



La Norma de Reconocimiento en Hart y el concepto de Constitución en Kelsen

La Norma de Reconeixement en Hart i el Concepte de Constitució en Kelsen

M^a Cinta Espuny i Domingo

1.- Introducción

Normalmente, se suele plantear la comparación entre la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, ya que ambas sirven para determinar cuándo una norma pertenece a un sistema jurídico determinado, lo que generalmente se asocia a la validez de la norma en cuestión y también a la individualización o unidad del sistema jurídico. Ambas, norma fundamental y regla de reconocimiento constituyen el último eslabón de la cadena de validez de las normas de un sistema. Esto, de entrada, ya sirve para diferenciarlas del concepto kelseniano de constitución, puesto que esta última requiere una norma superior (la norma fundamental) que justifique su validez o normatividad.

Kelsen determina la validez de las normas por su derivación de otras normas válidas del sistema: el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de una norma jerárquicamente superior. Ahora bien, esta validación no puede proseguir *ad infinitum*. La cadena de validez acaba en la última norma positiva que generalmente es la constitución. Para justificar la validez de ésta última, Kelsen recurre a una norma no positiva, la norma fundamental o básica (*Grundnorm*)¹, la cual se diferencia de la regla

1.- Introducció

Normalment, la comparació que es planteja és entre la norma fonamental o bàsica de Kelsen i la regla de reconeixement de Hart, ja que ambdues serveixen per a determinar quan una norma pertany a un sistema jurídic particular. Aquesta qüestió va generalment associada a la de la validesa d'aquesta norma i també a la individualització o unitat del sistema jurídic.

Kelsen determina la validesa de les normes per llur derivació d'altres normes vàlides. El fonament de validesa d'una norma només pot trobar-se en la validesa d'una norma jeràrquicament superior. Ara bé, aquesta recerca de validesa no pot prosseguir *ad infinitum*. La cadena de validesa acaba en la darrera norma positiva, que generalment és la constitució. Per tal de justificar la validesa d'aquesta última, Kelsen recorre a una norma no positiva, la norma fonamental o bàsica (*Grundnorm*)¹, la qual es diferencia de la regla de reconeixement de Hart en aquest mateix fet de no ser positiva, sinó hipotètica. És a dir, els juristes, de fet, pressuposen de forma implícita aquest tipus de norma quan descriuen un sistema jurídic, o sigui, pressuposen que aquells que van dictar la constitució

¹ En este escrito usaré indistintamente “fundamental” o “básica”.

de reconocimiento de Hart en este mismo hecho de no ser positiva, sino hipotética. Es decir, los juristas, de hecho presuponen de forma implícita este tipo de norma cuando describen un sistema jurídico, o sea, sobreentienden que quienes han dictado la constitución estaban autorizados a hacerlo. Y además, los juristas formulan la norma fundamental respecto a aquellos legisladores cuyas directivas son eficaces, esto es, generalmente obedecidas. La norma fundamental sirve también para diferenciar un sistema jurídico de otro, por cuanto éstos se originan en normas fundamentales diferentes. Así pues, la validez de la constitución deriva de una norma presupuesta, la validez de la cual, a su vez, no deriva de ninguna otra norma, sino que debe presuponerse, es decir, que hay que aceptar dogmáticamente la validez de la norma fundamental; su normatividad no es derivada sino original².

En cuanto al derecho internacional, Kelsen plantea dos posibilidades: si se lo considera como parte integrante del orden jurídico estatal que lo ha reconocido, la norma básica es la misma que fundamenta la constitución estatal. Si, en cambio, consideramos que el orden jurídico estatal está subordinado al derecho internacional, entonces la norma básica será una norma positiva (no presupuesta) de derecho internacional que, a su vez, requerirá otra norma básica presupuesta, que establece la costumbre de los Estados como fuente del derecho internacional y que vendría a decir que los Estados deben comportarse como acostumbra a hacerlo³.

La regla de reconocimiento de Hart coincide, como veremos, con el concepto de constitución de Kelsen en que es la última norma positiva de la cadena de validez, pero se distingue de ella en que no requiere otra norma su-

estaven autoritzats a fer-ho. I a més, els juristes formulen la norma fonamental respecte a aquells legisladors, les directives dels quals són eficaces, és a dir, generalment obeïdes. La norma fonamental serveix també per diferenciar un sistema jurídic d'un altre, ja que tenen el seu origen en normes fonamentals diferents. Així doncs, la validesa de la constitució deriva d'una norma pressuposada, la validesa de la qual, al seu torn, no deriva de cap altra norma, sinó que cal pressuposar-la, és a dir, s'ha d'acceptar dogmàticament la validesa de norma fonamental; la seva validesa no és derivada, sinó original².

Quant al dret internacional, Kelsen planteja dues possibilitats: si hom el considera com a part integrant de l'ordre jurídic estatal que l'ha reconegut, la norma bàsica és la mateixa que fonamenta la constitució estatal. Si, en canvi, considerem que l'ordre jurídic estatal està subordinat al dret internacional, aleshores la norma bàsica serà una norma positiva (no pressuposada) de dret internacional, que al seu torn, requerirà una altra norma bàsica pressuposada, que estableix el costum dels Estats com a font del dret internacional i que vindria a dir que els Estats s'han de comportar com acostumen a fer-ho³.

La regla de reconeixement de Hart coincideix veurem, amb el concepte de constitució kelseniana en el fet que és l'última norma positiva de la cadena de validesa, però es distingeix d'ella en el fet que no requereix cap altra norma superior que la justifiqui. Es distingeix de la norma fonamental de Kelsen en ser positiva i no hipotètica. La regla de reconeixement serveix per a saber si una norma pertany a un sistema jurídic i també com a criteri d'individualització d'un sistema jurídic. Una norma pertany a un determinat

² "Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior". Kelsen: Teoría Pura del Derecho. Universidad Autónoma de México. México 1979, pg. 202.

³ Ver explicación en Kelsen, opus cit., pgs. 225 a 228.

perior que la justifique. El hecho de ser positiva y no hipotética la diferencia de la norma fundamental de Kelsen. La regla de reconocimiento sirve para saber si una norma pertenece a un sistema jurídico y también como criterio de individualización de un sistema jurídico. Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de dicho sistema. Y un sistema jurídico se distingue de otro porque la aplicación de sus normas está prescrita por una regla de reconocimiento diferente. La regla de reconocimiento es usada, por tanto, por personas que piensan desde un punto de vista interior a un ordenamiento jurídico para enunciar las normas que constituyen ese ordenamiento. Sobre la regla de reconocimiento no tiene sentido plantearse si tiene validez o no, ya que su función es determinar cuándo las otras normas son válidas. De ahí la comparación que establece Hart con el metro patrón de París, que sirve para determinar la corrección de las medidas del sistema métrico, pero que carece de sentido preguntarse si él es en sí mismo correcto. Así, la regla de reconocimiento no puede ser válida o inválida, sino simplemente es apropiada para usarla con el fin de identificar las normas del sistema.

Si decimos que una norma es válida es porque reconocemos que supera todas las pruebas o criterios previstos por la regla de reconocimiento y, en consecuencia, la consideramos como norma del sistema.

2.- El Concepto de Constitución en Kelsen

Kelsen concibe el ordenamiento jurídico de forma escalonada, lo cual se deriva de la propiedad del derecho de regular su propia producción. Como hemos visto, para él, la validez de una norma le viene dada porque ha sido producida según el procedimiento establecido por otra norma, respecto a la que queda en relación de subordina-

sistema jurídico quan la seva aplicació està prescrita per la regla de reconeixement del dit sistema. I un sistema jurídico es distingeix d'un altre perquè l'aplicació de les seves normes està prescrita per una regla de reconeixement diferent. La regla de reconeixement és usada, per tant, per persones que pensen des d'un punt de vista interior a un ordenament jurídico per a enunciar les normes que constitueixen aqueix ordenament. Sobre la regla de reconeixement no té sentit plantejar-se si té validesa o no, ja que la seva funció és determinar quan les altres normes són vàlides. D'aquí la comparació que Hart estableix amb el metre patró de París, que serveix per a determinar la correcció de les mesures del sistema mètric, però que no té sentit preguntar-se si ell és en sí mateix correcte. Així, la regla de reconeixement no pot ser vàlida o invàlida, sinó simplement és apropiada per a emprar-la amb la finalitat d'identificar les normes del sistema.

2.- El Concepte de Constitució en Kelsen

Kelsen concep l'ordenament jurídico de forma escalonada, la qual cosa es deriva de la propietat del dret de regular la seva pròpia producció. Com hem vist, per a Kelsen, la validesa d'una norma ve donada perquè ha estat produïda segons el procediment establert per una altra norma, respecte a la qual resta en relació de subordinació. Tot l'ordenament jurídico es troba escalonat en aqueixa cadena de validesa i subordinació, però no fins a l'infinit, sinó que en el cim d'aquest escalonament es troba la norma fundant bàsica pressuposada.

Si prenem en consideració un ordenament jurídico estatal, l'estrat superior de les normes jurídiques positives l'ocupa la constitució. Kelsen distingeix entre constitució en sentit material i constitució en sentit formal. Quan parla d'estrat superior es refereix a la constitució en sentit material, o

ción. Todo el ordenamiento jurídico se encuentra escalonado en esa cadena de validez y subordinación, pero no hasta el infinito, sino que en la cima de dicho escalonamiento se encuentra la norma fundante básica presupuesta.

Si tomamos en cuenta un ordenamiento jurídico estatal, el estrato superior de las normas jurídicas positivas lo ocupa la constitución. Kelsen distingue entre constitución en sentido material y constitución en sentido formal. Cuando habla de estrato superior se refiere a la constitución en sentido material, o sea "la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales". La constitución, señala Kelsen, puede haber sido producida por la costumbre o por un acto legislativo, en cuyo caso tenemos una constitución escrita. Por tanto, la constitución en sentido material puede estar formada en parte por normas escritas y en parte por normas producidas consuetudinariamente.

Por constitución en sentido formal entiende el documento llamado "constitución", esto es, la constitución escrita que contiene normas que regulan la producción de leyes, otras normas referentes a asuntos políticos de importancia y otras que regulan el procedimiento especial de modificación constitucional. Estos tres tipos de disposiciones constituyen lo que es la constitución como forma, que puede recibir cualquier contenido y sirve para estabilizar las normas de la llamada constitución material.

La producción, regulada por la constitución material, de la legislación conlleva que se determinen los órganos autorizados para la producción legislativa. Si la costumbre es fuente de derecho, ello debe ser establecido por la constitución, a menos que se trate de una constitución no escrita, en cuyo caso esa autorización debe ser también presupuesta. En caso de constitución no escrita, tampoco habrá un procedimiento especial para la reforma o derogación de las normas constitucionales, sino que ello se realizará por leyes sim-

sigui, "la norma o normas positivas que regulen la producción de normas jurídicas generales". La constitución, assenyala Kelsen, pot haver estat produïda pel costum o per un acte legislatiu, en el qual cas tenim una constitució escrita. Per tant, la constitució en sentit material pot estar formada en part per normes escrites i en part per normes produïdes consuetudinàriament.

Per constitució en sentit formal entén el document anomenat "constitució", és a dir, la constitució escrita que conté normes que regulen la producció de lleis, altres normes referents a assumptes polítics d'importància i altres que regulen el procediment especial de modificació constitucional. Aquests tres tipus de disposicions constitueixen el que és la constitució com a forma, que pot rebre qualsevol contingut i serveix per a establir les normes de l'anomenada constitució material.

La producció de la legislació, regulada per la constitució material, comporta que es determinin els òrgans autoritzats per a la producció legislativa. Si el costum és font de dret, això ha de ser establert per la constitució, a menys que es tracti d'una constitució no escrita, en el qual cas l'autorització ha de ser també pressuposada. En cas de constitució no escrita, tampoc hi haurà un procediment especial per a la reforma o derogació de les normes constitucionals, sinó que això es realitzarà per lleis simples o pel dret consuetudinari.

L'òrgan competent per a la promulgació, modificació i derogació de les normes constitucionals pot ser diferent del de les lleis usuals en opinió de Kelsen, però normalment sol ser el mateix.

La constitució també pot prescriure o prohibir el contingut de les lleis futures. En el primer cas es tracta d'una promesa de promulgació de lleis, sense obligatorietat, ja que seria difícil establir una sanció per a la manca de lleis. En canvi, resulta més fàcil de

ples o por el derecho consuetudinario.

El órgano competente para la promulgación, modificación y derogación de las normas constitucionales puede ser diferente del de las leyes usuales, pero normalmente suele ser el mismo. La constitución también puede prescribir o prohibir el contenido de las leyes futuras. En el primer caso, se trata de una promesa de promulgación de leyes, sin obligatoriedad, ya que sería difícil establecer una sanción para la falta de leyes. En cambio, resulta más fácil prohibir la promulgación de leyes sobre determinadas materias. Los típicos catálogos de derechos y libertades fundamentales no son más que una exclusión de posibles leyes que los lesionen. Pero ello debe darse en el caso en que la constitución no pueda ser derogada o modificada por simple ley.

3.- La Regla de Reconocimiento de Hart

3.1. Qué es la regla de reconocimiento

Supongamos un grupo de personas que viven en un determinado territorio y se rigen por lo que Hart llama reglas primarias de obligación. Entre otros inconvenientes de dicha situación, surgiría de vez en cuando la duda de cuáles son esas reglas primarias y cuál es su alcance. Por tanto, existiría la necesidad de identificar las reglas primarias y esta necesidad se satisface introduciendo una regla de reconocimiento, cuya función es determinar cuáles son las reglas que pertenecen al sistema. La regla de reconocimiento puede enumerar las reglas del sistema, o bien estipular ciertos criterios de pertenencia. Dado que el primer método daría lugar a una lista excesivamente larga, normalmente se usa el segundo.

En un sistema jurídico moderno, con una variedad de fuentes del derecho, la regla de reconocimiento es compleja, ya que los criterios de identificación del derecho son múltiples y generalmente incluyen una constitución escrita, la sanción por parte de la legislatu-

prohibir la promulgación de leyes sobre determinadas materias. Els típics catàlegs de drets i llibertats fonamentals no són més que una exclusió de possibles lleis que els lesionin.

Però això s'ha de donar en el cas que la constitució no pugui ser derogada o modificada per simple llei.

3.- La Regla de Reconeixement de Hart

3.1. Què és la regla de reconeixement

Suposem un grup de persones que viuen en un determinat territori i es regeixen pel que Hart anomena regles primàries d'obligació. Entre d'altres inconvenients d'aquesta situació, sorgiria de tant en tant el dubte de quines són aqueixes regles primàries i quin és el seu abast. Per tant, existiria la necessitat d'identificar les regles primàries i aquesta necessitat es satisfà tot introduint una regla de reconeixement, la funció de la qual és determinar quines són les regles que pertanyen al sistema. La regla de reconeixement pot enumerar les regles del sistema, o bé estipular certs criteris de pertinença.

Donat que el primer mètode donaria lloc a una llista excessivament llarga, hom usa normalment el segon.

En un sistema jurídic modern, amb una varietat de fonts del dret, la regla de reconeixement és complexa, ja que els criteris d'identificació del dret són múltiples i generalment inclouen una constitució escrita, la sanció per part de la legislatura, els precedents judicials, la pràctica consuetudinària, textos revestits d'autoritat, declaracions generals de persones legitimades, etc.

Per consegüent, la regla de reconeixement té com a funció aportar criteris als particulars i als funcionaris per a identificar les regles primàries d'obligació.

La complexitat i varietat de criteris depèn del sistema de fonts dels sistemes jurídics moderns, en un ordre de subordinació i jerarquia relatives. En

ra, los precedentes judiciales, la práctica consuetudinaria, textos revestidos de autoridad, declaraciones generales de personas legitimadas, etc.

Así pues, la regla de reconocimiento tiene como función aportar criterios a los particulares y a los funcionarios para identificar las reglas primarias de obligación.

La complejidad y variedad de criterios depende del sistema de fuentes de los sistemas jurídicos modernos, en un orden de subordinación y jerarquía relativas. En la mayor parte de los casos se establece una jerarquía: "así, en nuestro sistema, el common law está subordinado a las leyes", ya que las reglas consuetudinarias y las reglas del common law pueden verse privadas de su status de derecho por una ley. No obstante, no deben su status actual a la ley, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento.

Aún así, la regla de reconocimiento raramente está formulada en palabras, sino que en la mayoría de los casos no es expresa. Su existencia radica en prácticas sociales: en cómo los particulares, los funcionarios y los tribunales identifican las reglas primarias de obligación mediante los criterios arriba señalados. En el caso de los tribunales, lo que ellos dicen tiene un status especial revestido de autoridad derivada de otras reglas. Hart pone el ejemplo de la regla de tanteo en un juego: la regla que define lo que es un gol rara vez es expresada durante el partido, sino que es usada para identificar las fases particulares del juego.

Los que usan las reglas de reconocimiento manifiestan su aceptación como normas orientadoras. Hart distingue un punto de vista interno y un punto de vista externo de expresar estas reglas. Así, un miembro del sistema jurídico, diría "El derecho dispone que...", en cambio, un sujeto ajeno al ese sistema diría "En Inglaterra reconocen como derecho...". En el primer caso, quien emite el enunciado interno está reconociendo como válida alguna norma particular del sistema; por tanto, está aplicando la re-

la mayor part dels casos, hom estableix una jerarquia: "així, en el nostre sistema, el common law està subordinat a les lleis", ja que les regles consuetudinàries i les regles del common law poden veure's privades de la seva condició de dret per una llei. No obstant, no deuen la seva condició actual a una llei, sinó a l'acceptació d'una regla de reconeixement.

Tot i així, la regla de reconeixement rarament està formulada en paraules; en la majoria dels casos no és expressa. La seva existència rau en pràctiques socials: en com els particulars, els funcionaris i els tribunals identifiquen les regles primàries d'obligació mitjançant els criteris esmentats més amunt. En el cas dels tribunals, el que ells diuen té un status especial revestit d'autoritat, la qual es deriva d'altres regles. Hart posa l'exemple de la regla de tempteig en el joc: la regla que defineix el que és un gol rara vegada s'expressa durant el partit; els particulars l'empren per tal d'identificar determinades fases del joc.

Aquells que utilitzen les regles de reconeixement manifesten llur acceptació com a normes orientadores. Hart distingeix un punt de vista intern i un punt de vista extern d'expressar aquestes regles. Així, un membre del sistema jurídic diria: "El dret disposa que..."; en canvi, un subjecte aliè a aquest sistema diria: "A Anglaterra reconeixen com a dret...". En el primer cas, qui emet l'enunciat intern està reconeixent com a vàlida alguna norma particular del sistema; per tant, està aplicant la regla de reconeixement. Contràriament, en el segon, qui emet l'enunciat extern no és que l'accepti, sinó que exposa el fet que altres l'accepten; és, per tant, un enunciat fàctic. El punt de vista extern mencionaria -i no usaria- aquest tipus de regles.

Hart presenta la regla de reconeixement com a regla última del sistema, però no en el sentit que sigui pressuposada (com la norma fonamental de Kelsen), sinó en el sentit

gla de reconocimiento. En cambio, en el segundo, quien emite el enunciado externo, no es que la acepte, sino que expone el hecho de que otros la aceptan, es por tanto un enunciado fáctico. El punto de vista externo mencionaria -y no usaría- este tipo de reglas.

Hart presenta la regla de reconocimiento como regla última del sistema, pero no en el sentido de que sea presupuesta (como la norma fundamental de Kelsen), sino en el sentido de que determina la validez de otras normas del sistema, mientras que no hay otra regla que determine la validez de ella. De hecho, esta última regla, como hemos visto, no puede ser válida o inválida.

El hecho de que la regla de reconocimiento sea la regla última del sistema implica que de los criterios de validez que ella suministra hay uno que es supremo. Un criterio es supremo cuando las reglas identificadas de acuerdo a él son identificadas como derecho aunque entren en contradicción con otras reglas identificadas según otros criterios, en cambio estas últimas no lo son si contradicen a las primeras. Por tanto, que la regla de reconocimiento sea última quiere decir que proporciona criterios para determinar la validez de otras normas sin que ella esté subordinada a ningún criterio de validez establecido por otra norma jurídica. Sobre ella no cabe plantearse la validez o invalidez y su existencia es una cuestión de hecho: su existencia tiene que consistir en una práctica efectiva y concordante de tribunales, funcionarios y particulares.

Al decir que una regla de reconocimiento es última, Kelsen había afirmado que su propia validez, como no puede ser demostrada, se da por admitida como simple presuposición. Hart cree que este planteamiento es equívoco, ya que la afirmación de que una regla de reconocimiento existe no puede ser explicada diciendo que "damos por admitida su validez", sino que su existencia es una cuestión fáctica, no conceptual. Hay que distinguir por con-

que determina la validez de otras normas del sistema, i no hi ha cap altra regla que determini la seva pròpia validez. De fet, aquesta darrera regla, com hem vist, no pot ser vàlida ni invàlida.

El fet que la regla de reconeixement sigui la regla última del sistema implica que dels criteris de validez que ella subministra n'hi ha un que és el suprem. Un criteri (o font del dret) és suprem quan les regles identificades d'acord amb ell són identificades com a dret encara que entrin en contradicció amb altres regles identificades segons uns altres criteris; en canvi, aquestes darreres no ho són si contradiuen les primeres. Per tant, que la regla de reconeixement sigui última vol dir que proporciona criteris per a determinar la validez de altres normes sense que ella estigui subordinada a cap criteri de validez establert per altra norma jurídica. Sobre ella hom no pot plantejar-se la validez o invalidesa i la seva existència és una qüestió de fet: la seva existència ha de consistir en una pràctica efectiva i concordant de tribunals, funcionaris i particulars.

En dir que la regla de reconeixement és última, Kelsen havia afirmat que la seva validez, com no pot ser demostrada, es dona per admesa com a simple pressuposició. Hart creu que aquest plantejament és equívoc, ja que l'afirmació segons la qual una regla de reconeixement existeix no pot ser explicada tot dient que "donem per admesa la seva validez", sinó que la seva existència és una qüestió fàctica, no conceptual. Cal distingir, per consegüent, -cosa que segons Hart no fa Kelsen- entre "donar per admesa la validez" i "pressuposar la seva existència".

3.2. Problemes que planteja

Quant a Kelsen, es pot plantejar la qüestió següent: si tenim una o varies regles (la constitució i els

siguiente, -cosa que según Hart no hace Kelsen- entre "dar por admitida la validez" y "presuponer su existencia".

3.2 Problemas que plantea

En cuanto a Kelsen, cabe plantearse esta cuestión: si yo tengo una o varias reglas (la Constitución y los actos legislativos y decisiones judiciales acordes con ella) que me permiten decidir si una norma es válida o no, ya tengo una lista completa de las condiciones de validez. La norma básica, en cambio, no alcanza tal grado de completitud. Además Kelsen sostiene que la norma fundamental no puede ser formulada hasta que se tiene un sistema efectivo de normas positivas. Si es así, la norma fundamental difícilmente puede ser el criterio de validez, ya que éste sólo puede ser descubierto o formulado en la base de un sistema eficaz.

Por su parte, Hart no presenta, como Kelsen, un argumento para la existencia de esta regla suprema del ordenamiento jurídico. Esta omisión estropea, en opinión de Munzer, su explicación, ya que no es obvio que la existencia de tal regla se manifieste en la práctica general de identificar las reglas pertenecientes al sistema mediante criterios. Podría darse el caso de que hubiera distintas reglas que establecieran criterios complementarios de identificación. Si esto fuera así, destruiría la idea de que la validez se establece de manera invariable por una única regla en la cúspide del sistema.

Según Munzer, se plantean algunos problemas respecto a la regla de reconocimiento:

1. Existe cierta confusión respecto a la naturaleza de la regla de reconocimiento. Cuando establece la distinción entre reglas primarias y secundarias, Hart habla de que las primeras imponen obligaciones y las segundas confieren poderes. Y posteriormente clasifica la regla de reconocimiento como regla secundaria. Pero esto puede no ser correcto, puesto que la regla de

actes legislatius i decisions judicials conformes a ella) que ens permeten decidir si una norma és vàlida o no, llavors ja tenim una llista completa de les condicions de validesa. La norma bàsica, tanmateix, no assoleix tal grau de completesa. A més, Kelsen sosté que la norma fonamental no pot ser formulada fins que hom té un sistema efectiu de normes positives. Si això és així, la norma fonamental difícilment pot ser el criteri de validesa, ja que aquest només pot ser descobert o formulat a partir d'un sistema eficaç.

Per la seva banda, Hart no presenta, com fa Kelsen, un argument per a l'existència d'aquesta regla suprema de l'ordenament jurídic. Aquesta omisió malmet, en opinió de Munzer, la seva explicació, ja que no és obvi que l'existència de tal regla es manifesti en la pràctica general d'identificar les regles pertanyents al sistema mitjançant criteris. Podria donar-se el cas que hi hagués diferents regles que establissin criteris complementaris d'identificació. Si això fos així, es destruiria la idea que la validesa s'estableix de manera invariable per una única regla a la cúspide del sistema.

Segons Munzer, es plantegen alguns problemes entorn de la regla de reconeixement:

1. Existeix una certa confusió respecte a la naturalesa de la regla de reconeixement. Quan estableix la distinció entre regles primàries i secundàries, Hart diu que les primeres imposen obligacions i les segones confereixen poders, i, posteriorment, classifica la regla de reconeixement com a regla secundària. Però això pot no ser correcte, donat que la regla de reconeixement no confereix poder a ningú; per tant, no pot ser una regla secundària. Tampoc no pot ser una regla primària típica, ja que no estipula una sanció per als infractors. Podria tractar-se d'un tercer tipus de regla o de cap regla.

2. Hi ha diversos passatges on Hart sembla donar a entendre que

reconocimiento no confiere un poder a nadie, por tanto, no puede ser una regla secundaria. Tampoco puede ser una regla primaria típica, ya que no estipula una sanción para los infractores. Podría tratarse de un tercer tipo de regla o ningún tipo de regla.

2. Hay diversos pasajes en que parece dar a entender que un ordenamiento jurídico tiene diversas reglas de reconocimiento. Munzer cree que la intención de Hart seguramente es que cada ordenamiento tiene una y sólo una. En el concepto de Derecho hay soporte textual para dos posiciones:

Posición I: asimila la regla de reconocimiento de ordenamientos jurídicos avanzados a la de los primitivos. En el reino imaginario de Rex I, la regla de reconocimiento sería lo que Rex I sanciona como ley. De manera similar, Hart parece pensar a veces que la correspondiente regla en el sistema inglés es "lo que la Reina en Parlamento sanciona como ley"; pero en este caso, no sería una regla, sino un relato de hechos, ya que una regla ordena conductas. Por tanto, la regla de reconocimiento no sería una regla.

Pero, aunque lo fuera, sería ociosa, ya que esta formulación de la regla de reconocimiento no dice nada sobre los actos administrativos o las reglas originadas o modificadas por sentencias judiciales. La ociosidad proviene del hecho de que en el actual sistema británico, los jueces aceptan estas reglas (statute laws) como obligatorias en los casos judiciales; por tanto, es superflua una regla que les diga a los jueces que actúen tal como actúan; es una reduplicación innecesaria.

Posición II: parece ser la que Hart quiere mantener y consiste en establecer diversos criterios de validez según un orden de primacía. El más alto sería "es ley lo que la Reina en Parlamento sanciona", pero no el único. "Los criterios para identificar la ley son múltiples y comunmente incluyen una constitución escrita, aprobación y sanción por una legislatura y precedentes judiciales".

un ordenamiento jurídico té diverses regles de reconeixement.

Munzer creu que la intenció de Hart segurament és que cada ordenament en té una i només una. En el concepte de Dret hi ha suport textual per a ambdues posicions:

Posició I: assimila la regla de reconeixement d'ordenaments jurídics avançats a la dels primitius. Al regne imaginari de Rex I, la regla de reconeixement seria allò que Rex I sanciona com a llei. De manera similar, Hart sembla pensar de vegades que la corresponent regla en el sistema anglès és "allò que la Reina en Parlament sanciona com a llei"; però en aquest cas no seria una regla, sinó un relat de fets, ja que una regla ordena conductes.

Per tant, la regla de reconeixement no seria una regla. Però, encara que ho fos, seria ociosa, ja que aquesta formulació de la regla de reconeixement no diu res sobre els actes administratius o les regles originades o modificades per sentències judicials. L'ociositat prové del fet que en l'actual sistema britànic, els jutges accepten aquestes regles (statute laws) com a obligatòries en els casos judicials; en conseqüència, és supèrflua una regla que digui als jutges que actuïn tal com actuen; és una reduplicació innecessària.

Posició II: sembla ser la que Hart vol mantenir i consisteix a establir diversos criteris de validesa segons un ordre de primacia. El més alt és: "És llei allò que la Reina en Parlament sanciona", però no pas l'únic.

3.3. Naturalesa de la regla de reconeixement de Hart

Bulygin la classifica com a regla conceptual i no com a regla de conducta. La diferència estriba en el fet que les regles conceptuais defineixen conceptes, mentre que les regles de conducta són de caràcter prescriptiu o normatiu. Doncs bé, a la regla de reconeixement, segons Bulygin, li

Naturaleza de la regla de reconocimiento de Hart

Bulygin la clasifica como regla conceptual y no regla de conducta. La diferencia estriba en que las reglas conceptuales definen ciertos conceptos, mientras que las reglas de conducta son de carácter prescriptivo o normativo. Pues bien, la regla de reconocimiento, según Bulygin, carece de todo carácter normativo, ya que no prescribe a los jueces el deber de aplicar normas jurídicas, sino que dicha obligación les viene impuesta por otra norma del sistema que es identificada como jurídica por la regla de reconocimiento.

No obstante, resulta difícil de catalogar la regla de reconocimiento, ya que no se trata de una norma jurídica en sentido estricto, ni de una mera convención, uso o costumbre. Parece estar a caballo, señala Páramo, entre lo jurídico y lo fáctico. Cuando decimos que es usada para identificar otras reglas, formulando enunciados internos de validez, podríamos clasificarla como derecho; pero cuando nos referimos a su existencia, estamos formulando un enunciado fáctico externo respecto a la manera como son identificadas las normas de un sistema.

Según Páramo, la regla de reconocimiento se reduce a una práctica social institucionalizada, a una regla aceptada internamente por los funcionarios y obedecida -al menos externamente- por los ciudadanos. Tendría una naturaleza dualista: normativa (aserciones internas que fundamentan la validez) y fáctica (un hecho externo -praxis jurídica- observable desde un punto de vista externo).

4.- Comparaciones

Se puede establecer una comparación entre la norma básica de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart en diversos puntos:

- La norma básica es una hipótesis jurídica, un postulado, una regla que existe en la conciencia jurídica. La regla de reconocimiento, en cambio, es

manca tot caràcter normatiu, donat que no prescriu als jutges el deure d'aplicar normes jurídiques, sinó que la dita obligació els ve imposada per una altra norma del sistema que és identificada com a jurídica per la regla de reconeixement.

No obstant, resulta difícil de catalogar la regla de reconeixement, ja que no es tracta d'una norma jurídica en sentit estricte, ni d'una mera convenció, ús o costum. Sembla estar a cavall, en opinió de Páramo, entre allò jurídic i allò fàctic. Quan diem que és usada per a identificar altres regles, tot formulant enunciats interns de validesa, podríem classificar-la com a dret; però quan ens referim a la seva existència, estem formulant un enunciat fàctic extern respecte a la manera com són identificades les normes d'un sistema.

Segons Páramo, la regla de reconeixement es redueix a una pràctica social institucionalitzada, a una regla acceptada internament pels funcionaris i obeïda -si més no, externament- pels ciutadans. Tindria una naturalesa dualista: normativa (asserccions internes que fonamenten la validesa) i fàctica (un fet extern -pràxi jurídica- observable des d'un punt de vista extern).

4.- Comparacions

Es pot establir una comparació entre la norma bàsica de Kelsen i la regla de reconeixement de Hart en diversos punts:

- La norma bàsica és una hipòtesi jurídica, un postulat, una regla que existeix en la consciència jurídica. La regla de reconeixement, en canvi, és una qüestió fàctica entorn de validesa d'un sistema i de la pròpia existència de la regla de reconeixement és una qüestió empírica.

- Els judicis de validesa sobre normes particulars només són possibles en la mesura que hom pressuposa la validesa de la norma bàsica. Contràriament, la regla de reconeixement no pot ser vàlida ni

una cuestión fáctica acerca de la existencia de una regla: la cuestión de cuáles son los criterios de validez de un sistema y de la propia existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión empírica.

- Los juicios de validez sobre normas particulares sólo son posibles en la medida en que se presupone la validez de la norma básica. Por el contrario, la regla de reconocimiento no puede ser válida o inválida.

- El contenido de la norma básica es siempre el mismo: que los ciudadanos deben comportarse en la forma que establecieron los padres de la constitución. Ello le parece a Hart una duplicación innecesaria⁶; si los funcionarios del sistema identifican el derecho de acuerdo a los criterios que suministra la regla de reconocimiento, la constitución de un país será aceptada.

- La norma básica es una. Sin embargo, en la teoría de Hart, puede haber diversas reglas de reconocimiento.

Una vez establecida esta comparación y teniendo en cuenta que Hart niega el carácter hipotético a la regla de reconocimiento, cabe plantearse si entonces esa regla de reconocimiento satisface la cuestión para la que Kelsen recurre a la norma fundamental hipotética (saber por qué las normas deben ser aplicadas u obedecidas, por qué es preciso conformarse a una constitución) o bien la regla de reconocimiento se identificaría mejor con la Constitución o norma fundamental positiva de un ordenamiento jurídico. Las palabras de Hart parecen apoyar esta última posibilidad: "Parece una reduplicación superflua sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la "establecieron") ha de ser obedecida", pero en ese caso no queda claro por qué quiere asimilar la regla de reconocimiento a la Grundnorm, ya que el supuesto no es el mismo. Capella interpreta que "la regla de reconocimiento vendría ser el elemento que falta para ser sistemas a ordenamientos jurídicos que, como el británico, carecen de

inválida.

- El contingut de la norma bàsica és sempre el mateix: que els ciutadans s'han de comportar tal com van establir els pares de la constitució o els poders delegats per ells. Això li sembla a Hart una duplicació innecessària; si els funcionaris del sistema identifiquen el dret d'acord amb els criteris que subministra la regla de reconeixement, la constitució d'un país serà acceptada.

- La norma bàsica és una. Per contra en la teoria de Hart poden haver-hi diverses regles de reconeixement.

Un cop establerta aquesta comparació i tenint en compte que Hart nega el caràcter hipotètic a la regla de reconeixement, hom pot plantejar-se si llavors aquesta regla de reconeixement satisfà la qüestió per la qual Kelsen recorre a la norma fonamental hipotètica (saber per què les normes han de ser aplicades o obeïdes, per què cal conformar-se a una constitució) o si bé la regla de reconeixement s'identificaria millor amb la constitució o norma fonamental positiva d'un ordenament jurídic.

Les paraules de Hart (nota 7 "parece una duplicación innecesaria...") semblen recolzar aquesta darrera possibilitat, però en aquest cas no queda clar per què vol assimilar la regla de reconeixement a la Grundnorm, ja que el supòsit no és el mateix. Capella interpreta que "la regla de reconeixement vendria a ser el element que falta para ser sistemas a ordenamientos jurídicos que, como el británico, carecen de constitución escrita"

Segons la meua opinió, allò que Kelsen concep com a constitució en sentit material seria una regla de reconeixement, ja que regula les normes de producció de normes jurídiques generals. Però el concepte de regla de reconeixement, tal com el concep Hart, és en principi més ampli, donat que, a part de la constitució, inclou altres criteris d'identificació de normes, com hem vist. I dic "en principi", perquè és així a menys que la

constitución escrita".

En mi opinión, lo que Kelsen concibe como constitución en sentido material sería una regla de reconocimiento, ya que regula las normas de producción de normas jurídicas generales. Pero el concepto de regla de reconocimiento, tal como lo concibe Hart, es más amplio, pues a parte de la constitución en sentido material, incluye otros criterios de identificación de normas, como hemos visto. Ambas coinciden en ser las últimas normas de un sistema jurídico positivo, en que pueden ser o no escritas y por tanto, consuetudinarias y en que no tienen carácter hipotético, sino positivo. Y difieren en que una (la constitución) es una especie de la otra y en el hecho de que Kelsen postula una norma superior hipotética para justificar la validez de la constitución; en cambio la regla de reconocimiento de Hart es el último eslabón de la cadena de validez, sin que sea posible plantearse si ella es o no válida, puesto que ella es la medida de las restantes normas.

constitució material contingui totes les fonts del Dret, cas en el qual podríem considerar que existeix una identificació entre les dues (constitució material i regla de reconeixement). Ambdues coincideixen en ésser les darreres normes d'un sistema jurídic positiu, en el fet que poden ser escrites o no i, per tant, poden ser consuetudinàries, i en el fet que no tenen caràcter hipotètic, sinó positiu. I difereixen en el fet que Kelsen postula una norma superior hipotètica per a justificar la validesa de la constitució; en canvi, la regla de reconeixement de Hart és la darrera baula de la cadena de validesa, sense que sigui possible plantejar-se si ella mateixa és vàlida o no, donat que ella és la mesura de les normes restants.

5.- Bibliografía

- KELSEN, Hans: Teoría pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. Universidad Autónoma de México. México 1979.
- HART, H.L.A.: El concepto de Derecho. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- MUNZER, Stephen: Legal Validity. Martinus Nijhoff. The Hage. 1972.
- NINO, Carlos Santiago: Introducción al análisis del Derecho. Ariel Derecho. Barcelona 1991.
- BULYGIN, Eugenio: "Sobre la regla de reconocimiento" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: Análisis lógico y Derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991.
- CAPELLA, Juan-Ramón: El Derecho como lenguaje. Ed. Ariel. Barcelona 1968.
- PÀRAMO, Juan R.: H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.