

LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. UNA SOMERA VISION DE LAS TESIS DE HART Y LIPKIN

JORGE RAMÍREZ

I. INTRODUCCIÓN

Herbert Hart fue el autor que sin duda revolucionó el pensamiento jurídico, dividido hasta entonces en postulados idealistas, metafísicos y sociológicos, al ocuparse, entre otras cosas, del criterio de existencia de los sistemas jurídicos, que ninguna teoría que se precie de realizar un análisis serio y exhaustivo del fenómeno jurídico, debiera dejar de satisfacer acabadamente ¹.

El propósito de este ensayo es, como su título lo indica, dar una somera visión de la concepción del autor mencionado en relación a su Regla de Reconocimiento, así como también uno de los modos de interpretarla desde la visión de un profesor de Filosofía del Derecho de esta Facultad, Gustavo Lázaro Lipkin ².

Por otra parte, debo decir que el objetivo fundamental que persigue el análisis de los temas a desarrollar consiste en proporcionar, de la manera

¹ RAZ, Joseph, *El concepto de sistema legal*, México, UNAM, 1986, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Introducción, p. 18: "...uno de los objetos de la teoría del sistema jurídico es proporcionar los criterios para determinar la verdad o falsedad de los enunciados que se refieren a la existencia de un sistema jurídico ...llamaremos a estos criterios, criterios de existencia de un sistema jurídico". Es conveniente aclarar que a los efectos del presente trabajo utilizaré con alcance sinónimo las expresiones "orden" u "ordenamiento jurídico"; "sistema jurídico" o "sistema legal"; "regla jurídica", "norma jurídica", y "disposición jurídica", sin perjuicio de alguna disquisición analítica que pueda llegar a plantearse al respecto. En efecto, si bien soy consciente que no siempre y en todos los contextos sus alcances pueden ser coextensibles recíprocamente, lo cierto es que prescindo aquí, como dije, de hacer tales distinciones conceptuales, por lo que el lector deberá tomarlas indistintamente como voces sinónimas.

² Los trabajos del profesor Gustavo Lázaro Lipkin a que hago referencia se encuentran publicados en el diario jurídico digital de El Derecho, en www.eldial.com, sección Filosofía, año 2002. Sin embargo, citaré aquí las páginas de las versiones originales que, por cierto, no difieren sustancialmente de las publicadas allí. Quiero expresar a él mi reconocimiento por el tiempo que dedicó a la lectura del presente trabajo, así como también agradecer las valiosas críticas que efectuó al mismo, en especial a su primera versión.

más clara posible, una noción de la complejidad a que nos enfrentamos cuando afirmamos sin más cosas tales como “la ley castiga a quien incumple un determinado deber” o “esta norma es una norma jurídica”, o aun, “éste es el sistema legal vigente en la comunidad X”.

II. LAS REGLAS. SU DIFERENCIA CON LOS HÁBITOS

Para Hart las reglas sociales constituyen estándares, guías o pautas de conducta que, precisamente, pretenden regular las acciones de los individuos que las utilizan. En este sentido puede decirse que ellas se nos presentan como criterios de comportamiento a seguir, por lo general obligatorios a la manera “debes hacer Z”. Consiguientemente, el apartarse de dichos criterios suscitara por parte del grupo que utiliza tales reglas, algún tipo de crítica.

Podemos inferir, entonces, de todo ello que las reglas regulan el comportamiento de grupos de individuos y no de sujetos individualmente considerados³.

En consecuencia, las reglas no pueden ser concebidas en forma aislada sino que se nos presentan en cuerpos normativos que tienen algún tipo de relación en su contenido, de manera tal que no podríamos apreciar el significado de la interacción entre los individuos si las consideráramos en forma aislada. Sin embargo, su estructura técnica es la misma: guiar el comporta-

³ HART, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963 (la edición inglesa es de 1961), cap. V, ap. 2 “La idea de obligación”, esp. ps. 103, 107 y 108. Hart sostiene que las reglas obligan dado que hay una importante presión social en razón de crearlas necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor, como ser la honestidad, la veracidad, el cumplimiento de las promesas, la limitación de la violencia, la vulnerabilidad de la vida humana, etc., y ello por la sencilla razón de que si la falta de lugar de tales o cuales aspectos considerados necesarios para la vida social se repitiera “n” veces en el tiempo, las consecuencias que de ello se derivarían resultarían ser más disvaliosas o desfavorables para todo el grupo social, que el dolor que causaría la prohibición de determinadas prácticas y la difusión o exigencia de otras. Hart precisa aquellas cuestiones en el apartado 2 del cap. IX de *El concepto de derecho*. Nótese que él se diferencia de las teorías predictivas señalando que las reglas —y las obligaciones que se originan de ellas— no tienen por función, particularidad, o uso característico, predecir las reacciones hostiles que sobrevendrán ante el apartamiento de las mismas (aunque de hecho tales reacciones tengan lugar, y en este sentido puedan predecirse), sino expresar que el caso de una persona cae bajo tal regla, cuestión de tanta importancia ésta que constituye la estructura normativa de una sociedad (conf. HART, cit., p. 110). Agregariamos, por nuestra parte, que coadyuva —junto a otros elementos de análisis— a efectuar una correcta descripción y comprensión de los sistemas normativos (véase *infra*, apartado III). Por otra parte, Hart también se diferencia de teorías como las de Bentham o Kelsen, las cuales —cada una a su modo—, ven como característica esencial o definitoria de las normas jurídicas la sanción, dependiendo el funcionamiento de un sistema legal de la aplicación efectiva de las mismas. Tanto para Hart como para Lipkin, la utilización y por tanto, la identificación de las reglas por parte de los individuos que lo hacen, constituye junto a la comprensión del papel fundamental que en todo esto juega el lenguaje, la piedra de toque para comprender el funcionamiento de un sistema normativo y, por lo tanto, el de un sistema legal (véase *infra*, apartados VIII y IX).

miento de un grupo de individuos en un sentido determinado y permitir la crítica a los transgresores. Naturalmente, el modo de crítica variará de acuerdo al sistema ante el que nos encontremos⁴.

Así estas pautas o guías de conducta esgrimirán cierta autoridad o peso como condición suficiente para la justificación del castigo a quien no las acate, o lo que es lo mismo, resultarán ser una “buena” razón para la crítica.

Cuando se dice que alguien *tiene* el deber moral de no mentir o de cumplir sus promesas, o que *tiene* la obligación jurídica de pasar alimentos a su cónyuge, es claro que presuponemos un conjunto de reglas en virtud de las cuales esos deberes y obligaciones se tornan obligatorios, es decir que se espera que el agente los cumplimente en razón de la presión social que en tal sentido ejerce el grupo en cuestión al que pertenece. Ahora, confundir ambos tipos de crítica social (la moral en el primer caso y la jurídica en el segundo) es no distinguir la diferente presión social que circunda el cumplimiento de las reglas, en atención al distinto grado de importancia que identifican en su observación quienes las siguen como estándares para la acción.

En lo que respecta a los hábitos, ellos representan sólo mera conducta convergente que puede ser perfectamente verificada al igual que las reglas por cualquier observador ajeno al grupo, pero que sin embargo no cuenta —a diferencia de aquéllas— con el elemento interno de aceptación que permite la crítica al transgresor de la conducta en cuestión.

Resumiendo: las reglas sociales, entre ellas, la especie jurídicas⁵, a

⁴ Si se trata de un sistema legal, habrá determinados procedimientos y facultamientos para que los funcionarios del sistema en cuestión castiguen la conducta desviada; si se trata, por su parte, de un sistema normativo moral, el ostracismo habrá de ser el modo en que la crítica se manifieste (en tal sentido, LIPKIN, Gustavo L., *Patología y sistema*, nota 11 al pie de la p.14).

⁵ Hart, a diferencia de Kelsen, no distingue tajantemente las normas jurídicas del resto de las normas sociales en cuanto a su estructura. Recuérdese que para el último de los autores mencionados, característica fundamental de las normas jurídicas es la nota de coactividad que como elemento interno ellas llevan ínsita en su estructura (véase las críticas de HART en este sentido en *El concepto...*, cit., cap. III). Es decir que Hart considera que: a) las normas jurídicas no se reducen a la estructura del tipo de las normas penales, pues también están las reglas que confieren derechos u otorgan potestades que carecen de sanciones, como ser las que prevén los modos “correctos” de hacer negocios jurídicos o realizar testamentos válidos; y b) además de no ser todas las normas jurídicas reducibles a un solo tipo (sino que hay una variedad o diversidad de ellas), funcionalmente las mismas en esencia operan como cualquier regla social, es decir, constituyen modelos estándar de comportamiento a seguir, cuyo apartamiento genera algún tipo de crítica. Resulta apropiado, entonces, indicar aquí lo que señalara Peter Winch, acerca de que toda conducta significativa debe ser social, dado que sólo puede ser significativa si está regida por reglas y éstas presuponen un medio social (*Ciencia social y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 1990, p. 108). De ahí “que lo que hago ahora puede comprometerme en el futuro sólo si mi acto de este momento implica la aplicación de una regla... esto es posible únicamente si el acto que se cuestiona guarda relación con un contexto social” (ps. 50 y 51). En este sentido, los actos jurídicos no constituyen ciertamente una excepción, sólo que si bien son el producto de una significación social, la misma se corresponde con un cierto tipo, a saber, la jurídica.

diferencia de los hábitos ⁶, presuponen un sistema en funcionamiento, por lo que claramente ha de descartarse toda idea que las conciba aisladamente. Por otra parte, ellas regulan el comportamiento de un grupo de individuos con alcance general, bajo cierta presión social que ejercen aquellos a los efectos de su observación, pues consideran pertinente mantener esa presión, como “buenas”, “correctas”, “adecuadas”, o “suficientes” razones para actuar, seguir o acatar, o como dice Hart, evidencian enunciados internos de aceptación que se manifiestan en juicios lingüísticos.

III. TIPOS DE REGLAS

Luego de haber señalado la noción de regla social, enfocaremos nuestro análisis de aquí en más en una especie de las mismas, las reglas de derecho o reglas jurídicas.

Hart nos señala que cualquier sistema jurídico moderno está conformado por varios tipos de reglas. Debemos así distinguir primeramente dos tipos de reglas, las primarias y las secundarias, y a su vez, dentro de estas últimas, las de reconocimiento, cambio y adjudicación.

Mientras que las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer; las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias, especificando la manera en que éstas pueden ser verificadas en forma concluyente (reglas de reconocimiento), introducidas, eliminadas o modificadas dentro del sistema (reglas de cambio), y su violación determinada de manera incontrovertible (reglas de adjudicación) ⁷.

De tal modo, Hart nos dirá que la regla de reconocimiento es el remedio para poder determinar la certeza de las reglas primarias de obligación a través de la identificación de las mismas sobre la base de ciertos criterios últimos de identificación revestidos de autoridad, uno de los cuales habrá de ser considerado supremo.

La regla de adjudicación, por su parte, también contribuye a disipar la falta de certeza al establecerse con precisión las reglas a través de facultamientos específicos para determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria ⁸.

⁶ Volveremos sobre estas nociones en el apartado IV del presente trabajo. Digamos sólo aquí que el apartamiento de prácticas tales como ir al cine, tomar el té, concurrir el sábado a determinado bar, etc., no generan crítica, pues no constituyen conductas obligatorias que implican la noción de regla, sino que por el contrario, revisten la calidad de meros hechos sociales, donde la presión social no llega a generar una conducta obligatoria, lo que no significa que esa presión no se verifique en alguna medida.

⁷ HART, *El concepto...*, cit., ps. 117 a 120.

⁸ *Ibid.*, p. 120.

En lo que hace a la regla de cambio, la misma es la que faculta a un individuo o cuerpo de individuos a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, y a dejar sin efecto las reglas anteriores, constituyendo el remedio para la cualidad estática del régimen de reglas primarias⁹.

Mientras que las reglas de cambio y las de adjudicación se dirigen a los funcionarios del sistema para que, como órganos de creación y aplicación de reglas primarias, las apliquen en el marco de su competencia; la regla de reconocimiento, como sustrato normativo de los criterios de identificación del derecho vigente en una comunidad determinada, no basa exclusivamente ese sustrato en la aceptación por parte de los funcionarios judiciales y administrativos de la misma, sino que requiere además, del *concurrente seguimiento* por parte del resto de los ciudadanos. Esto es, a grandes rasgos, lo que Hart llamará *práctica compleja de reconocimiento*.

IV. REGLA DE RECONOCIMIENTO. CRITERIOS DE VALIDEZ. CRITERIOS DERIVATIVO Y SUBORDINADO. RELEVANCIA INTERNA DEL SISTEMA

Precisaremos ahora la noción de la regla de reconocimiento hartiana, para luego, en el apartado VII, detenernos en una de las tantas interpretaciones que de aquélla se han realizado; en este caso analizaremos, como se dijo más arriba, la tesis que nos explica Lipkin.

La regla de reconocimiento es la regla de cualquier sistema jurídico que permite determinar cuáles son los criterios últimos de validez dentro del mismo, y en este sentido, puede decirse que permite identificarlos.

Esta regla constituye la característica sobresaliente, y aun, señalizadora o embrionaria, de la existencia de un sistema jurídico, por lo que su estudio presupone encarar uno de los problemas centrales que una teoría exhaustiva de los sistemas jurídicos debe abordar y explicar acabadamente; esto es, el criterio de existencia de los sistemas jurídicos¹⁰.

Ahora bien, aquellos criterios revestidos de autoridad¹¹ proporcionados por la regla de reconocimiento, pueden asumir las más diversas formas.

⁹ *Ibid.*, ps. 118 y 119.

¹⁰ Véase *ut supra*, nota 1.

¹¹ Conviene aclarar que si hablamos de "criterios dotados de autoridad" propios de un sistema jurídico, resulta intercambiable esa expresión por la de "criterios de validez", atendiendo a la significación que este término adquiere para los usos corrientes jurídicos. De este modo, circunscribimos el concepto de validez al sentido que se da por el lado del derecho, atendiendo a un sistema jurídico en funcionamiento, tal como lo advirtiera el propio Hart en "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, traducción de Genaro R. Carrió, esp. ps. 117, 118, 123, 131 y 138, y que, ciertamente, no negara Kelsen, pues para él una cosa

Así, mientras que en una comunidad simple sólo las disposiciones jurídicas que emanan de un soberano podrán constituir el derecho identificado en dicha comunidad; en una más desarrollada, o aún más, sumamente compleja como son los sistemas jurídicos modernos, los criterios de validez por los cuales habrá de identificarse el derecho tendrán las más variadas formas, pues no se agotan ya en un texto revestido de autoridad, la palabra oral, o la cultura folklórica transmitidos de generación en generación como en aquella sencilla comunidad.

En efecto, en los sistemas jurídicos modernos las marcas o signos de autoridad constituyen complejos criterios de validez que se dan, por lo general, en forma conjunta. Así puede haber en forma conjunta o disyunta, un texto dotado de autoridad (v.gr., una constitución escrita en la Argentina); o la sanción de disposiciones jurídicas por parte de una legislatura (v.gr., Gran Bretaña); la costumbre; o las decisiones judiciales mantenidas de un modo suficientemente uniforme a lo largo del tiempo sobre determinadas —o la mayoría— de las cuestiones suscitadas.

Entonces, si es posible que los criterios últimos de validez o autoridad jurídica sean múltiples, también es muy probable la suscitación de conflictos entre los mismos.

Ello puede ser salvado parcialmente, explica Hart, estableciendo o estructurando a los mismos en un orden de superioridad, subordinación o primacía relativa, por ejemplo, la subordinación de la costumbre a las leyes, o de éstas a la Constitución escrita, o del precedente a ambas o solamente a la ley, etc., de manera tal que uno de los criterios sea siempre supremo ¹².

Esta subordinación relativa de un criterio a otro, no debe ser confundida con la noción de derivación ¹³.

Que un criterio sea supremo no significa otra cosa, según Hart, que la circunstancia de que las reglas identificadas por tal criterio —siempre a través de la regla de reconocimiento— conservarán su *status* de tales (se-

es el acontecer fáctico tal como la conducta perceptible en un tiempo y un espacio dados y otra es la significación que el acontecimiento en cuestión adquiere por el lado del derecho; sin embargo, el objeto de regulación de toda norma jurídica ha de consistir, precisamente, en un acontecer determinado dotado de significación jurídica y en razón de esa misma significación (cfr. *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979, p. 16).

¹² HART, *El concepto...*, cit., p. 132.

¹³ *Ibid.* p. 126. Hart se refiere a autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Jeremy Bentham, John Austin y Karl Olivecrona, entre otros, que han propuesto en una u otra medida, con algunos matices, una tesis imperativa de la concepción de derecho, concibiendo a la eficacia o efectividad del sistema como la clave de su comprensión y descripción, y en tal sentido han agotado el análisis en términos de la descripción de cadenas de facultamientos y competencias jurídicas que se reconducen a elementos fácticos (Kelsen, Austin), o a elementos psicológicos (Ross, Olivecrona).

rán válidas o reconocidas como derecho), aun cuando contradigan a otras reglas reconocidas por otros criterios también establecidos por la regla de reconocimiento; en tanto también implica que las reglas que se identifican en relación al mismo (criterio supremo), no pueden ser contradichas por otras reglas identificadas, por su parte, por medio de otros criterios, siempre que estas últimas aspiren a mantener su *status* de tales dentro del sistema¹⁴.

Ejemplificando: en nuestro país una conducta ordenada por un órgano legisferante en el marco del procedimiento indicado y de la competencia delimitada por la Constitución Nacional, conservará su obligatoriedad, autoridad o validez jurídica en tanto aquél sea un órgano (por ejemplo, el Congreso nacional) reconocido como criterio dotado de autoridad a través de las prácticas generalizadas y aceptadas por la comunidad de que se trate, y tal conducta no haya sido derogada ni abrogada. Sin embargo, si el órgano no sigue tal procedimiento o contradice lo prescripto por la Constitución Nacional, dado que ella ostenta un criterio supremo de autoridad dentro del sistema jurídico, la norma dictada por el primer órgano no puede conservar su *status*, o lo que es lo mismo, no puede ser considerada válida, aunque ello será resuelto por el órgano jurisdiccional que decidirá en el caso concreto sobre la jerarquía de los diversos criterios teniendo en cuenta la supremacía de uno de ellos, en este caso, la Constitución Nacional.

En estos términos podemos dar una adecuada explicación de por qué los jueces y los legisladores se comportan en nuestro país como lo hacen y que la Constitución Nacional es el criterio supremo de validez de su ordenamiento jurídico, todo en virtud de que hay una regla última de reconocimiento en su base que establece el proceso de creación y aplicación del derecho de ese ordenamiento jurídico.

Hart, pues, nos explica de este modo que las nociones de criterio supremo y regla última nos aproximan a la idea de subordinación o “criterio subordinado”, que no debe ser confundida con la noción de “orden derivativo” y “criterio superior”, que él pretende superar.

En efecto; las últimas expresiones mencionadas —aclara Hart—, muy comunes en la teoría jurídica, implican la idea de que hay una legislatura con potestades jurídicas ilimitadas, que nos acerca consecuentemente a la concepción de sistema jurídico como un orden derivativo de cadenas de competencias y facultamientos que se reconducen hasta un criterio supremo que se sustenta, a su vez, en uno superior que no es precisado, ni mucho menos explicado, sino que más bien es pasado por alto o ignorado, o mejor

¹⁴ *Ibid.* p. 132.

aún, arbitrariamente establecido como presupuesto epistemológico del cual se parte para justificar el resto de la teoría ¹⁵.

Todo esto no hace, según Hart, más que oscurecer o desfigurar muchas verdades acerca del derecho, y reconducirnos en el análisis a elementos fácticos, y por lo tanto, predecibles, explicando sólo parte del fenómeno jurídico (y desfigurando dicha explicación) al obviar el aspecto interno de un sistema jurídico, basando exclusivamente la descripción del mismo en las predicciones acerca de la conducta oficial, que no denotan sino el aspecto externo de un fenómeno complejo.

V. EXISTENCIA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO. PUNTOS DE VISTA INTERNO Y EXTERNO DEL SISTEMA

Hart nos introduce en *El concepto de derecho* en la idea de la distinción que debe hacerse en todo sistema legal entre punto de vista o aspecto interno y punto de vista o aspecto externo.

De este modo, el punto de vista de un observador externo (quien pretende describir el sistema de que se trate sin aceptarlo, o sin querer introducir enunciados normativos de aceptación de las pautas de conducta que constituyen su observación) sólo se limita a describir acontecimientos fácticos que se le presentan como meras conductas convergentes.

Por el contrario, si atendemos al aspecto interno del sistema el discurso cambia radicalmente.

Así debemos distinguir, señala Hart, entre lo que implica el enunciado interno de derecho por el cual se afirma la validez de una regla particular del sistema de acuerdo con el reconocimiento que se haga mediante una regla maestra del mismo, y lo que es el enunciado externo que afirma que una regla es usada por los tribunales, funcionarios y ciudadanos de un país, dejando en claro que no explicamos acabadamente la cuestión si lo hacemos refiriendo lo segundo en lugar o antes que lo primero, y menos aún, si no consideramos prácticamente esto último.

¹⁵ Es claro que la doctrina de la Norma Fundante Básica, Norma Hipotética Fundamental, o *Grundnorm* de Kelsen (según las distintas denominaciones que fue dándole el autor a lo largo de sus obras debido a la reformulación de varios de sus enfoques), constituye el ejemplo más adecuado de teoría que establece un criterio supremo (la primera constitución histórica o eficaz), que a su vez, hace depender de un criterio superior que se funda en una presuposición, o mejor, que existe sin explicación como un color primario (véase, por ejemplo, KELSEN, *Teoría pura...*, cit., p. 19, nota 1). Respecto de las tesis que pasan por alto el punto mencionado, puede citarse la teoría de Austin que afirma que en el trasfondo de toda comunidad siempre hay un soberano que dicta órdenes respaldadas por amenazas (HART, *El concepto...*, cit., cap. IV). Lo mismo ocurre cuando se afirma que el derecho consiste en las profecías acerca de lo que los funcionarios harán (HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, esp. ps. 16, 17, 21 y 22).

Hart nos dirá también que la regla de reconocimiento si bien regla del sistema, a diferencia de las otras reglas, al ser la que proporciona el conjunto de criterios de validez del sistema jurídico, no puede ella misma ser sometida a un *test* de origen o validez, puesto que no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas. De ahí que sea la *regla última* del sistema.

En efecto, ella no puede ser válida o inválida, precisamente porque no tiene otra regla a la cual deba subordinarse (o subordinar su validez), pero esto no implica establecer en relación a la misma una propiedad misteriosa o inverificable o, más aún, señalar que sea inexplicable o imposible precisar estas nociones, sino que por el contrario, nos lleva a afirmar que la misma es aceptada o no lo es por los individuos que la utilizan, guiando su conducta y criticando las desviaciones. Además quienes se refieren a las reglas particulares del sistema, se sirven de aquélla, aunque no la enuncien expresamente. Lo que equivale a decir que la presuponen al realizar sus enuncios de validez ¹⁶.

Esta utilización de reglas por parte del grupo hace que aquéllas sean concebidas como razones para la acción y lo que es más importante aún, el sistema de reglas existe cuando se da una identificación de los sujetos con las prescripciones que forman parte de él ¹⁷.

La regla de reconocimiento resulta ser una *práctica compleja y efectiva* que tiene lugar en el seno de una comunidad, por la simple razón de que los individuos en general o en su gran mayoría ¹⁸ comparten, aceptan o consideran obligatoria dicha práctica.

Hart indica que la existencia de esta regla como práctica compleja es una cuestión de hecho. Y esto resulta más esclarecedor —añade— para

¹⁶ Parecería que la tesis de la regla de reconocimiento de Hart no se diferencia demasiado de la *Grundnorm* propuesta por Kelsen. Sin embargo, en el desarrollo de los párrafos subsiguientes veremos que en tanto Hart asigna una determinada naturaleza a la regla maestra del sistema, Kelsen prefiere presuponer su validez en la "conciencia jurídica".

¹⁷ HART, *El concepto...*, cit., ps. 131 y 133; LIPKIN, *Patología y sistema*, cit., ps. 12 y 15.

¹⁸ Siempre hay individuos que desafían la autoridad establecida por las reglas, pero ello es sumamente lógico, dado que no podría concebirse un sistema de reglas en el cual las mismas no fueran puestas en duda, desafiada o cuestionada su autoridad por parte de algún individuo o grupo de éstos. La clave de todo sistema normativo consiste en tornar de algún modo determinada conducta en obligatoria dentro del mismo. Que haya conductas a las cuales debemos ajustar nuestro proceder, y en este sentido referir que las mismas son obligatorias, no significa más que alguien potencialmente está en condiciones de cuestionar tales comportamientos; de ahí la presión social en miras de su obligatoriedad o acatamiento, lo que no tendría sentido si el comportamiento se cumpliera espontáneamente. No se requerirían reglas para algo que uno quiere hacer sino para lo que uno ciertamente no desea hacer. Si bien en las normas morales esta distinción se diluye, en las jurídicas ocurre todo lo contrario. Véase también *infra*, notas 26 y 28.

explicar la existencia de un sistema jurídico, que recurrir a la afirmación simple de que los habitantes en su mayoría obedecen habitualmente al derecho a causa de factores tales como la probabilidad de ser castigados de algún modo si no lo hacen ¹⁹.

Resulta interesante señalar la claridad expositiva con que Hart despliega su teoría. Nótese, por ejemplo, cuando en la página 135 de *El concepto de derecho* explica que “cuando alguien afirma la validez de una determinada regla de derecho, v.gr., una ley, usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho” (acá lleva su tesis al plano del típico supuesto que se le presenta al abogado cotidianamente o al ciudadano, y esa sola frase recién transcrita, supone la totalidad de su teoría sobre los sistemas normativos: reglas primarias y secundarias, punto de vista interno, orden subordinado, criterios de identificación; criterio supremo, regla última, etc.).

Luego, generalizando lo anterior en la noción de “práctica compleja” a toda la comunidad, agrega que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual alguien aprecia la validez de una ley particular, no solamente es aceptada por él sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Ello equivale tanto como decir que el sistema no tendría sentido si no se reconociera esa práctica efectiva en el seno de la comunidad, o lo que es lo mismo, debe aceptarse, como se dijo antes, que las reglas forman parte de sistemas y que son utilizadas por grupos de individuos para guiar su conducta, y criticar el desvío de la misma ²⁰.

Como vemos, hasta acá Hart ya englobó toda su tesis de la regla de reconocimiento explicándola como práctica efectiva (de los ciudadanos, abogados, jueces y funcionarios), observable externamente y compleja (todas esas conductas observables, se encuentran sustentadas normativamente por enunciados internos de aceptación de aquella). Así la subordinación de la validez de las reglas particulares del sistema a la regla maestra de reconocimiento, explica sin auxilio de artificiosas construcciones teóricas, la obligatoriedad de las normas jurídicas.

El autor procura escudarse de las posibles críticas, tanto en lo que hace al punto de vista interno como al externo de los sistemas normativos, mientras que al mismo tiempo unifica coherentemente todos los conceptos desarrollados a lo largo de su exposición, atenuando cualquier punto en el que el desarrollo de su tesis pareciera exacerbar en demasía el aspecto

¹⁹ HART, *El concepto...*, cit., esp. ps. 136, 137 y 141.

²⁰ Véase *ut supra*, ap. II.

interno, mediante la siguiente afirmación: "...la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho" ²¹.

Este punto de vista interno será el que nos permitirá afirmar que alguien "tiene el deber" y no que "se ve" o "se siente obligado" a realizar cierta acción, como podríamos tentarnos a aseverar si atendemos solamente al punto de vista externo, nociones éstas que Hart desarrolla en el capítulo V, punto 2 de *El concepto de derecho*.

Mientras que una comunidad se maneja sólo mediante reglas primarias de obligación, el cambio, la adjudicación y el reconocimiento de aquellas reglas como algo distinto de la moralidad; esto es, como categorías jurídicas específicas, conceptos tales como los de jurisdicción, legislación, validez, potestades jurídicas públicas y privadas, no tienen ningún sentido, puesto que son los propios integrantes de la comunidad (sin designaciones específicas al respecto) quienes hacen seguir las reglas. Por lo demás, ellas no se modifican sino mediante lentos procesos consuetudinarios.

La presencia de reglas secundarias como la regla de reconocimiento permite —dice Hart— dar significación a todas aquellas nociones que maneja a diario la teoría jurídica. Así con la designación de jueces, legisladores y demás funcionarios (determinados individuos del grupo, escogidos siguiendo tales o cuales condicionamientos) que reconducen su autoridad a una regla maestra, cobra sentido la noción de validez, derecho subjetivo, obligación jurídica, etc., y no antes.

De este modo podemos concluir que para Hart, la regla de reconocimiento desde el punto de vista de un observador externo es un hecho, pues fácticamente puede observarse un seguimiento de ciertas prácticas, que inclusive pueden llegar a ser objeto de predicción por el observador en atención a que las mismas se repiten con suficiente habitualidad; en tanto desde el punto de vista interno es una norma jurídica, es decir, una regla que *imponer deberes* (reglas primarias) pero que al mismo tiempo *confiere facultades* al habilitar el proceso de creación y aplicación del derecho (reglas de cambio y de adjudicación).

²¹ HART, *El concepto...*, cit. p. 139.

VI. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LA PATOLOGÍA DE UN SISTEMA LEGAL

Hart nos dice que el nacimiento de los sistemas legales (y consecuentemente la muerte de los que dejan de serlo), proceso que llama embriología de los sistemas legales, se produce a partir de un fenómeno normativo que denomina *patología*²².

Este fenómeno que ocurre en el seno de la sociedad, evidencia precisamente la regla de reconocimiento del sistema jurídico de aquélla.

La patología puede ser señalada, según Hart, a partir del divorcio entre el sector oficial y el sector privado en una sociedad, en la cual ya no hay una obediencia general a las reglas que son válidas según los criterios de validez usados por los funcionarios de ese sistema. Es decir que estos últimos siguen reglas respecto de las cuales la gran mayoría de ciudadanos no presta conformidad o aquiescencia.

Cuando esto tiene ocasión de suceder decimos entonces que se produce una ruptura del sistema jurídico y apresuradamente lo referimos atendiendo a enunciados de hecho formulados desde el punto de vista de un observador externo, haciendo mención de nociones tales como la eficacia y dando cuenta de ideas que nos sitúan en los perfiles antes mencionados acerca de una concepción derivativa de la estructura de los sistemas jurídicos, remontándonos a través de complejas cadenas de validez a un criterio supremo que se sustenta, a su vez, en uno superior del cual finalmente no podemos dar cuenta.

Como consecuencia de ello brindamos una visión sumamente simplificada del fenómeno, deformando la descripción de los sistemas jurídicos. En una palabra, no explicamos, como bien señala Hart, lo que sucede desde el punto de vista interno del sistema.

En síntesis, la ruptura del sistema jurídico debida, como se dijo, a una puja entre el sector público y el sector privado de la sociedad, se produce, según Hart, en tres situaciones patológicas posibles, a saber: a) una revolución, donde se expresan pretensiones antagónicas de gobernar dentro del mismo sistema, y mientras una minoría puja por establecer o instaurar un nuevo orden, el sector oficial puja por mantener el vigente; b) la ocupación enemiga, que constituye la pretensión de gobernar desde afuera del sistema que carece de autoridad según el sistema existente; y c) un quiebre del sistema o del control jurídico, evidenciado por la anarquía o el bandolerismo, donde no se observa una pretensión antagónica de gobernar.

²² HART, *El concepto...*, cit., ps. 146 a 149.

VII. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO SEGÚN LIPKIN

1. Introducción

Denominándola indistintamente regla de identificación o de reconocimiento del sistema legal, su explicación prácticamente coincide con las ideas centrales esbozadas por Hart en *El concepto de derecho*, aunque, sin embargo, precisa algunas nociones como ser su caracterización como acto circunstancia según la teoría de las normas de Bentham y asevera expresamente que aquella regla se dirige tanto a los funcionarios del sistema legal como a los ciudadanos de la comunidad en la cual el mismo se halla inserto.

2. Existencia de un sistema normativo

Ahora sí, podemos señalar que según la exposición de Lipkin, un sistema de normas existe cuando se dan una serie de circunstancias, a saber:

a) Una persona o minoría con poder suficiente, o primera mayoría, o mayoría simple, se comporta de determinada manera.

b) Considera que efectuar juicios críticos a razón de dicha norma es una actitud correcta.

c) Utilice a dichos comportamientos como guía de conducta para sus relaciones intersubjetivas.

d) Exista una minoría lo suficientemente corpórea que transgreda dichas guías de conducta (potencialidad de incumplir con la regla, que evidencia algún grado de patología, aunque sea mínimo) ²³.

El autor explica además que un sistema normativo existe cuando es cumplido en sus principales prescripciones, lo cual puede ser perfectamente comprobado, como ya lo hemos visto, desde el punto de vista del observador externo.

Empero, aclara también que al mismo tiempo, desde otro punto de vista (el interno), hemos de decir que un sistema normativo existe cuando se da una identificación de los sujetos con las prescripciones que forman parte de él, de modo tal que realizan sus críticas en base al sistema (emiten juicios

²³ LIPKIN, *Patología...*, cit., p.15; *Una cuestión de moralidad*, ps. 13 y 14. El autor da dos claros ejemplos para respaldar la afirmación de que la regla exige por lo menos en potencia que alguien la incumpla a los efectos de poder hablar de su existencia. El primero: "Imaginemos una orden de un jefe de una tribu indígena que disponga que todos deben adorar al Rey Sol y, que dicha deidad sea la fuente última de todas las disposiciones, los sujetos requieren para identificar aquella orden que por lo menos alguien en potencia ponga en duda dicha autoridad...". El segundo es el siguiente: "...Supongamos que un profesor le ordene a su alumno predilecto 'debes cerrar la puerta', cuando la misma se encuentra siempre cerrada" (nota 15 al pie de la p. 22 del primero de los trabajos citados, y nota 16 al pie de la p. 29 del segundo). Véase lo dicho, *ut supra*, nota 18.

lingüísticos y por tanto normativos, sobre la conducta ajena y la propia); esto es, la identificación se constituye en una razón para la acción. En otras palabras, utilizan la regla para guiar su conducta.

3. Concepto y función de la regla de identificación. La tesis del acto circunstancia

Lipkin señala que la regla de identificación constituye el criterio propio por el que un sistema normativo es conceptualizado o descrito, negando tal carácter a las ideas imperativas que en materia legal han visto en los procesos externos y en la eficacia general del sistema fundada en la aplicación de sus sanciones, el criterio de existencia del mismo. Nos dice en tal sentido que la existencia de un sistema normativo, por el contrario, depende de una serie de circunstancias que denomina regla de identificación del sistema²⁴.

A partir de esta conceptualización el autor nos afirma que la regla de identificación de los sistemas legales, al igual que cualquier otra prescripción del sistema (cualquier norma), que indica a modo de acción u omisión que algo deba ser o un hecho deba producirse, constituye un acto circunstancia²⁵, pero la diferencia radica en su función, toda vez que el único fin de la regla de reconocimiento consiste en dar una fundamentación normativa al sistema legal. En este sentido, la regla de identificación de los sistemas jurídicos es una regla de competencia.

Si se afirma que dicha regla, al igual que cualquier otra norma ha de ser entendida como acto circunstancia, también debe sostenerse que la misma ha de tener una consecuencia para ser norma y no hecho social²⁶.

²⁴ LIPKIN, *Patología...* cit., ps. 14 y 15; y *Una cuestión...*, cit., ps. 23 y 24 y sus notas. Esas circunstancias no son otras que las mencionadas en el punto 2 del presente apartado.

²⁵ Una norma forma parte de un sistema de normas, si y sólo si, las mismas se pueden tornar en actos circunstancias. Las circunstancias implican precisamente que una conducta deba ser o un hecho deba producirse, es decir, las circunstancias del acto. El acto se conceptualiza por sus circunstancias, o lo que es lo mismo, el acto adquiere significación normativa, sólo en tanto y en cuanto una consecuencia se le enlace, de manera tal que el acto existe sólo en la medida en que ella exista. Por ejemplo, un acto determinado, contratar, tiene su circunstancia en la nulidad del mismo, por lo que la acción actúa como un facultamiento o permisión de hacer, normativamente sólo cuando se le enlaza una sanción como consecuencia, la que a diferencia de lo que pensaba la tesis imperativa del derecho antes mencionada, no tiene porqué ser necesariamente una sanción o acto coactivo (*Una cuestión...*, cit., p. 25 y nota 14 al pie de la misma; *Patología...*, cit., p. 16 y nota 12 al pie de la misma). Lo esbozado corresponde a la concepción de norma de BENTHAM, Jeremy (cfr. *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Aguilar, 1973, traducción de Julián Larios Ramos; *The limits of jurisprudence defined*, New York, Columbia University Press, 1945, esp. ps. 78, 94, 126 y 129; y RAZ, *El concepto...*, cit., cap. III).

²⁶ LIPKIN, *Una cuestión...*, cit., p. 25 y nota 14 último párr. al pie de la misma; *Patología...*, cit., nota 12 último párr. al pie de la p. 16.

Ahora bien ¿cuáles son estas circunstancias? o mejor ¿cuál es el aspecto o consecuencia de aplicación posible en un tiempo y lugar determinado, de la regla de identificación, norma creadora de normas o criterio de existencia de los sistemas jurídicos, que otorga significación normativa a ciertos eventos fácticos?

Lipkin, y según lo entiende él también Hart, señala que la respuesta está dada por la propia existencia del sistema, la que constituye la razón de ser, la ontología de la regla de reconocimiento.

Con ello se quiere decir que la regla de identificación hace su aparición en la escena social dando significación normativa jurídica a determinados eventos fácticos englobados bajo el denominador común patología, en razón de la realización de enunciados internos de validez por parte de quienes siguen la regla.

Todo esto importa afirmar nada menos la posibilidad de que el nacimiento de un sistema legal tenga lugar. En definitiva, podemos decir que el aspecto de la regla maestra dará significación normativa al acto externo, el que no puede existir sin aquél, siempre en la idea de que las normas cualifican actos y no a la inversa²⁷.

Sosteniendo, pues, la existencia de una regla de identificación como explicación de los sistemas jurídicos, y conceptualizando a la misma como acto circunstancia, o acto-situación; esto es, como norma, tenemos la siguiente resultante:

a) *Un acto* que se verifica fácticamente en procesos externos a través de una patología (dato empírico).

b) *Un aspecto* que implica circunstancias de tiempo y aplicación posible, representado por la existencia misma del sistema, el cual existe no porque sea eficaz —al margen de que lo sea o no—, sino porque los ciudadanos (incluidos los funcionarios) realizan juicios lingüísticos acerca de la conducta ajena y la propia, criticándola y reconociendo un criterio supremo al cual se subordinan los restantes, del modo “Nosotros obedecemos a...”, o “Nuestro sistema político es...”.

²⁷ Bentham sostiene que la validez de un acto, o lo que es lo mismo, su autoridad, por ejemplo, una promesa, no puede ser basada en la validez o autoridad de la promesa en sí misma. Por tanto, es falso que la promesa crea la obligación. “Acaso —dice el autor— ¿ha de depender una promesa de su validez? ¿Qué es lo que la hace válida? Esta circunstancia, entonces, cualquiera que sea, sobre la que la validez de la promesa reposa; esta circunstancia, digo, y no la propia promesa, será evidentemente la causa de la obligación que, en general, conlleva toda promesa” (*Fragmento...*, cit., p. 70). “Así el asesinato es un homicidio realizado en determinadas circunstancias. Es la ley humana, en último término, la que define tales circunstancias o no?” (cit., p. 118, nota al pie del punto 18). Es decir que el acto sólo adquiere sentido a partir de sus circunstancias o aspecto.

En síntesis, lo que Lipkin quiere decirnos es que si se evidencia externamente en el seno de una sociedad una patología, entonces debe ser que hay individuos que realizan juicios lingüísticos, utilizan una regla y critican sobre la base de la misma, de lo cual se sigue que hay un sistema que existe ²⁸.

4. La regla de identificación como práctica compleja.

Alcance de sus funciones

Coincide Lipkin con Hart en que si la regla de identificación constituye la regla última del sistema jurídico, ella no puede ser válida o inválida, pues la misma no reconoce o no se subordina a ninguna otra norma del sistema. Es decir que es incorrecto preguntar acerca de cuál sea el fundamento de validez de aquella regla.

En efecto, ella representa los modos en que el sistema es creado y aplicado; esto es, proporciona los criterios últimos de validez del sistema. Consecuentemente no puede conceptualizársela en términos de validez o invalidez como el resto de las reglas y pautas del sistema que se le reconducen, sino que debemos afirmar que ella es aceptada o no lo es en base a los enunciados internos que realizan los agentes que la utilizan, que como hemos dicho oportunamente, no son otros que los ciudadanos y funcionarios de la sociedad de que se trate.

Sintetizando lo expuesto digamos que la regla de reconocimiento o de identificación que analiza Lipkin es una norma que cuenta con las características del resto de las otras normas, pero con una función claramente diferente, cual es la de cualificar eventos creadores de normas.

Tanto el fenómeno externo como el interno ocurren concomitantemente en el tiempo y en el espacio y en este sentido constituyen las dos caras de una misma moneda (el sistema normativo). Sin embargo, la identificación que proporciona la regla de reconocimiento como *práctica compleja* no puede ser explicada de modo satisfactorio si se descuida la perspectiva interna del sistema, toda vez que es ésta la que otorga significación normativa a los acontecimientos externos.

VIII. DESTINATARIOS DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Hart nos dirá en *El concepto de derecho* que las pautas o criterios de conducta están dirigidos a clases de actos y clases de personas como expresiones del lenguaje y como guías, pautas o estándares de conducta a se-

²⁸ LIPKIN, *Patología...*, cit., p. 22.

guir, sirviendo al mismo tiempo como justificación suficiente del castigo al transgresor.

También señalará que la regla de reconocimiento que concibe en su tesis como criterio de existencia de un sistema legal, se dirige tanto a los funcionarios como a los ciudadanos.

Sin embargo, el mismo autor afirma años más tarde en *Ensayos sobre Bentham*, año 1979 (recuérdese que *El concepto de derecho* fue editado por primera vez en 1961), que las normas no están dirigidas a clases de actos o de personas, sino que son meras prescripciones, y conceptualiza la existencia de los sistemas jurídicos, a través de las nociones de razones jurídicas dotadas de autoridad, con prescindencia del contenido que tengan y que poseen un carácter perentorio; esto es, que cada una de las reglas de un sistema se constituyen por sí en forma individual en razones suficientes o autosuficientes para la acción.

Esta nueva idea de razón jurídica dotada de autoridad, necesaria según Hart, para la comprensión de la autoridad jurídica y de la creación del derecho, pareciera ser una nueva posición del autor para dejar atrás la sencilla y deficiente noción de mandato y obediencia a un superior²⁹, pero que al mismo tiempo viene a desplazar su anterior teoría de la regla de reconocimiento, no sólo en lo que hace a su estructura sino que además la nueva conceptualización del autor, induce a pensar —si bien Hart no lo dice expresamente— que el criterio de existencia de un sistema legal; esto es, las razones jurídicas dotadas de autoridad (al igual que las reglas secundarias de cambio y adjudicación en la tesis de la regla de reconocimiento), está dirigido a los funcionarios del sistema y no a los ciudadanos, como estándares de conducta oficial.

La innovadora posición de Hart, como se dijo, parece ciertamente desbaratar su anterior concepción acerca de la diferencia entre puntos de vistas externo e interno de los sistemas normativos, así como del importante lugar que en este sentido ocupan las reglas —y en especial la regla de reconocimiento— que constituyen la estructura normativa de la sociedad³⁰, todo lo cual debía ser cuidadosamente advertido para poder comprender no sólo el derecho sino también cualquier estructura social.

En efecto, ¿cuál es el motivo para mantener la aludida distinción, si la voluntad —y por lo tanto, los juicios normativos críticos de conducta de los

²⁹ HART, H. L. A., "Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad", en *Ensayos sobre Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, traducción de José Luis Pérez Triviño, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, *Isonomía* n° 6, abril 1997, ps. 83 y ss.

³⁰ HART, *El concepto...*, cit., p. 110.

destinatarios de las razones dotadas de autoridad— no tiene relevancia alguna, precisamente porque no hay tales destinatarios? ¿Qué papel juega, entonces, la regla de reconocimiento si ella ya no es utilizada por quienes reconocen la autoridad del derecho, su creación y aplicación, mediante la formulación de juicios normativos internos en el marco de una práctica compleja de reconocimiento? ¿Afirmar que las razones jurídicas dotadas de autoridad se erigen en razones para la acción de los funcionarios no pulveriza acaso, el punto de vista interno del ciudadano que presta o no aquiescencia a determinadas prácticas, en tanto vuelve la teoría en predictiva?

Ciertamente todos los interrogantes recién formulados podrían ser contestados afirmativamente y ello se desprende sin mayores dificultades de la lectura del trabajo de Hart antes citado. Sin perjuicio de ello, es importante destacar que Hart incurre en una manifiesta contradicción ya en *El concepto de derecho* cuando dice en el capítulo VI, punto 2, que la afirmación de que un sistema jurídico existe es un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios de conducta oficial³¹; afirmando unas líneas después que en los sistemas complejos como son los sistemas jurídicos compuestos por reglas primarias y secundarias (los modernos) el uso normativo del lenguaje jurídico (punto de vista interno) que afirma un enunciado semejante a “esta es una regla válida” podría limitarse al mundo oficial³².

Pero no siendo ello suficiente y para echar por tierra todo lo que vino desarrollando a lo largo de *El concepto de derecho*, volviendo en su contra las críticas que a las teorías predictivas del derecho había lanzado, Hart dice textualmente en la página 146 de la versión castellana de aquella obra “...En este sistema más complejo [los actuales sistemas jurídicos] sólo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema”.

Este desafortunado pasaje en el texto de Hart, enmarcado justo en el capítulo más trascendente del libro, donde desarrolla la teoría de la regla de reconocimiento y su alcance, nos hace pensar enseguida que el mismo quiere significar que la regla de reconocimiento junto con todas las otras reglas (primarias y secundarias de cambio y adjudicación), se dirigen a los funcionarios quienes se guían por las mismas y justifican el castigo a quien las transgreda, y no a los ciudadanos quienes sólo ajustan su conducta u obedecen las reglas primarias que los funcionarios reconocen, aplican y pueden, bajos ciertos supuestos, modificar, desarticulando, como se señaló antes, las

³¹ HART, *El concepto...*, cit., p. 145.

³² *Ibidem*.

nociones de observadores y participantes —ya que no es necesario el punto de vista interno para precisar la conducta oficial—, y reduciendo consiguientemente todo el análisis acerca de la elucidación del concepto de derecho a las predicciones o profecías de lo que los funcionarios del sistema harán.

Vemos, pues, como el propio Hart se encarga de asestar un doble revés a la doctrina de *El concepto de derecho*. El uno, proporcionado por el acápite aludido anteriormente de aquella obra, muestra una postura que lejos de escapar de la predicción de la escuela sociológica norteamericana se confunde con ella. El otro, resultado del trabajo citado del autor *Razones jurídicas y mandatos dotados de autoridad*, incurrirá en la uniformidad del fenómeno normativo que oportunamente criticara a Austin y a Kelsen, al reducirlo sólo a razones para la acción oficial, además de no quedar del todo claro si su posición se distancia o no de la mantenida por la escuela escandinava, en especial en la figura de Alf Ross.

Sin embargo, pienso que no debemos apresurar juicios y si bien ha de aceptarse en principio que Hart no explica cómo compatibiliza su teoría acerca de las razones jurídicas dotadas de autoridad con la doctrina de la regla de reconocimiento, y ni aún, cómo es que tuvo lugar el pasaje cuestionado en *El concepto de derecho* luego del desarrollo de sus ejes centrales, lo cierto es que la última de las doctrinas señaladas, como expresión de las nociones fundamentales del pensamiento del autor, es la que estimo debe prevalecer.

Para decidirnos entonces por mantener incólume a la regla de reconocimiento en el pensamiento hartiano, es preciso señalar brevemente la posición adoptada por Lipkin en cuanto a los destinatarios de la regla de reconocimiento.

En efecto, el autor nos explica que las reglas de cambio y las de adjudicación se dirigen a los funcionarios del sistema para que como órganos de creación y aplicación de reglas primarias, precisamente, las creen y apliquen en el marco de sus competencias. En este sentido son concebidas como razones evaluativas para la acción.

La regla de reconocimiento, por su parte, cuya función consiste, como se ha señalado, en proporcionar criterios revestidos de autoridad para identificar reglas primarias, se dirige a los ciudadanos y a los funcionarios que también forman parte de la ingeniería social, quienes *en forma concurrente* utilizan y guían su conducta según lo prescripto por las reglas primarias e identifican los criterios antes mencionados en base a los cuales realizan juicios lingüísticos³³.

³³ LIPKIN, *Patología...*, cit., ps. 21-23.

IX. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE AMBAS TESIS

Dijimos que la regla de reconocimiento propuesta por Hart constituye el criterio de existencia de los sistemas jurídicos, el que a través de una patología muestra un aspecto externo que es fáctico, pero cuya explicación es normativa.

Este criterio de existencia, nos señala Lipkin, puede ser conceptualizado como “una práctica compleja de identificación normativa” de criterios de autoridad. Dicha práctica, por su parte, no es exclusiva de los sistemas legales, sino que también tiene lugar en cualquier sistema normativo, como ser el moral, o aún, un juego como el fútbol.

Naturalmente priva en esto último, constituyéndose en diferencia fundamental entre dichos sistemas normativos, el grado de importancia, de presión grave e insistente y de tensión social en que se sustentan. Así un orden moral no tendrá tras sí el grado de presión que experimenta el orden jurídico.

Lipkin afirma en definitiva que la tesis de la regla de reconocimiento de Hart, precisada en sus alcances, puede ser perfectamente utilizada para un adecuado entendimiento y descripción de los sistemas sociales, entre ellos el derecho, no porque sea un presupuesto teórico arbitrariamente determinado, sino porque en aquélla reside una completa comprensión del funcionamiento —y consecuente explicación— de dichos sistemas ³⁴.

Resumiendo: el aspecto interno de cualquier sistema normativo indica su aspecto externo, en consecuencia, no puede soslayarse su análisis sin pagar el alto precio de deformación y obscuridad en la explicación y funcionamiento de aquél ³⁵. Bajo esta perspectiva Lipkin precisa el alcance de la noción de “práctica compleja de reconocimiento” señalada por Hart, sin tener que caer por ello en la disyuntiva que supone escoger entre la noción de hecho o la de norma jurídica para conceptualizar a la regla maestra del sistema, englobando coherentemente los dos puntos de vista, es decir, el fáctico y el normativo, su relevancia y alcances en la noción de acto circunstancia proporcionada por la teoría benthamita de las normas. Esta regla maestra del sistema social, funcional y operativamente, entiende finalmente Lipkin, se dirige a los ciudadanos y a los funcionarios. A aquéllos como pauta, estándar o guía de conducta a seguir considerada como “buena” o “correcta”, y a éstos como razón evaluativa para la acción (crítica ante el desvío), toda vez que

³⁴ En sentido concordante HART, *El concepto...*, cit., p. 143.

³⁵ La crítica se encuentra dirigida, como hemos dicho, a quienes pasan por delante tales cuestiones, por ejemplo, las tesis imperativas de Austin o Kelsen y el realismo jurídico en general (HART, *El concepto...*, cit., esp. caps. I, II, III IV, V y VI).

si alguien incumple un deber debe ser que un funcionario del sistema está autorizado, en virtud de dicha regla, a reprochar tal conducta, en todo lo cual juega un papel preponderante el lenguaje.

X. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto extraemos las siguientes conclusiones:

Primero: Es falsa la afirmación de que tras las formas políticas de cualquier sistema jurídico siempre hay un soberano que dicta órdenes respaldadas por sanciones, sino que muy por el contrario estamos frente a reglas, más precisamente a un sistema de reglas jurídicas, o lo que es lo mismo, un sistema normativo jurídico, con todo lo que ello implica.

Segundo: Las reglas son pautas o criterios de conducta que tienen por función regular acciones humanas, y en ellas se encuentra la clave para comprender la estructura de los sistemas normativos, entre ellos el derecho, y la crítica ante la desviación de tales pautas o criterios.

Tercero: Las reglas se diferencian de los meros hábitos o conducta convergente en que aquéllas poseen un aspecto interno del cual carecen estos últimos.

Cuarto: Las reglas no se conciben en forma aislada sino que forman parte de la identidad de un determinado sistema de reglas; esto es, un sistema normativo de cualquier tipo (jurídico, moral, etc.).

Quinto: La importancia de la presión social que traen aparejadas las reglas —y las consecuentes obligaciones que surgen de ellas— constituye la estructura normativa de la sociedad. Es decir que ellas obligan porque la sociedad ejerce suficiente presión para que ello ocurra.

Sexto: El aspecto externo no basta para conceptualizar a las reglas y, consecuentemente, los sistemas normativos de los que ellas forman parte, no pueden ser comprendidos y explicados adecuadamente por un observador externo, quien lo hace sólo en términos de facticidad. De ello se sigue que sólo puede darse cuenta de la normatividad desde el punto de vista interno que es el del participante, es decir, quien utiliza las reglas.

Séptimo: Dentro del sistema normativo que conforman, las reglas se encuentran subordinadas a criterios de validez, uno de los cuales es considerado supremo, los que pueden ser identificados a través de una “compleja práctica de reconocimiento social” denominada regla de reconocimiento o de identificación de los sistemas normativos, que subyace en la base de éstos.

Octavo: La regla de reconocimiento, como regla última del sistema, no puede ser válida o inválida respecto de su confrontación con otras reglas³⁶; ella sólo puede ser aceptada o no por los participantes. Dado el primer caso, se dice que la misma existe como “práctica compleja”, mediante la realización de juicios internos de validez por parte de los individuos, aunque no se la enuncie expresamente al realizar tales enunciados.

Noveno: Resulta imprescindible comprender la singular trascendencia del lenguaje para poder advertir que se está frente a reglas³⁷.

Décimo: La regla de reconocimiento permite alcanzar una clara comprensión del fenómeno normativo en general, y del jurídico en particular, sin tener que recurrir a la explicación parcial, reducida y desfigurada de las órdenes que da un soberano que, pese a las formas, siempre se encuentra detrás de cualquier sistema jurídico; la presuposición de un deber en la conciencia jurídica de la sociedad o de los juristas; o más aun, las ideas metafísicas que basan en razones de legitimidad moral la explicación y funcionamiento de aquél.

Si reparamos ahora un momento en las cuestiones planteadas en la introducción de este trabajo acerca de afirmaciones tales como “la ley castiga a quien incumple con un deber determinado” o “esta norma es una norma jurídica perteneciente al sistema Z”, o aun, “éste es el sistema legal vigente en la comunidad X”, vemos que las mismas no hacen sino simplificar una compleja estructura de funcionamiento que presupone cualquiera de esas sencillas afirmaciones —o todas a la vez—, en el sentido de que hay un sistema normativo que existe, y que tiene un criterio de existencia propio (la regla de reconocimiento) que proporciona criterios de validez jurídica dotados de autoridad en razón de su misma utilización por los participantes.

Vemos, pues, que luego de haber precisado un contexto y una serie de elementos indispensable en la descripción de todo sistema normativo, es posible señalar cuándo una norma jurídica forma parte de un sistema jurídico.

Hart desde su trabajo *Definición y teoría en la ciencia jurídica* viene insistiendo en que mientras no se conceptualice la noción de sistema jurídico, resultará imposible precisar el alcance de lo que entendemos por norma

³⁶ Recuérdese lo señalado por HART acerca de que afirmar que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema. En este sentido se dice que existe (*El concepto...*, cit., ps.129 y 131).

³⁷ LIPKIN, *Una cuestión...*, cit., ps. 9, 10 y ss.

jurídica, toda vez que ésta es un subproducto de la idea de sistema y no a la inversa³⁸.

Creo que los dos autores analizados no se opondrían a estas conclusiones, máxime teniendo en cuenta que las mismas, a su vez, no se oponen ciertamente a los postulados básicos del positivismo jurídico, a los cuales ambos parecieran adherir.

XI. BIBLIOGRAFÍA

BENTHAM, Jeremy, *Fragmento sobre el gobierno*, traducción de Julián Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973.

— *The limits of jurisprudence defined*, Columbia University Press, New York, 1945.

CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

— “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, traducción de Genaro R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962.

— “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, *idem* anterior.

— “Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad”, en *Ensayos sobre Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, traducción de José Luis Pérez Triviño, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, *Isonomía*, n° 6, abril 1997.

HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, 2ª ed., México, UNAM, 1979.

LIPKIN, Gustavo Lázaro, *Patología y sistema*

— *Una cuestión de moralidad*.

— *La concepción de ciencia en Hart y en Kelsen: Una comparación, una coincidencia*.

PINO, Guillermo, *Acerca del positivismo y la ciencia*, inédito.

RAZ, Joseph, *El concepto de sistema legal*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986.

WINCH, Peter, *Ciencia social y filosofía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1990.

³⁸ RAZ, cit., p. 24. Así Hart parte de la idea de sistema legal para arribar a la noción de regla de derecho. Lipkin parece coincidir con dicha postura. En tanto tesis como las de Austin o Kelsen señalan justamente lo contrario, es decir, que el concepto de sistema jurídico es sólo un subproducto de la definición de norma jurídica (v.gr., de mandato o de acto objetivo de voluntad).