más amplio que el utilitarista, el positivista Hart afirma la necesidad de ampliar el sentido de ley y tomar decisiones teniendo en cuenta objetivos sociales y políticas en el campo de la norma aplicada:

The point must be not merely that a judicial decision to be rational must be made in the light of some conception of what ought to be, but that the aims, the social policies and purposes to which judges should appeal if their decisions are to be rational, are themselves to be considered as part of the law in some suitably wide sense of "law" which is held to be more illuminating than that used by the Utilitarians. (Hart, 1958, p. 612)

Allí aparecen típicamente identificados unos propósitos que infieren la presencia de unos aspectos sustantivos que han de ser infaltables en el seno de una sociedad. Lo anterior queda claro cuando revisamos normas particulares de cualquier rama del derecho y vemos allí insertados los contenidos mínimos como contenidos específicos, como reglas primarias, creando de esta forma la relación de pertenencia inicial.

Además, en atención a la obligatoriedad intrínseca de todo sistema de normas de reducir incertidumbre, como respuesta a su creciente complejidad, 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 como criterios de orden sustantivo especial que estarán a su vez presentes en la RR avalando con sus criterios su condición de reglas pertenecientes al sistema de las normas particulares, constituidas o promulgadas, sometidas a dicho aval.

La articulación de estos **mínimos** en la regla *máxima*, que es la denominación que pretendo establecer para la RR, implica una conexión de doble naturaleza, problemática por demás, si se acepta que la RR no es una regla de **contenido**, a pesar de compartir algunas características de las reglas primarias. Por este motivo, la validez formal en cuanto propiedad, no puede evaluar los criterios

que, por lo básicos, 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 que pretendo establecer son formales, aunque también de contenido. Para el caso que nos ocupa se llamará contenidos “peculiares” a un conjunto de razones básicas que derivan de aquellos CMDN, las cuales no provienen de ninguna forma de razonamiento práctico subjetivo tal como las expuestas por algunos filósofos de la razón práctica como Nagel, sino razones que van más allá de las subjetivas razones prudenciales porque abarcan necesidades humanas que son universales.

Para redondear esta sistematización que lo que pretende, como objetivo secundario, es afianzar la noción de derecho de Hart reforzada con algunas nociones propuestas por su discípulo Joseph Raz, es necesario remitirse a algunas de las tesis redondeadas por Raz, para dar cuenta de manera más cercana de esa naturaleza del derecho que le otorga su fuerza perentoria. Afirma Raz (1971) que instituciones, agentes y normas crean un conjunto cuya labor se encuentra mediada por el elemento autoridad (pp. 802-805). 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, de acuerdo con la *Tesis de Prelación*, el hecho de que una autoridad requiera 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 sí debería reemplazar algunas de ellas (Vega Gómez, 2004). 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 esta 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. En virtud del establecimiento de la naturaleza institucional de las

normas provisto por Raz, se anota a la tesis de Hart sobre la RR, un apreciable fondo de consistencia para su comprensión por el investigador del derecho.

Pienso que hay, en la elaboración de las tesis propuestas por Raz, una complementariedad con las tesis que se han pretendido relacionar acá, porque suministran razones que refuerzan o, de algún modo, desarrollan la perspectiva interna del participante puesto que imprime al concepto de autoridad un carácter cooperativo a mi modo de ver. Es desde la actitud interna que mejor se caracteriza la acción de los funcionarios judiciales al hacer visible en sus decisiones la RR. Raz cree que estas características conceptuales de la autoridad determinan las condiciones bajo las cuales una autoridad es 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: I) Una noción de autoridad que deja por fuera la mediación órdenes-amenazas porque cuando la autoridad es consistente o meritoria surge de la práctica constante; II) una noción de 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.

El juego de razones que propone Raz para decantar su noción de autoridad puede ser visto en modo analógico, así como el juego de razones que pretendo hacer valer para explicar la conexión entre RR y CMDN. Esto lógicamente en cuanto se mantenga la discusión en el dominio de la noción de obligación aceptada por Hart en su obra original.

En este trabajo se ha pretendido ser fiel a la vocación descriptiva de las tesis hartianas y ello se ve reflejado en la búsqueda de elementos que ilustren con evidencias el argumento desplegado, pues he creído sustancial retener cierta visión biológica del autor al considerar que, como el mismo Hart lo ha indicado, el ser humano *tal cual* como se muestra, no es "ni ángel ni demonio". Con lo anterior he querido hacer visible además la dimensión obviamente antropológica, que campea en dicho texto. Por ello, enfatizo la postura de 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.

Creo que la tesis que puedo sostener es una que declare el carácter sustantivo no-moral de los contenidos señalados anteriormente, y en este sentido suscribo la afirmación de Rivaya cuando dice que la tesis CMDN se encuentra a la base de la RR y que dichos contenidos mínimos son algo compartido por el derecho y la moral. Pero me aparto de lo afirmado por Delgado Pinto (1990, p. 158) cuando dice que necesariamente una razón moral puede dar fundamentación a los principios que guían la conducta de jueces y funcionarios, porque se aparta totalmente de la noción de actitud interna, que es el soporte nuclear de las dos tesis en el problema que nos ocupa, y da como fundamento necesario solo una razón moral para que se pueda evaluar la pertenencia de una norma a un sistema. A esta Tesis que declararí ese carácter sustantivo no-moral de los CMDN, yo la llamaría la Tesis de la Imprescriptibilidad, puesto que a eso remite la tesis CMDN: aunque no se trate de contenidos inmutables, su forma como tal de constituir razones básicas o mínimas, no prescribe.

Referencias

- Delgado Pinto, J. (1990). Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (7), 101-167. <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.7.05>
- Fuller, L. (1958). Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, 71(4), 630-672.
- Hart, H. (1958). Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, 71(4), 593-629.
- Hart, H. (1997). PostScriptum. En *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. Estudio Preliminar de César Rodríguez* (89-135). Siglo del Hombre Editores.
- Hart, H. (2012). *El concepto de Derecho*. (G. R. Carrió, trad.). Abeledo Perrot.

- Himma, K. (2014). El Positismo Jurídico Incluyente. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (8), 353-430. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2014.8.8168>
- Kelsen, H. (1982). *La Teoría Pura del Derecho*. Universidad Autónoma de México.
- MacCormick, N. (2008). *H.L.A. Hart*. Stanford University Press.
- Pino, G. (2011). Farewell to the Rule of Reconignion? *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (5), 265-299. <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2011.5.8116>
- Raz, J. (1971). The Identity of Legal Systems. *California Law Review*, 59, 795-815.
- Rivaya, B. (2000). Teorías sobre la Teoría del Contenido Mínimo del Derecho Natural. *Boletín de la Facultad de Derecho*, (15), 39-66. <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-2000-15-4c030a26/pdf>
- Toh, K. (2015). Erratum to: four neglected prescriptions of hartian legal philosophy. *Law and Philosophy*, 34(3), 333-368.
- Vega Gómez, J. (2004). El Positismo excluyente de Raz. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(110), 709-739. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3800>
- Weber, M. (1977). *Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica.