

HART, H. L. A. *El concepto del derecho* (capítulos III y V). Una aproximación a la propuesta de reglas primarias y secundarias de H. L. A. Hart.*

El objetivo de este trabajo consiste únicamente en presentar una reseña de los capítulos III y V de *El concepto de derecho* de H. L. A. Hart, por lo que los siguientes párrafos son meramente expositivos. En ese sentido, cabe destacar que me limito al planteamiento de las ideas originales del autor, sin contrastarlas con críticas propias o con otras teorías. De tal manera, la estructura que se sigue aquí respeta fielmente el orden y desarrollo de ideas que el propio Hart presenta en su obra. La intención de este trabajo es ofrecer al lector, como el título lo indica, una aproximación breve, pero atinada, a una de las principales tesis de Hart: *El derecho como unión de reglas primarias y secundarias*.

La relevancia de la tesis elaborada por H. L. A. Hart sobre el derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias es tal, que hasta nuestros días la misma tesis es causa de debates académicos. Es, también, un punto de partida para nuevas propuestas de investigación; es un referente para replanteamientos y explicaciones sobre el derecho. Y es, por otro lado, objeto de críticas y réplicas, que actualmente generan polémica, pues el aporte de esta tesis es tal, que se mantiene vigente como un parteaguas en la teoría y en la filosofía del derecho contemporánea.

En el capítulo V de *El concepto de derecho*, Hart, al elucidar sobre el derecho, lo expone como unión de reglas primarias y reglas secundarias. Para tal objetivo, él considera necesario distinguir dos tipos de reglas, que además están relacionadas.

...las reglas que pueden ser consideradas del tipo básico o primerio, son las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Mientras que, las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las re-

* Reseña recibida el 20 de octubre de 2021 y aceptada para su publicación el 29 de noviembre de 2021.

glas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas (Hart, 1962, p. 81).

Personalmente, me sumo a la aceptación, y también defiendo que todo sistema jurídico, necesariamente, presenta estos dos elementos. Es decir, las reglas primeras, por un lado, y las reglas secundarias, por el otro; sin embargo, difiero con Hart en que estos dos elementos o características sean suficientes. Dice él:

Hay, pues, don condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno “por su cuenta” y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas. Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer (Hart, 1962, pp. 116 y 117).

Hay varias cosas que destacar a partir de la cita anterior. Lo primero es que, como lo comentaba, no me resulta suficiente voltear a ver únicamente la unión de reglas primarias y reglas secundarias cuando se habla sobre la existencia de un sistema jurídico, porque Hart tomó en cuenta, al igual que Joseph Raz, que todo derecho necesariamente pertenece a un sistema jurídico (Raz, 1980, p. 1). En ese sentido, esto nos permite considerar —de forma necesaria— la pretensión de autoridad del derecho (Raz, 1985, p. 47). Consecuentemente, si el derecho no pretende autoridad, no resulta suficiente contar con reglas primarias y reglas secundarias. En mi opinión, li-

mitarnos a explicar un sistema jurídico a partir —únicamente— de la unión de reglas primarias y reglas secundarias no nos permite distinguirlo de manera más robusta frente a otro tipo de sistema normativo. En otras palabras, me resulta un tanto limitada —no errónea— tal explicación.

Simplemente, sólo plantearé la pregunta en aras de intentar denotar que me resulta limitado considerar como suficiente la unión de reglas primarias y reglas secundarias cuando elucidamos sobre el derecho. Para empezar, si el derecho no pretende autoridad, no podría hacerse exigible a los funcionarios que aceptaran la regla de reconocimiento, y, por otro lado, siguiendo y reaccionando a la misma propuesta de Hart, si éstos —funcionarios— no aceptan la regla de reconocimiento, no se crean reglas; si no se crean, los particulares no tienen material jurídico que observar ni adoptar. Ahora bien, si los funcionarios sí aceptan efectivamente la regla de reconocimiento, y crean reglas del primer tipo, los particulares tienen que ver en ellos y en las reglas que ellos crean, un elemento de autoridad. Como dice Raz, tienen que ver en ello una razón para comportarse de acuerdo con las reglas que ellos mismos crean, pues el derecho se presenta como tal razón (Raz, 1985, p. 47).

Consecuentemente, una forma más completa de estudiar o —como dice Hart— de elucidar sobre el derecho es si además de la unión de reglas primarias y reglas secundarias consideramos otros elementos que se encuentran presentes —de forma necesaria— en todo sistema jurídico. Uno de ellos es el elemento de autoridad, pues nos permite no sólo explicar la naturaleza de un sistema jurídico, sino, además, identificarlo y diferenciarlo de entre otro tipo de sistemas normativos, sea este un sistema normativo moral, un sistema normativo canónico o uno religioso, sólo por mencionar algunos ejemplos.

Insisto, no es que no comparta la explicación de Hart sobre el derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias. Claro que lo hago y, además, estoy de acuerdo con él. Es, simplemente, que me resulta más enriquecedor y completo al explicar un sistema jurídico, ofrecer al mismo tiempo otro tipo de características —necesarias— que nos ayudan a distinguirlo. Lo veo de la siguiente manera: si hablo de animales, y quiero explicar qué hace que un ovíparo sea

un ovíparo, me esforzaría por explicar, además, aquellas características necesarias que distinguen a un ovíparo del resto de animales en el planeta Tierra. Por ejemplo, qué lo distingue frente a los mamíferos, qué característica tienen, particularmente, los ovíparos que no tengan los mamíferos. En donde, continuando con la analogía, los sistemas jurídicos son aquí los ovíparos, mientras que otro tipo de sistema normativo —moral, por ejemplo— no presenta. Personalmente, este tipo de aportes me resultan más satisfactorios. Lo anterior ha sido únicamente una reacción, no necesariamente una crítica (pues el espacio no me lo permite), a la tesis de la obra en comento. Ahora paso a exponer la tesis del autor.

H. L. A. Hart reacciona frente al modelo simple de órdenes coercitivas y sostiene que existen una diversidad de normas jurídicas. Por lo tanto, refiere que un sistema moderno cuenta con una variedad de normas jurídicas, de las cuales no todas pueden ser consideradas como tal, debido a un carácter coercitivo. Por otro lado, Hart parte del mismo punto de partida de la teoría del derecho como órdenes coercitivas, es decir, que en donde hay normas jurídicas —indica—, la conducta humana se hace en algún sentido no optativa u obligatoria.

Sin embargo, él introduce su argumento a partir de la explicación de reglas primarias y reglas secundarias. Y paralelamente va presentando una serie de objeciones al modelo simple, tales como: no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo, no todas las normas jurídicas son legisladas ni todas son órdenes dadas a otros. En ese sentido, estas objeciones las atiende a partir de: *i)* el contenido de las normas jurídicas; *ii)* el origen de las normas jurídicas, y *iii)* el ámbito de aplicación de las normas jurídicas.

Ciertamente —dice Hart—, hay normas jurídicas que obedecemos o desobedecemos, como es el caso del derecho penal. En otras palabras, las normas de derecho penal exigen un “deber”. Por lo que, sin importar el propósito que sirva la pena o sanción de las normas penales, tal sanción busca crear un motivo para que las personas se abstengan de hacer o no hacer *X* acción.

Como se puede ver, las normas penales y sus sanciones tienen ese aspecto fuerte de órdenes generales respaldadas por amenazas. Pero este carácter —continúa Hart— no está presente en to-

das las normas que componen un sistema jurídico. Una prueba de ello —refiere— son las reglas jurídicas que regulan la realización de contratos, la celebración de matrimonio, la emisión de un testamento, entre otras. Este tipo de reglas facilitan la realización de ciertas acciones entre las personas, pues establecen criterios, procedimientos específicos, condiciones particulares, otorgan potestades o facultades.

Todo esto —enfatiza Hart— queda oscurecido si se representa al derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. Para dar más luz a este argumento, uno de los ejemplos que Hart utiliza es el del otorgamiento de un testamento. Al otorgar un testamento —dice—, podemos cumplir o no con lo establecido en la ley, que indica toda la serie de requisitos para emitir un testamento válido. En otras palabras, si la ley *X* determina que para emitir un testamento válido hay que cumplir con *P, Y, Z*; si no se cumplen esas tres características, el testamento será un acto nulo; por tanto, carecería de efectos jurídicos.

Pero el hecho de que yo no cumpla con la cláusula legal *Z*, por ejemplo, no implica —necesariamente— que he cometido una infracción, una violación o un delito. Y eso es precisamente lo que Hart intenta esclarecer, invitándonos a pensar la idea de sistema jurídico fuera de ese esquema de reglas respaldadas por amenazas. Una manera de evitar esa confusión es, en términos de Hart, si reconocemos en un sistema jurídico su diversidad de reglas jurídicas. Ciertamente, podemos encontrar algún parecido análogo entre el derecho penal y las órdenes respaldadas por amenazas, al igual que con las expresiones “obedecer” o “desobedecer”; pero de ello no se sigue que esto sea el elemento central que distingue a la diversidad de normas de un sistema jurídico.

En otras palabras, Hart no niega que exista tal carácter coercitivo; incluso señala a las normas penales como los mejores ejemplos frente a la idea de órdenes coercitivas. Lo que él apunta es que no es una característica que todas las reglas de un sistema jurídico deban tener para ser reglas, es decir, para tener tal estatus de regla jurídica.

Una característica que las reglas comparten —señala Hart— es que tanto aquellas que confieren potestades como las de derecho penal constituyen pautas o criterios de conducta para la apreciación

y realización de crítica de acciones determinadas. En ese sentido, lo que él intenta describir es la identidad fundamental de las reglas. Y mientras lo hace, lo contrasta al mismo tiempo con distintas versiones de normas, expuestas por otras teorías, las cuales —según Hart— reducen la variedad de las reglas jurídicas. Por ejemplo, aquellas teorías que hacen de la sanción un elemento central.

Paralelamente, Hart intenta demostrar que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones. Aquellas teorías —insiste— deforman las diferentes funciones sociales que los distintos tipos de reglas cumplen. Precisamente, una de las conclusiones a las que Hart llega es que una de las características distintivas del derecho, si no la característica distintiva de éste, consiste en la función de tipos diferentes de reglas.

Por lo tanto, uno de los principales puntos de partida de H. L. A. Hart es, frente al modelo simple del derecho como órdenes coercitivas del soberano, que este modelo no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico. En ese sentido, él señala cuáles son las principales razones por las cuales este modelo simple fracasa. El primer argumento en contra del modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas —dice— oscurece incluso la noción misma de normas penales, pues, aunque análogamente podrían encontrarse semejanzas entre una norma penal y una orden respaldada por amenaza —puesto que las normas penales son las que generalmente prohíben y prescriben ciertas acciones bajo castigo— éstas difieren de las órdenes respaldadas por amenazas. Y no es trivial tal diferencia —continúa—, puesto que las normas penales se aplican también a quienes las sancionan, y no simplemente a otros.

Dentro de esa variedad de normas —indica— están aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar, bien para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas privadas, ninguna de ellas, necesariamente, implica que haya una orden respaldada por una amenaza. Por otro lado, hay reglas que difieren en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita —puntualiza—.

Todas estas nociones —dice Hart— desfiguran el entendimiento del derecho, puesto que han sido construidas a partir de la noción

de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, sin incluir la idea de regla, la cual nos permite elucidar una de las formas más elementales de derecho. En este sentido, Hart introduce la distinción entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Por un lado, dice que tenemos las reglas de tipo básico o primario; éstas prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no, mientras que las del otro tipo —continúa—, dependen, en cierto sentido, de las del primero o son secundarias con relación a ellas.

En otras palabras, las reglas del primer tipo se refieren, en términos de Hart, a acciones que implican movimiento o cambios físicos, mientras que las del segundo tipo —señala— prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. En este punto podríamos preguntarnos qué implica la afirmación de que en determinado grupo social existen reglas primarias y reglas secundarias.

Pues bien, cuando Hart presenta esta noción de reglas primarias y reglas secundarias, él mismo enfatiza que con ello no quiere decir, ni afirma que, en todo momento uno se refiera a derecho, necesariamente se tiene que ver dicha relación. Únicamente, lo que él sostiene es que la idea de reglas primarias y reglas secundarias puede clarificar y ayudarnos a entender mejor la noción de derecho. En ese sentido, él ubica, como elemento central del entendimiento del derecho, estos dos tipos de reglas y la relación que existe entre ellas.

Para entender adecuadamente la tesis del derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias, Hart se centra en exponer lo que él llama el aspecto interno y el aspecto externo de las reglas. El punto de vista externo se ve manifiesto en aquel observador que se limita a registrar las regularidades de conducta observables de conformidad con las reglas del sistema, limitando su noción de orden social únicamente a la observación de conductas, predicciones y probabilidades de las desviaciones de los miembros de la sociedad. En otras palabras, Hart dice que el observador externo no hace de las reglas una razón para actuar, sino un signo de lo que sobrevendrá si se incumple.

Mientras que la explicación del punto de vista interno la introduce Hart a partir de la propia contemplación de conducta que un

individuo tiene hacia sí mismo y hacia el resto de los individuos que conforman el grupo social, entonces, el punto de vista interno de las reglas es visto, como Hart señala, desde el propio punto de vista interno de los miembros de la sociedad que conforman ese grupo. Dicho en otros términos, alguien que observa las reglas desde el punto de vista interno ve en estas reglas una *razón* para actuar, una razón para recibir una sanción o castigo, si es el caso. Mientras que un observador externo —continúa— rechaza las reglas y las considera como *signos* de un posible castigo.

Ahora bien, para explicar la idea de reglas primarias y reglas secundarias, así como la relación que existe entre ellas, Hart parte de la noción misma de reglas primarias, pues si éstas son consideradas como reglas de obligación, su propio funcionamiento exige la existencia de otro tipo de reglas, ya sea para delegar potestades, hacer cumplir lo establecido por las reglas primarias, etcétera. Es decir, para hacer posible los actos contemplados en las reglas primarias tiene que haber otro tipo de reglas: reglas secundarias.

Este tipo de reglas, siguiendo a Hart, tienen características particulares, y las ubica en un nivel distinto a las primarias, pues —continúa— éstas son acerca de las reglas primarias. En otras palabras, las reglas secundarias dan certeza sobre la existencia de las otras reglas —primarias—, ya que son las pautas que permiten la introducción, eliminación, modificación y exigibilidad de las reglas primarias, las cuales se ocupan de las acciones de los individuos. Por lo tanto, las reglas primarias se complementan con las reglas secundarias, y la unión e interacción entre ellas apunta a la existencia de un sistema jurídico.

Ahora bien, Hart introduce tres formas distintas de las reglas secundarias; estas son: la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación. La regla de reconocimiento la explica como aquella regla que especifica algunas características que ha de poseer una regla para poder ser considerada como una regla del sistema. Puesto de otra manera, la regla de reconocimiento indica las pautas a ser observadas para que una regla adquiera tal carácter de forma definitiva y, por tanto, dotada o revestida de autoridad. Una de las características cruciales de esta regla es el reconocimiento que se le tiene a ésta con un carácter revestido de au-

toridad. En donde hay tal reconocimiento —señala Hart—, hay una *forma* de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

Por otro lado, Hart introduce aquello que él llama “reglas de cambio”, presentándolas también como otra forma de regla secundaria. Esta regla, —apunta— es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias y dejar sin efecto las reglas anteriores. En ese sentido, una de las características que Hart enfatiza es que, a partir de la regla de cambio han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por la vía legislativa, y no en términos de las órdenes respaldadas por amenazas. En otras palabras, Hart dice que la regla de cambio, además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación.

Finalmente, las reglas de adjudicación son aquellas que Hart expone como otra forma de reglas secundarias, las cuales consisten en conferir facultades especiales. Hart refiere que estas reglas, además de identificar a los individuos que pueden juzgar, también definen el procedimiento a seguir. Ellas no imponen deberes, sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un estatus especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Otra característica de estas reglas —indica— es que de alguna manera definen algunos conceptos jurídicos, tales como el de juez, tribunal, jurisdicción y sentencia.

Dicho lo anterior, ahora es posible ver la relación que existe por un lado entre las reglas secundarias en sí, y por el otro, entre las reglas primarias y reglas secundarias. Si existe regla de cambio, la regla de reconocimiento necesariamente incorpora una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, es decir, del procedimiento legislativo. Mientras que la relación entre la regla de reconocimiento y la regla de adjudicación se ve manifiesta al momento en que los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida. Por lo tanto —continúa Hart—, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así pues, la regla que

confiere jurisdicción es una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una “fuente” de derecho.

Recapitulando: Hart concluye que la estructura que resulta de la combinación de reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación no sólo da luz a la médula de un sistema jurídico, sino que, además, es una herramienta para el análisis del derecho. Adicionalmente, Hart hace énfasis en que esta relación permite tener una aproximación más certera al análisis y definición de conceptos como el de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción. Consecuentemente, el estudio del derecho como unión de reglas primarias y reglas secundarias nos brinda un panorama más amplio y con una estructura mejor definida que nos permite elucidar el propio concepto de derecho. Sin embargo, como Hart refiere, la unión de reglas primarias y reglas secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo.

Yanara SUENAGA OLMEDA**

** Estudiante visitante de posgrado en la Universidad de León, España, área de filosofía del derecho.