

NEIL MACCORMICK

H. L. A. HART

Traducción y estudio preliminar
de Juan Manuel Pérez Bermejo

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO PRELIMINAR. HART, O EL TIEMPO RECOBRADO	11
1. MACCORMICK SOBRE HART	16
2. MACCORMICK MÁS ALLÁ DE HART	21
2.1. El punto de vista interno.....	21
2.2. La ampliación de los tipos de normas	25
2.3. Reglas que confieren poderes	27
2.4. La circularidad del sistema de reglas secundarias.....	27
3. MACCORMICK FRENTE A HART	30
3.1. Conceptos jurídicos básicos	31
3.2. El argumento moral en defensa del positivismo.....	33
4. MACCORMICK FRENTE A HART (Y FRENTE A SÍ MISMO)	36
5. MACCORMICK CON HART (Y FRENTE A DWORKIN)	39
5.1. La tesis de la discrecionalidad judicial en sentido fuerte	39
5.2. La comprensión de la teoría del derecho como ciencia descriptiva y valorativamente neutral	42
6. BIBLIOGRAFÍA	47
PREFACIO	51
PALABRAS ADICIONALES SOBRE LA SEGUNDA EDICIÓN	53
LISTA DE LOS PRINCIPALES TRABAJOS DE H. L. A. HART	55
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN	57
1. ALGUNAS REFLEXIONES PERSONALES	57
2. LA FIGURA PÚBLICA	61

	<u>Pág.</u>
3. ¿POR QUÉ UNA NUEVA EDICIÓN.....	70
CAPÍTULO II. HART: CRÍTICO MORAL Y JURISTA ANALÍTICO.....	75
1. INTRODUCCIÓN; EN TORNO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	75
2. HART COMO CRÍTICO MORAL DEL DERECHO	76
3. FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL LENGUAJE ORDINARIO	81
CAPÍTULO III. LA CONCEPCIÓN HARTIANA DEL DERECHO	91
1. UN RESUMEN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE HART.....	91
2. ELEMENTOS PARA UN ESTUDIO MÁS DETALLADO	102
CAPÍTULO IV. REGLAS SOCIALES	103
1. INTRODUCCIÓN.....	103
2. LAS REGLAS SOCIALES EN GENERAL	105
3. DE NUEVO SOBRE LA DIMENSIÓN INTERNA DE LAS REGLAS	108
4. REVISIÓN DE ALGUNOS TÉRMINOS FUNDAMENTALES	110
5. REGLAS Y OTRAS NORMAS	118
6. RECAPITULACIÓN.....	121
CAPÍTULO V. MORAL POSITIVA Y MORAL CRÍTICA.....	123
1. NOTA PRELIMINAR	123
2. MORAL POSITIVA	123
3. LA MORAL CRÍTICA COMO MORAL DIFERENCIADA DE LA POSITI- VA: PRINCIPIOS Y VALORES.....	126
4. DISTINTOS TIPOS DE NORMAS	129
5. LA INTERACCIÓN ENTRE LA MORAL CRÍTICA Y LA POSITIVA.....	134
CAPÍTULO VI. OBLIGACIÓN, DEBER Y HECHO ILÍCITO	137
1. «REGLAS DE OBLIGACIÓN».....	137
2. OBJECIONES	141
3. EXIGENCIAS Y HECHOS ILÍCITOS	145
4. REVISIÓN DE LOS CRITERIOS HARTIANOS.....	150
5. ¿REGLAS DE OBLIGACIÓN?.....	152
6. UNA CONCLUSIÓN SOBRE LOS CRITERIOS HARTIANOS.....	156
7. CODA: HART Y LAS RAZONES PERENTORIAS	157
CAPÍTULO VII. PODERES Y REGLAS QUE CONFIEREN PODERES....	161
1. EL CONCEPTO DE PODER NORMATIVO.....	161
2. PODERES Y REGLAS... Y OTRAS NORMAS.....	168
3. INSTITUCIONES JURÍDICAS E INDIVIDUACIÓN DE REGLAS	171

	Pág.
4. PODERES PRIVADOS E INSTITUCIONES PÚBLICAS.....	177
CAPÍTULO VIII. DERECHOS.....	183
CAPÍTULO IX. EL ORDEN JURÍDICO I: LOS ELEMENTOS PRIMARIOS DEL DERECHO.....	189
1. NOTA PRELIMINAR.....	189
2. LOS ELEMENTOS PRIMARIOS DEL DERECHO.....	190
3. Y, ¿QUÉ HAY DEL SEXO?.....	197
4. ALGUNAS DUDAS ADICIONALES.....	199
CAPÍTULO X. EL ORDEN JURÍDICO II: REGLAS SECUNDARIAS.....	203
1. EL CONCEPTO DE REGLA SECUNDARIA.....	203
2. CONSTRUYENDO EL SISTEMA JURÍDICO.....	207
3. PROBLEMAS EN TORNO A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.....	210
4. FUNCIÓN JUDICIAL Y DEBER JUDICIAL.....	215
5. PODERES DE ENJUICIAMIENTO Y PODERES DE LEGISLACIÓN: UN MODELO FEUDAL.....	221
6. EL SURGIMIENTO DEL LEGISLADOR SOBERANO.....	225
CAPÍTULO XI. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y FUNCIÓN JUDICIAL.....	229
1. REALISMO <i>VERSUS</i> FORMALISMO.....	229
2. REGLAS Y SOLUCIONES DISCRECIONALES.....	234
3. LOS LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD: LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURÍDICAS.....	236
4. EL DERECHO COMÚN Y LA CONTROVERSIAS SOBRE LAS REGLAS.....	242
5. DE NUEVO SOBRE LA CONCEPCIÓN HARTIANA DEL DERECHO.....	244
CAPÍTULO XII. SANCIONES, CASTIGOS, JUSTICIA.....	247
1. SANCIONES, REGLAS Y LEYES.....	247
2. CASTIGOS: DEFINICIÓN Y FINALIDAD JUSTIFICADORA.....	252
3. LA DISTRIBUCIÓN DEL CASTIGO: JUSTICIA Y RESPONSABILIDAD.....	259
4. CONCLUSIÓN.....	263
CAPÍTULO XIII. DERECHO, MORAL Y POSITIVISMO JURÍDICO.....	265
1. NOTA PRELIMINAR.....	265

	<u>Pág.</u>
2. EL PRINCIPIO LIBERTARIO Y LA CRÍTICA DEL MORALISMO JURÍ- DICO	265
3. LA RELEVANCIA MORAL DEL DERECHO POSITIVO	272
4. EL POSITIVISMO JURÍDICO DE HART	275
CAPÍTULO XIV. EPÍLOGO	283
1. METODOLOGÍA.....	284
2. EL CONTENIDO DE LA TEORÍA.....	288
3. EL DESAFÍO DEL DERECHO NATURAL.....	290
4. EL DESAFÍO DE DWORKIN	292
5. RAZONAMIENTO JURÍDICO Y TEORÍA DE LA APLICACIÓN JUDI- CIAL.....	295
6. EL LEGADO DE HART	297
BIBLIOGRAFÍA	299
ÍNDICE ANALÍTICO	311

ESTUDIO PRELIMINAR

HART, O EL TIEMPO RECOBRADO¹

Juan Manuel PÉREZ BERMEJO

En un artículo reciente, John FINNIS evoca una conversación mantenida con HART en la que éste le confesaba que, aproximadamente cada diez años, tenía por costumbre leer íntegramente el clásico de Marcel PROUST *En busca del tiempo perdido*². Como es sabido, PROUST sostenía que las personas que conocimos y las vivencias que compartimos con ellas no nos abandonan del todo, sino que quedan como petrificadas en una serie de objetos y de lugares, a la espera de que nuestra memoria sensitiva las descubra, las libere y, con ello, las haga revivir. Si ello es cierto, la vida y la obra de HART son uno de esos fenómenos afortunados que no han dejado de ser evocados y revividos desde que su autor nos dejara. Ello no tiene nada de extraño ni de azaroso: tanto la teoría como la biografía de HART exhiben un despliegue tan extraordinario de razón pública y de pasión privada que sería inexplicable, además de injusto, condenar ambas a un temprano olvido. Sin embargo, la vitalidad del pensamiento de HART y el peso que su memoria sigue ejerciendo en la filosofía del derecho contemporánea convierten a su autor y a su obra en una presencia familiar y cotidiana en todos los foros de la disciplina. Por un lado, el éxito de la biografía de Nicola LACEY *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream* ha avivado el interés por la persona pública y privada, y propiciado un número

¹ Le agradezco a mis maestros, los profesores Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ y José DELGADO PINTO, su ayuda impagable en la elaboración de este libro. El estudio preliminar se enmarca en el proyecto «Interpretación, argumentación y sistema jurídico» (referencia SEJ2007-63792), beneficiado con una ayuda de la Dirección General de Investigación.

² FINNIS, 2007: 25.

considerable de evocaciones y remembranzas de las que el primer capítulo de este libro o el ya mencionado artículo de FINNIS son sólo algunos ejemplos. Por otro, la actualidad del pensamiento de HART sigue siendo incontestable en los debates de filosofía del derecho, y sus conceptos y razonamientos siguen inspirando un número cuantioso de contribuciones. Esta actualidad no se agota, como podría pensarse, en los debates generados por su escrito póstumo, el «Postscript» a la segunda edición de *El concepto de derecho*³, que parece haber redibujado el anterior frente abierto entre iusnaturalistas y positivistas y sustituido por otro que separa a los partidarios de HART y los de DWORKIN; su actualidad se extiende también a conceptos y argumentos cuya formulación se remonta por lo menos a 1961, pero que, como los de regla de reconocimiento, regla secundaria o punto de vista interno, siguen siendo hoy objeto de estudios monográficos y de un abundante flujo bibliográfico⁴. En suma, HART goza de lo que, también en términos proustianos, podemos llamar un tiempo recobrado, una revisión animada y constante de sus puntos de vista que nos permite juzgar su obra como un desafío permanente y un caso todavía abierto en la filosofía contemporánea.

Con su libro *H. L. A. Hart*, Neil MACCORMICK lleva a cabo una reconstrucción intelectual, pero también una sentida evocación de la vida y obra de quien fue su fuente de inspiración filosófica, además de colega y compañero de reuniones y debates en el Balliol College de Oxford de 1967 a 1972⁵. Sin duda, existen diferencias a veces acusadas entre la filosofía jurídica y política de HART y de MACCORMICK, diferencias acentuadas con el paso del tiempo. Éstas son a veces explicables, incluso inevitables si consideramos el contexto diverso en el que ambas obras se gestaron. La obra de HART está enraizada en la filosofía dominante en el Oxford de su tiempo, caracterizada por el método del análisis del lenguaje ordinario; mediante este método, HART perfila un modelo central o paradigmático de derecho que, fiel a la tradición de la práctica jurídica inglesa (véase la p. 65 de este libro), observa una separación tajante entre lo jurídico y lo político, y, por tanto, no incluye la moral entre sus ingredientes necesarios. La obra jurídica de MACCORMICK, por su parte, sin abandonar el análisis del lenguaje ordinario, aprovecha los últimos desarrollos en la teoría de las convenciones y de los actos de habla para construir una teoría neoinstitucionalista del derecho⁶; además, fiel a la herencia empirista de la ilustración escocesa, adopta una actitud menos hostil al realismo jurídico, una actitud que, junto con la toma de conciencia de los nuevos desarrollos en las teorías de la argumentación, le permite posar una mirada más atenta a la práctica jurisprudencial.

³ Un buen ejemplo de estos debates es *Hart's Postscript*, editado por COLEMAN en 2001.

⁴ Sobre publicaciones recientes en torno al concepto de regla de reconocimiento, véase, por ejemplo, ADLER y HIMMA, 2009; sobre el punto de vista interno, la *Fordham Law Review* publicó un número monográfico en 2006.

⁵ Un resumen claro y sucinto de su relación personal con HART se halla en ATIENZA, 2006: 480-81.

⁶ LACEY (2004: 217) llama la atención sobre la ausencia en la obra de HART de un auténtico interés por el estudio del papel de los jueces y, en general, del engranaje institucional en que descansa el derecho.

dencial, a los problemas de argumentación, razonamiento jurídico e interpretación; son precisamente estos escenarios los que le confirman la relevancia de los principios morales en la argumentación jurídica, y la necesidad de corregir la drástica separación positivista entre derecho y moral defendida por HART. En filosofía política, HART es un utilitarista cualificado que se ocupa de problemas emparentados con las preocupaciones más distintivas de los utilitaristas clásicos, como la promoción estatal de la moral comunitaria o la filosofía del castigo. MACCORMICK, por su parte, es un escocés que escribe en una Gran Bretaña más europeizada que la de HART; no es así extraño que se detenga en cuestiones como la crisis de la soberanía estatal, su erosión «por arriba» mediante la cesión de soberanía a instituciones supranacionales como la Unión Europea, y «por abajo» por obra de lo que él juzgaba como nacionalismos cívicos legítimos⁷. Éstas y otras diferencias serán objeto de atención más adelante. El argumento que ahora trato de subrayar es que, pese a las diferencias, la teoría del derecho de MACCORMICK se mantuvo hasta el final dentro de la senda trazada por HART. Ésta es, posiblemente, una afirmación que MACCORMICK discutiría, y contra la cual aduciría que quien, como él, se ha proclamado un post-positivista jurídico no puede ser definido como un mero continuador de HART. Y es cierto que, como hemos admitido, existen diferencias sustanciales. Sin embargo, MACCORMICK es fiel a las coordenadas de HART porque ambos comparten el mismo punto de vista sobre el tipo de teoría del derecho que debe constituir el quehacer del filósofo, a saber, una teoría descriptiva en la que el filósofo ha de adoptar un punto de vista distanciado y neutral desde el que obtendrá una teoría «conceptual» de validez general. De este modo, y por cerrar las analogías proustianas, MACCORMICK transita en todo momento «por el camino de HART». Sin duda, MACCORMICK compuso una obra propia, y la dotó de razones y argumentos diferentes de los que hallamos en la obra de HART; pero todas estas razones y argumentos están sometidos al diapasón de la teoría del derecho de HART, que les marca siempre el tono y los aleja de posiciones disonantes dentro del mundo hartiano, significativamente las representadas por Ronald DWORKIN.

Abundaremos en estos aspectos en nuestro comentario preliminar del libro. Antes, sin embargo, debe advertirse que *H. L. A. Hart* es un libro cuya catalogación es más compleja de lo que parece a primera vista. Como el lector imagina, el libro es básicamente una exposición del pensamiento de HART, de su filosofía moral y, especialmente, de su filosofía jurídica. Pero, bajo la factura de una mera exposición del pensamiento de HART, incluye otro tipo de contenidos. Podemos resumirlos del siguiente modo:

⁷ MACCORMICK se mostró especialmente activo en la defensa del primer proyecto de Constitución europea, frustrado por el referéndum irlandés, de lo que dio buena cuenta en MACCORMICK, 2005b. Por otra parte, fue miembro y eurodiputado del *Scottish National Party*, el partido independentista escocés fundado por su padre John MACCORMICK. Donde sus puntos de vista sobre el tema se expresan de modo más evidente es en MACCORMICK, 1970.

a) En primer lugar, el libro es una exposición descriptiva de la filosofía jurídica, moral y política de HART. Sobre esta primera dimensión del libro debe añadirse que se trata de una exposición o una descripción actualizada. En efecto, la primera edición del libro, que data de 1980, se redactó antes de que HART publicara reformulaciones e incluso rectificaciones importantes de su propio pensamiento; me refiero a aportaciones tan influyentes como las incluidas en sus libros de recopilación de ensayos de 1982 y 1983 y, más señaladamente, a su «Postscript» a la segunda edición de *El concepto de derecho*. Por otra parte, la primera edición no podía tener en cuenta el marco de debate proporcionado por importantes contribuciones de la literatura secundaria; por mencionar algunas de las que más han influido en esta obra, pueden destacarse las monografías de BAYLES (1992), MARTIN (1987) o MOLES (1987), las colecciones de ensayos editadas por GAVISON (1987) y COLEMAN (2001), y, particularmente, la mencionada biografía de LACEY (2004), saludada por MACCORMICK desde su publicación en una reseña encomiástica⁸. Esta segunda edición se elabora sobre la base de un corpus de pensamiento ya completo, lo que la concede un carácter definitivo.

b) Es una exposición reconstructiva y renovadora del pensamiento de HART. Fiel a la consigna hermenéutica de entender al autor mejor de lo que éste se entendió a sí mismo, MACCORMICK nos ofrece una explicación de los conceptos hartianos que aspira a ser más ordenada y comprensible que la servida por el propio HART. Sin traicionarlo, resuelve algunos problemas de coherencia del pensamiento de HART, a veces simplemente «tirando del hilo» de sus argumentos, a veces incorporando piezas nuevas para reforzar sus conceptos y definiciones. Es posible que, en ocasiones, estas piezas nuevas sean un añadido no sólo novedoso, sino incluso extraño a la fraseología y las preocupaciones teóricas de HART, como puede ser el caso de las pautas de razonamiento jurídico cuya aceptación extiende a un autor como HART, apenas preocupado en sus escritos por la teoría de la ciencia o del razonamiento jurídico. Sin embargo, comprender una obra supone a veces no ya entenderla mejor, sino de modo distinto a como la entendió su autor, y un cultivador decidido del punto de vista hermenéutico como MACCORMICK no sólo no sentía rubor por el carácter más o menos innovador de sus reconstrucciones, sino que las juzgaba como propias de su tarea de descriptor «caritativo». En cualquier caso, en esta faceta de reconstructor y renovador del pensamiento de HART, MACCORMICK se sintió en todo momento fiel al espíritu de la obra que analizaba, razón por la que, como suele repetir, el problema de HART en estos casos no es que sus conceptos fuesen erróneos —lejos de ello, eran acertados y notablemente útiles— sino que no los había llevado suficientemente lejos.

c) Es también una exposición crítica. En algunos supuestos, MACCORMICK no se limita a extender los conceptos hartianos, o a reforzarlos mediante apor-

⁸ Véase MACCORMICK, 2005c.

taciones más o menos novedosas, sino que denuncia las ideas hartianas como equivocadas. Por supuesto, habida cuenta de la ya mencionada fidelidad de fondo de MACCORMICK a la metodología de HART, no podemos esperar que esta dimensión del libro sea la protagonista. Sin embargo, la inmersión de MACCORMICK por los terrenos de la argumentación jurídica y la constatación del vigor jurídico de los principios permiten augurar en algunos casos un grado notable de desacuerdo.

d) Como resultado de reforzar el pensamiento de HART mediante razonamientos propios, y de desechar conceptos hartianos y sustituirlos por conceptos propios, podremos también comprender que el libro *H. L. A. Hart* incluye una exposición de la teoría del derecho del propio MACCORMICK, si bien fragmentaria y dispersa⁹. Ahora bien, incluso esta dimensión está cargada de complejidad, porque el libro es una exposición igualmente renovada y actualizada del pensamiento de MACCORMICK. Debe tenerse en cuenta que esta segunda edición de *H. L. A. Hart* es una de las últimas contribuciones intelectuales de Neil MACCORMICK antes de su inesperado fallecimiento. En ella queda también plasmada la notable evolución del pensamiento de MACCORMICK, que confesó haber evolucionado desde un positivismo consecuente hasta un supuesto post-positivismo en el que incluso se dejan sentir las huellas de iusnaturalistas como John FINIS.

En suma, *H. L. A. Hart* es una descripción muy meritoria de la teoría de HART, pero también es otras cosas. Como una muñeca rusa que contiene más de lo que a primera vista ofrece, el libro también presenta distintas facetas bajo la apariencia de un hilo conductor puramente descriptivo. En lo que sigue, trataré de profundizar en las relaciones de mayor o menor proximidad entre las teorías de HART y del propio MACCORMICK tal y como éstas se revelan en el libro. Seleccionaré una serie de temas y de problemas analizados en *H. L. A. Hart* en virtud del interés que tengan para esclarecer la compleja relación que mantenían ambos autores. Estos temas quedarán ordenados del siguiente modo. Comenzaré por la dimensión del libro menos problemática a primera vista, que se corresponde con su faceta de exposición o descripción fiel de la teoría de HART; ésta incorpora también una peculiar forma de organizar y estructurar el trabajo de HART que empieza a mostrar ya aportaciones propias de MACCORMICK. Después, en el apartado «MacCormick más allá de Hart», mencionaré algunos temas que demuestran el carácter propiamente novedoso y reconstructivo de la mera exposición de HART realizada por Neil MACCORMICK. El progresivo alejamiento de la teoría de HART se expresa en los dos apartados siguientes: «MacCormick frente a Hart» expone algunos temas que marcan un desacuerdo evidente con la teoría de HART, mientras que en «MacCormick frente a Hart (y frente a sí mismo)» selecciona los desacuerdos con HART que manifiestan la

⁹ Uno de los revisores de la primera edición del libro confesaba: «a veces uno se pregunta si el autor no nos está sirviendo más MacCormick que Hart» (GOLDING, 1985: 444).

evolución intelectual del último MACCORMICK y, por tanto, constituyen también desacuerdos con sus primeras publicaciones. Por último, el apartado «MacCormick con Hart (y frente a Dworkin)» trata de probar la fidelidad de fondo a la metodología del autor de *El concepto de derecho*, y de mostrar hasta qué punto el libro y la trayectoria intelectual de MACCORMICK pueden describirse como un viaje de ida y vuelta al pensamiento de HART.

Por supuesto, los temas seleccionados no serán objeto de un análisis exhaustivo. Como en cualquier introducción, el objetivo de este estudio es presentar una selección de los temas y contenidos más importantes incluidos en la obra antes que construir teorías o argumentaciones sofisticadas sobre los mismos.

1. MACCORMICK SOBRE HART

Dedicaré este apartado a presentar la estructura del libro, que es también el plan o el hilo conductor conforme al cual MACCORMICK pretende dar cuenta, dentro de una monografía de dimensiones limitadas, del contenido fundamental del pensamiento hartiano.

En realidad, la exposición sistemática del pensamiento de HART se incluye en los capítulos IV a XIII. Los tres primeros capítulos del libro constituyen un apartado introductorio que incluye una biografía intelectual del autor, con atención especial al contexto intelectual del que HART se nutrió para adoptar su método filosófico, así como un resumen general de su obra. Por último, el capítulo XIV, que es la principal novedad de esta segunda edición del libro, consiste en una valoración de los últimos escritos de HART, así como una revisión de los más importantes desafíos críticos dirigidos en las últimas décadas contra su teoría.

Un primer vistazo a los capítulos IV a XIII transmitiría la sensación de que el libro consiste en una exposición de la teoría jurídica de HART estructurada al modo kelseniano, lo que, sin duda, constituye una alteración respecto al orden con el que HART procede en *El concepto de derecho*¹⁰. En efecto, estos capítulos podrían distribuirse fácilmente en una primera parte destinada a las cuestiones propias de lo que KELSEN denominaba nomoestática, fundamentalmente a la teoría de las reglas y de los conceptos jurídicos fundamentales (capítulos IV-VIII), y una segunda parte dedicada a los problemas típicos de lo que KELSEN llamaba nomodinámica, en concreto las relaciones sistemáticas de las normas,

¹⁰ Este cambio de orden respecto a *El concepto de derecho* ha sido aplaudido por algunos revisores, como BATES, 1983: 810. Aunque MACCORMICK entiende que HART estructura *El concepto de derecho* tomando como referencia la filosofía de J. AUSTIN, habida cuenta de que es en dicha filosofía donde «la locomotora de la filosofía jurídica británica parecía haberse averiado» (p. 89), también le reprocha no haberse mostrado suficientemente receptivo con la obra de KELSEN, y, en algunos puntos, lamenta que su generoso tratamiento de autores como BENTHAM contraste con una reducción a la caricatura de la obra de KELSEN (p. 171).

el concepto de sistema jurídico y los problemas de indeterminación del derecho (capítulos IX-XI). Dicho en palabras de MACCORMICK, los capítulos IV a VIII analizan los *building blocks* o «materiales de construcción» del orden jurídico (p. 189); si el derecho consiste en normas, y si las reglas primarias son reglas de obligación, es lógico que el planteamiento se inicie con un estudio del concepto de norma, y prosiga con un análisis del concepto de obligación; también es lógico que sólo entonces se estudie el concepto de «poderes», habida cuenta de que las reglas que confieren poderes son reglas secundarias, y que el estudio termine con un esbozo del concepto residual de «derechos». Después de analizar los materiales de construcción, la teoría dinámica analiza la forma con la que se ordenan y se organizan todos estos materiales hasta conformar un sistema jurídico. Por último, extramuros de la teoría jurídica, MACCORMICK añade un bloque de filosofía moral y política que considera las principales contribuciones de HART como moralista crítico, en concreto sus aportaciones a la filosofía del castigo (capítulo XII) y a la crítica de toda forma de perfeccionismo político (capítulo XIII).

Ahora bien, aunque distribuir la materia fundamental del libro en estos tres bloques es en general acertado, catalogar dicha distribución de «kelseniana» supone un amplio grado de licencia. Como es sabido, KELSEN confecciona desde el principio una teoría «pura» del derecho, de modo que las tesis sostenidas en su nomoestática son imputables al derecho, pero no a la moral: las reglas jurídicas se diferencian de las reglas morales por su naturaleza coercitiva, es decir, por consistir en órdenes de sancionar dirigidas a los jueces, lo que, como se sabe, implicaba una reconstrucción de las categorías jurídicas fundamentales del todo alejada de la que podría ser aplicable a la moral. MACCORMICK, sin embargo, trata en todo momento de subrayar que HART no diferencia plenamente el derecho de la moral hasta que no accedemos a lo que KELSEN llamaría «nomodinámica»: tanto el derecho como la moral consisten en normas, pero la particularidad del derecho es que contiene un tipo muy particular de normas, las reglas secundarias, cuya misión es garantizar que las normas jurídicas se relacionen de forma ordenada, estructurada o sistemática. El carácter jurídico de una norma tiene su respuesta para HART en la nomodinámica: una norma es jurídica si pertenece a un sistema jurídico (p. 203), y un sistema jurídico es una ordenación o una estructuración de reglas primarias o de obligación que es obra de las llamadas reglas secundarias¹¹. La moral convencional también contiene reglas (pp. 131 y ss.); incluso puede incluir reglas que confieran algún tipo de poderes (pp. 168-169), pero no constituye un «sistema» de reglas. Por esta razón, las explicaciones de los capítulos IV al IX son parcialmente aplicables a la teoría moral, e incluyen un capítulo como el V, destinado en buena medida a extender la explicación del concepto de regla social a la moral convencional.

¹¹ Por eso decía HART que no era posible definir el derecho desde el concepto de regla social, y añadía después que lo que su investigación trata de esclarecer es el concepto de «sistema jurídico» nacional (HART, 1961: 15 y 17).

Sin embargo, la «nomodinámica», los capítulos IX a X, son capítulos referidos exclusivamente al derecho.

Si la exposición de su teoría de las normas jurídicas se extiende también a su teoría moral, la explicación particular de su teoría moral, compendiada en los capítulos XII y XIII, enfoca también su teoría del derecho. El capítulo XII nos introduce en los problemas morales de una rama específica del orden jurídico, como es el derecho penal, mientras que el XIII aborda el problema de las relaciones entre el derecho y la moral, e incluye entre sus contenidos fundamentales el «argumento moral» en defensa del positivismo jurídico, es decir, la idea de que la lucha contra las leyes injustas resultará más eficaz si desechamos la idea de que la justicia o la injusticia de las leyes afecta a su naturaleza jurídica. Sobre este argumento se volverá después. Por ahora, lo que me interesa acentuar es que la teoría de HART se describe en este libro como una teoría positivista, pero que concibe el derecho como una realidad emparentada, y no del todo separada de la moral. No es extraño que, como reconoce MACCORMICK en el libro, HART quedara en su momento complacido con la primera edición de esta obra, aprobara en general la descripción de su pensamiento en ella contenida, pero le reprochara presentarlo como un autor menos positivista de lo que en realidad era (p. 73).

Las siguientes secciones revisarán aquellos puntos en los que MACCORMICK se distancia del positivismo ortodoxo de HART. Sin embargo, incluso en este primer apartado, dedicado a la estructura del libro y a la pura y simple descripción del original hartiano, debemos poner de relieve algunos conceptos y razonamientos que MACCORMICK atribuye pacíficamente a HART, pero cuya asignación resulta dudosa, sobre todo si tenemos en cuenta la evolución del pensamiento de HART. Por ejemplo, la teoría de las normas aquí presentada concede en todo momento al concepto de «regla *social*» el papel de material básico de construcción de toda la teoría del derecho. El concepto de «regla social» es un concepto peculiar, porque, según HART, su comprensión exige dar cuenta de las actitudes internas de los destinatarios de las mismas, especialmente la actitud de reproche o censura por su inobservancia. Por otro lado, este papel fundamental consagraría un fuerte parentesco entre el derecho y la moral, y ello porque las reglas jurídicas y las reglas morales son presentadas como tipos de reglas sociales caracterizadas por su cualidad de imponer obligaciones y de ser aceptadas desde el punto de vista interno por sus usuarios. Sin embargo, si juzgamos la teoría de HART a la luz de sus últimas contribuciones, resulta muy dudoso que considerase el concepto de «regla social» como categoría jurídica básica. Tal y como HART explica en su «Postscript», las reglas legisladas son jurídicas desde el momento en que son correctamente establecidas o promulgadas, y ello con independencia de las actitudes internas que los destinatarios de estas reglas puedan albergar hacia las mismas, actitudes que HART juzgaba inherentes a las reglas sociales. De acuerdo con esta obra, su concepto de regla social está pensado para costumbres o para reglas convencionales, lo que

significa que la única regla jurídica que podemos interpretar con certeza como regla social es la regla de reconocimiento¹². Incluso las normas morales encajan muy difícilmente en la categoría de las reglas sociales, habida cuenta de que, como HART acepta de DWORKIN, muchas veces aceptamos las normas morales por razones de principio, al margen de que sea o no motivo de crítica social que las obedezcamos o no¹³.

Podría aducirse que esta anomalía no es tanto un problema descriptivo o interpretativo de la teoría hartiana como, simplemente, un problema de actualización de la segunda edición de este libro, que no habría advertido suficientemente de los cambios operados por HART en sus últimas obras, y se habría aferrado excesivamente a las fuentes de 1961. En efecto, la descripción de MACCORMICK puede contextualizarse de este modo, y, en ese caso, el lector debe quedar advertido de que la teoría de las reglas sociales que aquí se ofrece toma como fuente de información principal los materiales anteriores al «Postscript», en especial *El concepto de derecho*. Ahora bien, el lector también debe saber que la interpretación que MACCORMICK nos sirve de *El concepto de derecho* fue desde el principio una interpretación polémica, y contradicha por otros intérpretes. Algunos autores han puesto de relieve que HART, en efecto, elabora minuciosamente el concepto de regla social en los primeros capítulos de *El concepto de derecho*, pero que éste resulta luego postergado en esta misma obra en cuanto introduce el concepto de regla de reconocimiento y advertimos que la única regla jurídica de la que HART parece exigir los elementos característicos de las reglas sociales, en especial su aceptación reflexiva y crítica, es la propia regla de reconocimiento¹⁴. De ese modo, en la teoría de HART, la inmensa mayoría de las normas jurídicas son obligatorias no porque disfruten de aceptación, sino porque han sido aprobadas siguiendo los dictados de la única regla que sí cuenta con la condición de ser una pauta de conducta aceptada de modo reflexivo y crítico por sus usuarios: la regla de reconocimiento. Y, si la inmensa mayoría de las normas jurídicas no encajan en la categoría de las reglas sociales, el problema no es sólo que las extensas consideraciones de HART sobre las mismas no les son aplicables, sino que los mismos esfuerzos de HART por separar su filosofía jurídica de la de John AUSTIN se ven comprometidos¹⁵. Por supuesto, no es éste el punto de vista de MACCORMICK, y no faltan ni seguidores ni argumentos tex-

¹² HART, 1994: 256; COLEMAN, 2001: 110. Como explica su biógrafa N. LACEY, las notas de HART muestran hasta qué punto tuvo que pugnar intelectualmente para ordenar su teoría de la obligación jurídica, así como su insatisfacción posterior con la teoría presentada en *El concepto de derecho*. El error, tal y como él confiesa, estaba en vincular la obligación con el concepto de «regla social», un concepto tal vez apropiado para las reglas consuetudinarias, pero no para las de origen legislativo (LACEY, 2004: 228, 233 y 335).

¹³ El concepto de regla social es un mero «consenso por convención» que no encaja en los «consensos por convicción» (HART, 1994: 255-256).

¹⁴ HART, 1961: 112-114.

¹⁵ Defienden este punto de vista, por ejemplo, MOLES, 1987: 85-110; BEEHLER, 1978: 125 y ss.; éste termina acusando a la teoría de HART de ser no más que una versión sofisticada de la teoría de AUSTIN; MORISON, 2009: 45.

tuales que respaldan sus puntos de vista¹⁶. En cualquier caso, sin entrar ahora a debatir sobre la lectura correcta de *El concepto de derecho*, conviene hacer constar que la descripción que MACCORMICK elabora de la teoría hartiana de las reglas sociales, en especial la interpretación de las reglas jurídicas y morales como tipos de reglas sociales, es una descripción polémica, disputada y que se concentra en la versión contenida en *El concepto de derecho*.

Por último, aunque descripción en general fiel y ordenada del pensamiento de HART, una monografía concisa como la que aquí se ofrece deja inevitablemente algunas lagunas importantes. En algunos casos, MACCORMICK prescinde de ámbitos de discusión de los que el propio HART dio muestras repetidas de preocupación, como puede ser el caso de la naturaleza del llamado derecho internacional¹⁷. Un segundo ejemplo lo hallamos en los contenidos de *Causation in the Law*, el primero de los libros publicados por HART en colaboración con A. M. HONORÉ; pese a sus referencias elogiosas al mismo, lo cierto es que los conceptos de causalidad y otros como los de intencionalidad o responsabilidad no son objeto de atención en este libro. En lo que se refiere a lo que he denominado «teoría estática», MACCORMICK convierte el concepto de derecho subjetivo en un concepto residual y derivado de las explicaciones sobre poderes y obligaciones: tengo un derecho si tengo un poder de exigir el cumplimiento de una obligación, o de liberar de ella. El capítulo VIII se reduce a una nota breve que incluye unas pocas fórmulas de transformación del vocabulario de los derechos al vocabulario de poderes y obligaciones; por ello, omito comentar *in extenso* algunos problemas que sí fueron discutidos por HART, como la diferencia benthamita entre derechos-libertad y derechos relativos a obligaciones de otros, la correlatividad entre derecho y deber, o la crítica de HART a la teoría del beneficio y su particular «teoría de la elección»¹⁸. Lo que he denominado teoría «dinámica» también presenta lagunas o insuficiencias constatables, como el problema de la justificación de la regla de reconocimiento o los problemas relativos a lo que HART llama la «embriología y patología» de los sistemas jurídicos¹⁹, es decir, los problemas de sucesión y cambio de sistemas jurídicos. Finalmente, existe un problema metodológico que no es abordado en esta monografía, pero sí en otras obras de MACCORMICK, y es el relativo a la definición

¹⁶ Para E. PATTARO, por ejemplo, HART mantiene en 1961 una teoría «normativa» de las reglas jurídicas y morales según la cual las reglas dependen de una idea de «aceptación» o «conformidad» de sus destinatarios; de ese modo, las reglas jurídicas y morales son «reglas sociales», tal y como éstas se describen en contraste con la teoría de AUSTIN. En 1994, sin embargo, HART está más interesado en distinguir el derecho de la moral que en distanciarse del imperativismo de AUSTIN, razón por la que se desprende de su teoría «normativa» (PATTARO, 2007: 564 y ss.).

¹⁷ HART, 1961: cap. 10; HART, 1968b.

¹⁸ Véase HART, 1955 y 1973. Lo cierto es que, en otras contribuciones de MACCORMICK, el problema de los derechos está lejos de ser solapado por otros conceptos, y es objeto de un análisis más detenido que incluye una discusión de la propia teoría de la elección de HART (MACCORMICK, 1977 y 2009: 120 y ss.). Considerar otras obras de MACCORMICK también nos sirve para detectar otras distinciones que juzga muy relevantes, pero que también omito en esta obra, como la que establece entre poderes públicos y privados (MACCORMICK, 2007: 156-157; 172 y ss.).

¹⁹ HART, 1961: 112 y ss.

de derecho. Como es sabido, HART rechazó tempranamente la posibilidad de componer una definición del derecho *per genus et differentiam*; una definición de este tipo no sería esclarecedora porque no contamos con una categoría general familiar que, de forma clara e indudable, incluya al derecho como miembro; en su lugar, debemos aspirar a proponer un caso central o paradigmático que recoja los rasgos principales de la mayoría de los sistemas jurídicos²⁰. Esta tesis, aquí aceptada pacíficamente, es abandonada por MACCORMICK en su última contribución escrita, sus *Institutions of Law*. La definición de derecho que MACCORMICK nos propone en esta obra es, deliberadamente, una definición *per genus et differentiam*: el derecho pertenece al género de los órdenes normativos, y se diferencia de otros órdenes normativos como la moral por su carácter institucional; no por ello sería una definición esencialista, sino una definición «explicativa» (*explanatory*) que trata de reflejar del modo más atractivo e iluminador posible la materia que define, en este caso el derecho²¹.

Si estas ausencias son total o parcialmente justificables es, sin embargo, un tema menor si lo comparamos con la brillante y lúcida exposición de las tesis fundamentales de HART que el lector puede hallar en esta monografía. El libro, sin embargo, no es sólo una descripción fiel de la filosofía jurídica de HART, sino que incluye otras dimensiones igualmente importantes.

2. MACCORMICK MÁS ALLÁ DE HART

La mayoría de los reproches que MACCORMICK dirige contra la teoría de HART son fieles a su sentimiento de afinidad y simpatía con su obra, y se limitan a lamentar que ésta no fuese llevada por su autor hasta sus últimas consecuencias. Por supuesto, lo que estas palabras formulan no es una acusación, sino un elogio; pero, además, incluyen una licencia para desplegar en toda su virtualidad los conceptos hartianos, y para extraer de los mismos todas sus potencialidades. Ahora bien, esta prolongación o este despliegue no son ya una mera descripción de la teoría de HART, sino una reconstrucción o una reelaboración que, en ocasiones, pueden representar la incorporación de piezas o elementos nuevos no previstos por su autor.

Son varias las ocasiones en las que MACCORMICK lleva a cabo esta labor reconstructiva, a veces de forma notablemente creativa. He seleccionado cuatro problemas en los que esta faceta resulta más destacada:

2.1. El punto de vista interno

Como es sabido, una tesis central de HART es que sólo un análisis de las reglas que enfoque éstas «desde el punto de vista interno» logra refutar del todo

²⁰ HART, 1953 y 1961: 1.3 «Definition».

²¹ MACCORMICK, 2007: 282-285.

la teoría imperativista de las reglas, en particular en la versión austiniana. Para AUSTIN, podemos dar cuenta de las reglas mediante hechos físicos simples: una regla es una orden de una autoridad, y una autoridad es un individuo o grupo de individuos que gozan de la obediencia habitual de sus súbditos. Para HART, definir las reglas como «órdenes respaldadas con amenazas» no nos permite distinguir entre la orden de un atracador y la orden de un cobrador de impuestos debidamente autorizado; en ambos casos hay órdenes respaldadas mediante sanciones, pero sólo en el segundo caso reconocemos una regla y una obligación, mientras que, en el primero, hablaríamos no de estar sujetos a reglas y obligaciones, sino de «vernos obligados» a realizar una conducta. Del mismo modo, obedecer una regla tampoco puede identificarse con el seguimiento habitual de una conducta: una regla es algo distinto a un hábito como ir al cine los sábados. ¿Qué rasgos del concepto de regla echamos en falta en el ejemplo del atracador o en el hábito de ir al cine los sábados? La respuesta al problema sólo puede entenderse si analizamos el concepto de regla «desde el punto de vista interno», es decir, si adoptamos el papel o el punto de vista de los usuarios de las reglas. Puestos en dicha perspectiva, advertiremos que las reglas están reconocidas por sus usuarios mediante una serie de elementos. Ahora bien, lo cierto es que HART no resulta muy preciso en torno a las enseñanzas del punto de vista interno aplicado a las reglas. Nos dice que los usuarios distinguen una regla de un simple hábito por interpretarla como una pauta o criterio general, y por observar una actitud reflexiva y crítica respecto a la misma: reflexiva porque no se reduce al cuadro emotivo que experimentamos cuando «nos vemos obligados» por algo, y crítica porque se manifiesta en una reacción de censura o reproche a las conductas desviadas. Por último, las referencias hartianas al punto de vista interno arrojan un importante desafío metodológico a la filosofía del derecho, porque abren el debate de si la filosofía jurídica debe servirse del punto de vista interno para llevar a cabo correctamente sus análisis²².

MACCORMICK comprendió desde el principio que el punto de vista interno era un hallazgo trascendental para la teoría jurídica, porque abría las puertas de la misma a la investigación hermenéutica: el derecho es una práctica de individuos que actúan movidos por una serie de intenciones y objetivos, y es preciso dar cuenta de éstos para describirla. Pero, además, trató de poner en orden las referencias hartianas, de apuntalarlas mediante piezas de su propia caja de herramientas, y solventar así los desafíos interpretativos que el texto de HART propiciaba. Ante todo, respecto a lo que significa reconocer una regla desde el punto de vista interno, MACCORMICK analiza la expresión «actitud reflexiva y crítica», y concluye que ésta puede descomponerse en dos elementos básicos, uno cognitivo y otro volitivo. El elemento cognitivo expresa la comprensión intelectual de la regla; lo que se comprende es esencialmente la implicación que la regla establece entre un caso genérico y una consecuencia normativa, con lo cual se adquiere una competencia genérica para distinguir entre casos de

²² HART, 1961: 55-72; 86-88.

conformidad y disconformidad hacia la misma. El elemento volitivo consiste en un deseo o preferencia de que la regla se exija y se obedezca cuando se produzcan las circunstancias relevantes; añade que la preferencia depende de una red de creencias o de expectativas recíprocas, de modo que el elemento volitivo se verifica ante normas que descansan en una convención o en una solución a un problema de coordinación social, y no ante aspiraciones individuales de moral crítica (pp. 110 y ss.). Por último, MACCORMICK incluye una solución al problema metodológico antes referido, y que interroga sobre la necesidad de que el teórico del derecho adopte en todo momento el punto de vista interno. Para MACCORMICK, el teórico del derecho ha de compartir con los destinatarios de las reglas el elemento cognitivo. Ello supone entender no sólo que a una serie de circunstancias relevantes le sigue regularmente una serie de consecuencias normativas; comprender intelectualmente una regla exige también captar o distinguir si esos individuos abrigan un deseo o preferencia de que dicha consecuencia se aplique cada vez que se verifica el caso genérico. Ahora bien, para llevar a cabo esta comprensión, el teórico no necesita adoptar personalmente el elemento volitivo: no es preciso que comparta dicho deseo o preferencia; le basta con comprenderlo externamente, razón por la cual su punto de vista es externo (p. 117)²³.

Tanto el análisis de MACCORMICK del punto de vista interno como su respuesta al problema de su acomodo en el método de la teoría jurídica han sido aceptados por los seguidores de HART y, más importante aún, por el mismo HART, que los hace suyos en sus últimos escritos²⁴. De las implicaciones de este punto de vista sobre el método de la filosofía del derecho hablaremos después. Cuestión distinta es considerar si el análisis que MACCORMICK lleva a cabo del punto de vista interno es una clarificación aceptable de esta perspectiva. Y lo cierto es que el análisis contribuye a deshacer algunos malentendidos, pero no logra sofocar todos los frentes de debate.

Mediante el punto de vista interno, HART y MACCORMICK se proponen construir una teoría normativista que no fundamente las normas sobre las bases radicalmente empiristas de AUSTIN, pero sin condicionar por ello su teoría a ingredientes morales. En este sentido, la formulación de MACCORMICK desmiente de forma nítida cualquier interpretación del punto de vista interno según la cual el reconocimiento interno de una norma implica por parte del usuario un acuerdo moral con sus contenidos o con las razones subyacentes de la norma²⁵. MACCORMICK y también HART son inequívocos al respecto: la conformidad o la aceptación de la que se habla no es necesariamente una aceptación moral. En

²³ «Hart no quiere llegar tan lejos como otros hermeneutas; Peter Winch, por ejemplo, piensa que el teórico no tiene otra opción que “unirse a la práctica” y teorizar sobre ella desde el punto de vista del participante. El proyecto de HART implica “clarificar” o “elucidar” el esquema conceptual del participante, pero desde una perspectiva externa» (PERRY, 2001: 326).

²⁴ HART, 1983: 13-14; HART, 1994: 242.

²⁵ MOLES (1987: 219), por ejemplo, define el punto de vista de HART como una mezcla de moralidad positiva y ética o moralidad crítica.

realidad, es posible que reconozcamos como regla una pauta moralmente reprochable, pero que la aceptemos por considerar, de acuerdo con MACCORMICK, que existe una red de expectativas recíprocas en favor de su cumplimiento. Por este motivo, las pautas morales que pueden ser reconocidas por el punto de vista interno no son necesariamente pautas de moral crítica²⁶.

El problema es si este esfuerzo por inmunizar el punto de vista interno de la moral crítica no termina siendo demasiado costoso. HART fundamenta su normativismo no sobre un empirismo fiscalista, sino sobre un empirismo cualificado dependiente de hechos sociales como las expectativas recíprocas y las actitudes sociales que hemos descrito; el problema es si el empirismo, sea del tipo que sea, es una base suficientemente sólida para sostener una construcción normativa. Los críticos del tándem HART-MACCORMICK nos piden que recordemos dos apuntes de la teoría del derecho hartiana. En primer lugar, el punto de vista interno queda finalmente circunscrito a la regla de reconocimiento, la regla que aplican los jueces para deslindar el derecho válido del que no lo es; el resto de reglas no precisan del punto de vista interno, y son válidas desde su promulgación²⁷. Se supone que, en muchos casos, el resto de reglas disfrutará en alguna medida de las actitudes internas ya descritas, pero ello no es en absoluto necesario: en un caso extremo, el punto de vista interno podría limitarse al «mundo oficial», a jueces y funcionarios²⁸. En segundo lugar, en su esfuerzo por negar razones morales en la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de jueces y funcionarios, HART deflaciona el punto de vista interno, y reconoce como supuestos de aceptación de dicha regla los casos de jueces que la obedecen por simples razones prudenciales: para medrar profesionalmente, por miedo a la sanción, por imitación, por hábito...²⁹. Un primer problema de estas manifestaciones del punto de vista interno es si pueden adecuarse a las definiciones anteriores de HART y de MACCORMICK, si pueden ser clasificadas como ejemplos de actitudes reflexivas y críticas, si expresan un deseo de guiarse por una pauta. En realidad, MACCORMICK parece darse cuenta del problema, y se apresura a complementar su definición de punto de vista interno con una versión débil o deflacionada del mismo en la que engloba a todos aquellos que obedecen las reglas de forma «indolente» o «apática», «sin aceptar las reglas completamente» (p. 111). Sin embargo, la idea de un juez que reprueba moral o políticamente la regla de reconocimiento, pero que la acepta por miedo a la sanción o al desempleo parece encajar no en el concepto de aceptación débil, sino en lo que refiere después como la posición de los individuos que ni siquiera

²⁶ HART, 1961: 198-9. Como expresa MOLES (1987: 92), el punto de vista interno de MACCORMICK se refiere no a pautas deseables de conducta, sino, simplemente, a pautas existentes de conducta. Véase también SHAPIRO, 2006: 8. GUAISTINI (1997) distingue entre aceptación en sentido fuerte, que supondría acuerdo moral o político con la norma, y aceptación en sentido débil o mero reconocimiento, según la cual se prescinde del contenido de la norma, pero se acepta la necesidad de una reglamentación jurídica. El punto de vista interno de HART equivaldría a aceptación débil.

²⁷ HART, 1961: 112-114.

²⁸ *Ibid*: 59.

²⁹ *Ibid*: 198.

ra aceptan las reglas en el sentido más débil, pero que tienen razones prudenciales para obedecerlas (p. 112). Lo que HART estaría describiendo en este caso sería el punto de vista del «hombre malo» de HOLMES, cuya teoría realista y empirista es uno de los blancos contra los que, en principio, se dirige la construcción hartiana del punto de vista interno. Ahora bien, el problema de si el punto de vista de los jueces que aplican la regla de reconocimiento por razones únicamente prudenciales es realmente un punto de vista interno es un problema menor en comparación con el segundo: si el punto de vista interno tal y como ha sido definido por HART y por MACCORMICK, incluidas sus formas de aceptación «débiles» o «muy débiles», es capaz de respaldar la normatividad. HART podría aducir que el punto de vista interno permite dar cuenta de las actitudes críticas que dirigimos contra quienes no obedecen la regla; incluso los jueces que obedecen la regla de reconocimiento por miedo pueden censurar a quienes no las obedecen. Los críticos de HART, sin embargo, añadirían que criticar la desobediencia a la regla de reconocimiento implica un juicio de rectitud o de corrección sobre la misma, un juicio que implicará necesariamente un cuadro de razones morales subyacentes. En la base del problema se halla la circunstancia de que HART y MACCORMICK describen el punto de vista interno como un cuadro de actitudes subjetivas carentes de cualquier pretensión de objetividad. El elemento volitivo del punto de vista interno sobre las reglas y la aceptación de las mismas que éste incorpora se remite en última instancia a motivaciones subjetivas irreductibles. Esta actitud expresivista hacia la normatividad trae como consecuencia que yo no pueda formular juicios del tipo «es objetivamente falso que x sea la regla de reconocimiento, y es objetivamente erróneo e incorrecto que la aceptes como tal»; si, subjetivamente, posees la actitud de aceptarla, yo nada puedo hacer o decir al respecto. Y, si mi crítica es imposible, resulta difícil sostener que HART o MACCORMICK dan cuenta suficiente del fenómeno de la normatividad³⁰.

Pese al debate generado, inevitable en un concepto tan sumamente importante para la teoría jurídica reciente, la reformulación que lleva a cabo MACCORMICK del punto de vista interno forma parte de lo más valioso del libro, de una labor que combina fidelidad con el modelo que describe y, al mismo tiempo, un trabajo de reconstrucción original e incluso creativo.

2.2. La ampliación de los tipos de normas

Como reconoció el mismo HART, *El concepto de derecho* parece considerar únicamente un tipo de norma jurídica: las reglas. MACCORMICK hace explícito

³⁰ PERRY, 2006: 1192. En el mismo sentido se halla la conocida crítica de DWORKIN, según la cual la aceptación de los jueces debe ser moral y sustentada en la convicción (no en la convención) de que sobre ellos pesa un deber moral de cumplimiento (DWORKIN, 1986: 135-136). Sobre el empirismo en HART, PAULSON, 2005: epígrafe II.

que, además de reglas, el derecho cuenta con otros tipos de normas, como estándares y, más significativamente, principios (capítulo IV.5).

En realidad, *El concepto de derecho* no guardaba un completo silencio sobre el tema de los principios, y no dejaba de admitir que hay sistemas jurídicos que los incluyen en su regla de reconocimiento³¹. En cualquier caso, es claro que HART no los analiza, ni los convierte en objeto de preocupación teórica. MACCORMICK, en cambio, sí discute sobre su naturaleza y su función. Además, atribuye a los principios una importancia central en el sistema jurídico: los principios imponen directamente deberes, sin necesidad de la mediación de reglas, de modo que no sólo las reglas primarias o de obligación imponen obligaciones; interactúan con las reglas para el otorgamiento de poderes, desempeñan un papel fundamental en la interpretación y el razonamiento, y contribuyen a que la discrecionalidad judicial no sea un mero arbitrio, sino que esté normativamente «guiada»³². Por último, desde la óptica de MACCORMICK, introducir los principios en el orden jurídico no desencadena en la teoría de HART las consecuencias devastadoras que sí preveía Ronald DWORKIN. Como se verá después, es cierto que MACCORMICK adopta con el tiempo una mayor distancia crítica con el positivismo de HART, pero no hasta el punto de aprovechar la teoría de los principios para sellar una ruptura completa.

Además de principios, MACCORMICK llama la atención sobre otras normas que no son reglas: los estándares. «Estándar» es la norma que señala el grado o la medida convencionalmente exigida de un valor; de ese modo, un estándar carece de la precisión de las reglas, posee un alto grado de inconcreción, y, normalmente, un carácter no escrito o consuetudinario (pp. 118-121). En ésta y otras obras, MACCORMICK expresa que en la aplicación de los valores no encaja el vocabulario de lo correcto o lo incorrecto, sino el de «lo mejor o lo peor»³³. En ese caso, un problema debatible es que, seguramente, MACCORMICK abriga una concepción de los principios y valores como escalas graduadas que entran en conflicto y se derrotan las unas a las otras en virtud de su mayor o menor peso. Podría aducirse entonces que MACCORMICK se toma demasiado en serio la metáfora del peso, y opta por una teoría de la interpretación y la aplicación de los principios del tipo de las llamadas «teorías de las balanzas de cocina», según las cuales los principios que entran en competencia son igualmente válidos y obligatorios en el caso en cuestión, y si un principio es aplicado es porque obtiene una mayor nota u ostenta un mayor peso en dicho caso. De ese modo, la teoría no acomoda ni define el ámbito de validez de los principios, sino que jerarquiza éstos caso por caso. Esta teoría presenta notables problemas; por ejemplo, interpreta que los principios no aplicados en cada caso son principios

³¹ HART, 1961: 198-9.

³² MACCORMICK, 2007: 113, 160, 28; MACCORMICK, 2005a: 138.

³³ MACCORMICK, 2007: 29.

válidos, obligatorios, pero finalmente insatisfechos, lo que atribuye al sistema jurídico un alto grado de incoherencia³⁴.

2.3. Reglas que confieren poderes

MACCORMICK revisa la a veces confudente caracterización hartiana, así como la relación de este tipo de reglas con las reglas secundarias. En primer lugar, describir este tipo de reglas simplemente como «facilidades»³⁵ dispensadas por el derecho para que el ciudadano obtenga sus fines sociales y económicos desconsidera el grado de preceptividad y vinculatoriedad de este tipo de normas, capaces de imponer sobre los individuos cargas y gravámenes muy exigentes y reñidos con la idea de «facilidad». Por eso, asistido por la clásica distinción kantiana entre imperativos hipotéticos y categóricos, MACCORMICK sostiene que la distinción entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes es una distinción entre tipos de «exigencias» (*requirements*)³⁶: las reglas de deber son exigencias categóricas, mientras que las reglas que confieren poderes son exigencias hipotéticas, porque su vinculatoriedad está condicionada a que el ciudadano se plantee el deseo o la intención de obtener unos determinados fines sociales o económicos. Menos creativa, pero quizá más necesaria, es su segunda contribución en este apartado: MACCORMICK pone orden en la confusa relación que guardan los dos tipos de reglas primarias y las reglas secundarias. En concreto, sale al paso de la errónea identificación entre reglas secundarias y reglas que confieren poderes: también hay reglas secundarias de obligación (pp. 205, 210). Se trata de una observación muy relevante para otros problemas; por ejemplo, permite interpretar pacíficamente la regla de reconocimiento como una regla que impone deberes a los jueces (p. 93), y deja sin sentido las críticas que se dirigían contra esta interpretación aduciendo que, de imponer deberes, se trataría entonces de una regla primaria³⁷.

2.4. La circularidad del sistema de reglas secundarias

Pese a que HART comparase en importancia la introducción de las reglas secundarias en las sociedades con la invención de la rueda³⁸, lo cierto es que el único tipo de regla secundaria del que se ocupó *in extenso* fue la regla de reconocimiento. El análisis de MACCORMICK elude en alguna medida esta deficiencia, porque el principal problema que hace frente es el de la circularidad lógica

³⁴ Desarrollo este argumento en PÉREZ BERMEJO, 2009. La imagen de las «balanzas de cocina» aplicada a estas teorías se halla, por ejemplo, en DANCY, 2004: 105.

³⁵ HART, 1961: 27.

³⁶ Cap. VI.3.

³⁷ BULYGIN, 1991: 28.

³⁸ HART, 1961: 41.

en la que parecen incurrir los tres tipos de reglas secundarias: las reglas de cambio, enjuiciamiento y la regla de reconocimiento. Como contrapartida, MACCORMICK omite el estudio de otros problemas sobre los que, es cierto, incluye referencias de notable interés, pero a los que no dedica un análisis detenido y pormenorizado. Si este desarrollo era más exigible es porque, como sabemos por sus obras más recientes, MACCORMICK, al final de su vida, se mostraba insatisfecho con la teoría hartiana de la regla de reconocimiento en cuanto regla última o unificadora del sistema jurídico, y apostaba por una versión de la norma fundamental de contenido kelseniano, del estilo «se debe obedecer lo que dice la Constitución»³⁹. *H. L. A. Hart* era también una ocasión idónea para adentrarse en profundidad en otros problemas añadidos al problema de la circularidad, pero que no son objeto de análisis: la justificación de una regla última que impone deberes y proporciona razones⁴⁰, el ya mencionado de la naturaleza de la regla de reconocimiento⁴¹, su unidad o pluralidad, la teoría hartiana de la validez jurídica y el mayor o menor acuerdo de MACCORMICK al respecto⁴², etcétera.

El problema de la circularidad de las reglas secundarias es bien conocido. Por un lado, formular la regla de reconocimiento presupone las reglas de enjuiciamiento: debe recordarse que la regla de reconocimiento se obtiene a partir de la práctica judicial, de lo que jueces y tribunales identifican de hecho como válido o inválido; pero, por otro lado, las reglas de enjuiciamiento presuponen la de reconocimiento: atendemos la práctica de unos jueces y tribunales porque éstos son señalados por unas reglas de enjuiciamiento específicas, y no otras, en concreto las reglas de enjuiciamiento identificadas por la regla de reconocimiento. Por otro lado, se supone que las reglas de cambio que son válidas en

³⁹ La práctica de jueces y tribunales a la hora de deslindar el derecho válido del que no lo es resulta ser muy compleja dadas las variaciones de planta judicial (según sea el Estado federal o no, según las ramas del derecho...). Los jueces necesitan criterios de reconocimiento coherentes o unificados, y obtener esta coherencia es tarea de la Constitución. La regla unificadora del sistema es así que la Constitución debe respetarse. MACCORMICK, 2007: 56-57; ATIENZA, 2006: 482. Si encontramos alguna aproximación a la norma fundamental de KELSEN en la p. 215.

⁴⁰ Lo que, seguramente, hubiese exigido profundizar en la estrategia, de raíz wittgensteiniana, de proclamar como un sinsentido interrogar por la justificación de la regla que hace posible el vocabulario típico de la justificación jurídica y la formulación de juicios de validez e invalidez. Por eso afirma HART que la regla de reconocimiento no es ni válida ni inválida, y que de ella, como del sistema jurídico, sólo podemos predicar existencia, pero no validez o invalidez (HART, 1961: 108, 245-246).

⁴¹ En la p. 215, MACCORMICK se ciñe al «Postscript» y sanciona su naturaleza de convención, sin señalar que esta tesis implica una evolución en la teoría de HART (HART niega que sea una convención en 1961: 108). En cualquier caso, interpretar la regla de reconocimiento como convención o práctica de los tribunales es vital para su propósito de ligar la validez de las normas jurídicas a hechos cualificados, y no a entidades más dudosas. SHAPIRO, 2006: 19-20.

⁴² Para HART, validez equivale a existencia o pertenencia al sistema, de modo que una norma es válida si satisface los criterios de la regla de reconocimiento (HART, 1961: 99-101); para MACCORMICK, validez equivale a posibilidad de ejercitar un poder normativo, de modo que una ley o un contrato son válidos no porque sean obligatorios, sino porque resultan del cumplimiento de las reglas institucionales a las que el derecho condiciona el ejercicio de un poder (MACCORMICK, 2007: 161 y ss). Se trata de teorías similares que niegan cualquier vínculo entre validez y obligatoriedad.

cada sistema jurídico son las identificadas por la regla de reconocimiento, y no otras; sin embargo, también es cierto que modificar las normas fundamentales sobre la producción de normas jurídicas implicará también una modificación de la regla de reconocimiento⁴³. Por último, en su ejercicio de las reglas de cambio, un Parlamento puede modificar las leyes de planta judicial, y transformar así las leyes de enjuiciamiento que nos sirven para localizar la práctica de jueces y tribunales que, a su vez, nos permite formular la regla de reconocimiento.

MACCORMICK empieza negando el filo de la dificultad: que haya circularidad entre las reglas secundarias está lejos de suponer un problema lógico o una patología del sistema; al contrario, el funcionamiento normal de un sistema es, como nos enseña LUHMANN, el de una entidad autorreferencial o autopoietica que no necesita del soporte de otros sistemas o de otras fuerzas extrasistemáticas, lo que implica un grado de retroalimentación o de soporte mutuo entre los distintos elementos que lo componen (p. 214). El problema es que, tal y como se ha planteado, la circularidad del sistema de reglas secundarias no describe un caso de apoyo o reforzamiento mutuo, sino la mera remisión de un concepto a otro, de modo que no asistimos a un círculo virtuoso, sino a un círculo vicioso. En cualquier caso, MACCORMICK habilita otra salida al problema de la circularidad, ésta más elaborada y trabajosa. Desde su punto de vista, la regla de reconocimiento es fundamentalmente una regla que impone deberes a los jueces. Si el problema de la circularidad supone un verdadero desafío es porque los jueces necesitan una regla de reconocimiento para identificar el material jurídico, pero, a su vez, la regla de reconocimiento parece hallarse subordinada a las reglas que les permiten ostentar sus poderes judiciales, porque la formulación del contenido de esa regla presupone el ejercicio de la jurisdicción y, con ello, la validez de las reglas de enjuiciamiento. La solución de MACCORMICK es demostrar que es posible el ejercicio de la jurisdicción sin la presuposición de reglas que confieren poderes como las reglas de enjuiciamiento. MACCORMICK recurre en este caso al método reconstructivo de HART, que trata de explicar cómo el paradigma central de sistema jurídico, que combina reglas primarias y secundarias, podría haber surgido a partir de un modelo de sociedad primitiva gobernada únicamente por normas primarias de carácter consuetudinario. En este modelo primitivo, los problemas de aplicación de sus normas serían insolubles de dejarse en manos privadas. Por esa razón, puede aprobarse la hipótesis de que este modelo incluiría una serie de criterios consuetudinarios que reconocieran la competencia pública de un individuo o colectivo para resolver las disputas, como pueden ser los ancianos o los sacerdotes. Esta competencia o «función» no incluye ningún concepto de poder normativo; es semejante al supuesto de unos niños que juegan al fútbol y, enredados en una disputa, piden a

⁴³ En la conocida tesis de BOBBIO (1975: 241), la regla de reconocimiento puede identificarse sin más con las reglas de cambio o de producción jurídica.

un espectador su opinión sobre la misma, y la aceptan (p. 217). Simplemente, incluye el deber de la víctima de tratar de llegar a un acuerdo con su ofensor y, si fracasa, bien abandonar la pretensión, bien someter el asunto a quienes la costumbre identifique como personas sobre las cuales pesa el deber de clarificar las normas de convivencia. Estos ancianos o sacerdotes no ostentan poderes, sino que, al contrario, sobre ellos pesan deberes: el modelo depende de una regla de reconocimiento muy rudimentaria que impone a estos individuos decidir de acuerdo con algunas normas existentes (las costumbres de la tribu o la ciudad), y no según su criterio. Puede conjeturarse que, más adelante, surgirán reglas de enjuiciamiento a partir de la función de estos jueces y funcionarios de elaborar interpretaciones o reconstrucciones de las reglas consuetudinarias, así hasta que se reconozca en algunos de ellos que su función es creativa, y que, además, tienen el poder de llevarla a cabo. MACCORMICK reconstruye así cómo puede ponerse en marcha un orden jurídico en el que, al final del proceso, y de forma natural, hallamos una serie de jueces sometidos a un criterio de identificación del material jurídico, pero sin que esta obligación se interprete en conflicto lógico con la idea de que dichos jueces se hallan autorizados por otras reglas del sistema. Los tres tipos de reglas secundarias, en efecto, interactúan y se condicionan mutuamente, pero ello no convierte cada definición de regla secundaria en un problema lógico insoluble.

Como es inevitable, esta explicación histórico-reconstructiva puede ser objeto de comentarios de diverso tipo. En primer lugar, no está del todo clara la naturaleza de su explicación; MACCORMICK afirma a veces que ésta es puramente analítica, pero otras la describe como un ensayo histórico relativamente fiel (p. 221), lo que, además de arrojar sospechas de vulnerabilidad desde el punto de vista histórico, distancia el argumento de la comprensión puramente analítica que HART atribuía a la evolución desde el modelo primitivo al paradigma central de derecho. En segundo lugar, es confundente sugerir que la pregunta «¿bajo qué condiciones existen jueces y tribunales en una sociedad?» no depende siempre de una regla que confiera poderes a una serie de personas o grupos; incluso lo que MACCORMICK denomina mera «función judicial» implica un monopolio del uso justificado de la fuerza, y esta facultad parece reclamar una norma que les confiera en exclusiva dicho poder⁴⁴.

3. MACCORMICK FRENTE A HART

De modo resumido, mencionaré algunos casos en los que MACCORMICK alza la voz contra HART y se muestra explícito en un desacuerdo de fondo:

⁴⁴ GOLDGIN, 1985: 443-444. Este autor también opone a MACCORMICK que, en la suposición de HART, las reglas de enjuiciamiento fueron históricamente las primeras reglas secundarias en destacarse. Otras soluciones al problema de la circularidad se hallan, por ejemplo, en NINO, 1993: 60; RUIZ MANERO, 1990: 130-132.