

# Reglas primarias de obligación

## Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A. Hart\*

De Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R., Universidad de Chile

*The article offers a reconstruction of the picture of so called “rules of criminal law” that can be found in H.L.A Hart’s The Concept of Law. According to the argument here presented, the basic features of this picture can be stated as following: a rejection of an imperativistic conception of legal rules; the recognition of a pragmatic connection between obligations and sanctions; and a functional understanding of the logical distinction between (primary) conduct norms and (secondary) sanction norms.*

*El artículo ofrece una reconstrucción de la imagen de las así llamadas “reglas del derecho penal” que es posible extraer de El concepto de derecho de H.L.A. Hart. Con arreglo al argumento aquí presentado, las características fundamentales de esa imagen pueden ser enunciadas como sigue: un rechazo de una concepción imperativista de las reglas del derecho; el reconocimiento de una conexión pragmática entre la obligación y la sanción; y una comprensión funcional de la distinción lógica entre normas primarias de comportamiento y normas secundarias de sanción.*

### I. Introducción

Observa Hart: “En el caso de las reglas del derecho penal, es lógicamente posible y puede ser deseable que haya tales reglas aun a pesar de que no hubiese amenaza de un castigo u otro mal. Ciertamente, podrá sostenerse que en tal caso no habría reglas jurídicas; sin embargo, podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierto comportamiento de la provisión de las penalidades a ser impuestas si la regla es quebrantada, y suponer que la primera existe sin la segunda. En cierto sentido, podemos sustraer la sanción y todavía dejar un estándar de comportamiento inteligible para cuyo mantenimiento [la sanción] fuera diseñada”.<sup>1</sup>

Este pasaje está extraído de la célebre sección de *El concepto de derecho* en que Hart demuestra la confusión categorial implicada en la concepción kelseniana de la nulidad como sanción. En dicho pasaje se insinúa una determinada concepción de la relación en que se encuentra la regla (o norma) cuyo quebrantamiento puede ser delictivo, por una parte, y la regla (o norma) que fija la pena susceptible de ser impuesta a consecuencia del quebrantamiento de aquella primera regla (o norma), por otra. El presente artículo pretende indagar en los méritos de semejante concepción, dando cuenta de cómo ella se inserta en el proyecto hartiano de una teoría analítica del derecho.

\* El presente artículo ha podido ser elaborado en el contexto de una estadía de investigación posdoctoral realizada en la Universidad de Bonn, financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, y se enmarca en el proyecto FONDECYT (de iniciación a la investigación) No. 11110274, del cual el autor es investigador responsable.

<sup>1</sup> Hart, *The Concept of Law*, 2. ed. 1994, pp. 33 ss.

### II. La crítica del modelo imperativista

Hart ofrece algunas consideraciones preliminares acerca de la estructura y la función de “las reglas del derecho penal”,<sup>2</sup> tras haber expuesto sistemáticamente la concepción de las normas jurídicas asociada a la obra de Austin, y en igual medida a la de Bentham,<sup>3</sup> sugiriendo que este último modelo parecería plausible, a primera vista al menos, para dar cuenta de cómo opera el derecho penal.

Esto lleva a que Hart constata la existencia de una “fuerte analogía” entre tal imagen preliminar de “las reglas del derecho penal”, por un lado, y la concepción imperativista de las reglas jurídicas de Bentham/Austin, por otro.<sup>4</sup> Pero buena parte del esfuerzo argumentativo desplegado por Hart, una vez establecida la base para la analogía en cuestión, consiste en demostrar la inviabilidad del modelo imperativista,<sup>5</sup> incluso en aquel ámbito en que el mismo parecería exhibir, *prima facie* al menos, mayor plausibilidad; esto es: en el ámbito de “las reglas del derecho penal”, en contraposición, por ejemplo, a las reglas que confieren potestades de diversa índole.<sup>6</sup>

El núcleo del modelo de Bentham/Austin consiste en una equiparación de la existencia de una obligación jurídica a la predictibilidad de la irrogación de un mal a modo de sanción.<sup>7</sup> Sobre este trasfondo, las razones que Hart ofrece

<sup>2</sup> Hart (n. 1), p. 27.

<sup>3</sup> Hart, *Essays on Bentham*, 1982, pp. 105 ss.

<sup>4</sup> Hart (n. 1), pp. 20 s.

<sup>5</sup> Aquí se vuelve necesario introducir una precisión terminológica, que resulta de la mayor importancia para la indagación global que aquí se persigue, y que concierne a la caracterización usual de la concepción atribuida a Bentham y a Austin como una concepción imperativista. Pues semejante caracterización supone dar prioridad a una de las dos variables que, siguiendo a Hacker, pueden ser diferenciadas en el contexto del análisis comparativo de las múltiples “teorías del deber” que se dejan reconocer en el discurso de la teoría general del derecho, a saber: (1) la naturaleza de la conexión postulada entre la falta de ejecución o de omisión de una determinada acción y la consiguiente imposición de una sanción; y (2) el estatus de la exigencia de comportamiento que vuelve obligatoria la ejecución o la omisión de la acción en cuestión. Véase Hacker, en: Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1973, p. 131. En estos términos, la caracterización de una concepción como imperativista es relativa a la segunda variable: la exigencia de comportamiento ha de estar constituida por una orden. Véase Röhl/Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. ed. 2008, pp. 230 s.

<sup>6</sup> Hart (n. 1), pp. 35 ss.

<sup>7</sup> Hart (n. 3), pp. 132 ss. De ahí que su caracterización como “imperativista” deba ser entendida a la manera de una abreviatura, en el entendido de que, en atención al específico concepto de orden que hace suyo ese modelo, el hecho de que a una persona se dirija una orden de ejecutar u omitir la

para demostrar la inviabilidad de semejante modelo imperativista en tanto aplicado al ámbito del derecho penal afectan, en lo fundamental, el problema que *Hart* identifica con la cuestión del “rango de aplicación”.<sup>8</sup> El problema está en que el modelo imperativista se apoya en una imagen “vertical” de subordinación para dar cuenta de la relación que vincularía al emisor del imperativo coercitivamente reforzado con las personas a quienes el mismo se encuentra “dirigido”. Al respecto, *Hart* enuncia dos observaciones, la primera de las cuales es fértilmente explotada en su crítica de la concepción de la soberanía (unitaria e ilimitada) implicada en la concepción de la legislación inherente al modelo imperativista por él criticado,<sup>9</sup> mientras que la segunda, a pesar de su aparente menor significación sistemática, ofrece una clave para la superación de la identificación del concepto de norma obligante o vinculante con la noción de imperativo.

La primera observación se encuentra referida a la imagen vertical – o “desde arriba hacia abajo” – de la producción del derecho que es propia del modelo imperativista.<sup>10</sup> La crítica de esta imagen vertical que *Hart* propone es dual. Por una parte, *Hart* explora la idea de que la dificultad que parece traer consigo la posibilidad de una auto-vinculación del legislador se dejaría despejar sin más si, abandonando el recurso a la noción de órdenes respaldadas por amenaza, se privilegiara el recurso al concepto de promesa. Pero inmediatamente a continuación, *Hart* sostiene que el problema se resuelve íntegramente si, en contra del monismo ontológico implicado en la concepción imperativista, se acepta el hecho de que entre las reglas del derecho también se cuentan reglas

acción  $\phi$  implica que, en caso contrario, esa persona quede expuesta a sufrir, con un determinado grado de probabilidad, la irrogación de un mal a consecuencia de la falta de ejecución o de omisión de la acción  $\phi$ . Véase *Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, pp. 5 ss.; así como *Bentham*, *Of Laws in General*, 1970, pp. 133 ss. Para un argumento general acerca de la dependencia de la normatividad de la eventualidad de la imposición de sanciones, véase *Stemmer*, *Normativität, Eine ontologische Untersuchung*, 2008, pp. 135 ss. Esto explica que *Hart* caracterice el modelo de *Bentham* como expresivo de una “teoría mixta de la obligación jurídica”. En tal medida, este modelo “mixto” debe ser diferenciado de una concepción “puramente” imperativista de las reglas del derecho, bajo la cual la norma que prevé la imposición de una sanción para el caso del quebrantamiento de un imperativo (primario) pudiera ser entendida como un imperativo secundario, desacoplado del correspondiente imperativo primario. Así *Hart* (n. 3), pp. 141 s. Semejante concepción se encuentra desarrollada, por ejemplo, en *Thon*, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pp. 1 ss., así como en *Bierling*, *Juristische Prinzipienlehre*, tomo 1, 1894, pp. 71 ss., 133 ss.; para una defensa matizada de la misma, véase *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 7. ed. 1975, pp. 22 ss., así como *Röhl/Röhl* (n. 5), pp. 230 ss.

<sup>8</sup> *Hart* (n. 1), pp. 42 ss.

<sup>9</sup> *Hart* (n. 1), pp. 50 ss.; *el mismo* (n. 3), pp. 143 s.

<sup>10</sup> *Hart* (n. 1), pp. 42 s.

que instituyen el proceso legislativo como tal, las cuales – en virtud de su carácter *constitutivo*<sup>11</sup> – se distinguirían por establecer condiciones para que la actividad legislativa sea siquiera concebible como praxis institucionalizada.<sup>12</sup> En tales términos, la crítica a la concepción imperativista de la legislación va asociada a la defensa de una tesis ontológicamente pluralista acerca de los componentes de la infraestructura del sistema jurídico, que renuncia a entender las reglas que confieren potestades como meros “fragmentos de normas”.

La segunda observación es escuetamente esbozada por *Hart*, a propósito de la redefinición de la noción misma de legislación que tendría que seguirse de la crítica del modelo imperativista. A este respecto, lo fundamental sería la elaboración de “una concepción fresca de la legislación como la introducción o modificación de estándares generales de comportamiento a ser seguidos por la sociedad en su conjunto”.<sup>13</sup> Ello lleva a *Hart* a proponer una articulación de lo que significa estar obligado por el derecho que tendría que lograr lo que a primera vista parecería imposible, a saber: evitar cualquier compromiso con una sospechosa metafísica de la validez jurídica, así como una comprensión psicologicista de la noción de obligación, sin conceder la igualmente problemática reducción de la normatividad del derecho a su sola coercitividad.<sup>14</sup>

### III. Reglas “sociales” de obligación

#### 1. *Ni regularismo ni regulismo*

Precisamente en el contexto de su análisis de la muy sensible diferencia semántica que existiría entre un enunciado del tipo “X se ve obligado a hacer (o no hacer)  $\phi$ ” y uno del tipo “X tiene la obligación de hacer (o no hacer)  $\phi$ ”, *Hart* formula dos objeciones en contra del modelo imperativista, en lo tocante a la reducción de la normatividad a la sola coercitividad predicable de las reglas del derecho.<sup>15</sup> La primera objeción consiste en que la tesis de la obligación como predictibilidad de una sanción “oscurece el hecho de que, allí donde existen reglas, las desviaciones de éstas no son meramente razones para una predicción de que se seguirán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a aquellos que las quebranten, sino que también sirven de razón o justificación para tal reacción y para la aplicación de sanciones”.<sup>16</sup> La segunda objeción, por su parte, asume la forma de una *reductio ad absurdum*: “Si fuera verdad que el enunciado de que una persona tenía una obligación significara que *ella* probablemente habría de padecer [la irrogación de un mal] en el evento de una desobediencia, sería contradictorio decir que él tenía una obligación [...], pero que, debido al hecho de haber huido de la jurisdicción o de haber sobornado a la

<sup>11</sup> Véase *Searle*, *The Construction of Social Reality*, 1995, pp. 43 ss.

<sup>12</sup> *Hart* (n. 1), pp. 43 s.

<sup>13</sup> *Hart* (n. 1), p. 44.

<sup>14</sup> *Hart* (n. 3), pp. 144 ss.; *Raz*, *The Concept of a Legal System*, 2. ed. 1980, pp. 230 ss.

<sup>15</sup> *Hart* (n. 1), pp. 82 s.

<sup>16</sup> *Hart* (n. 1), p. 84.

policía o al tribunal, no había posibilidad alguna de que fuera capturado o puesto a sufrir”.<sup>17</sup>

La relación en que se encuentran una y otra objeción está lejos de ser clara a primera vista. Pues mientras que la segunda objeción descansa sobre el supuesto de la viabilidad de una desvinculación del reconocimiento de una obligación jurídica de la eventual irrogación de un mal a modo de sanción en caso de incumplimiento de la misma, la primera objeción parece discurrir en la dirección inversa, precisamente porque ella se refiere al modo en que el quebrantamiento de una regla obligante pudiera servir de razón o fundamento para la imposición de una sanción.

La conjunción de las dos objeciones sólo se deja sostener, en efecto, sobre el trasfondo de la concepción de las reglas que imponen obligaciones que *Hart* opone al modelo imperativista.<sup>18</sup> A este respecto, *Hart* comienza ofreciendo un análisis preliminar – todavía no circunscrito al contexto propiamente jurídico – del significado del enunciado según el cual la persona P tiene la obligación de ejecutar (o de omitir) la acción  $\phi$ : en el caso normal, un presupuesto contextual de tal enunciado estará constituido por la existencia de “reglas sociales”, que se distinguen por *estandarizar* determinadas formas de comportamiento, de modo tal que ese mismo enunciado se deje entender como una instancia de aplicación de alguna de esas reglas generales a la situación en la cual se encuentra una persona determinada.<sup>19</sup>

Pero *Hart* ciertamente no desconoce que la semántica de una proposición del tipo “la regla X existe” está lejos de ser transparente.<sup>20</sup> Para su clarificación, *Hart* recurre a una comparación entre el concepto de un mero hábito y el concepto más complejo de una regla social, entre los cuales cabría re-

conocer, empero, una significativa similitud: “en ambos casos el comportamiento en cuestión [...] tiene que ser general, aunque no necesariamente invariable; esto significa que es repetido por la mayoría del grupo cuando surgen ocasiones”.<sup>21</sup> Sin embargo, es igualmente claro que la sola apelación a la constatación de una regularidad social relativa a una determinada forma de comportamiento no alcanza a servir de criterio de reconocimiento de una regla social.<sup>22</sup> Pues de lo contrario uno terminaría abrazando una variante de lo que *Brandom* llama “regularismo”, esto es, la concepción según la cual las reglas no serían más que descripciones de regularidades de comportamiento socialmente observable.<sup>23</sup> El defecto de semejante tesis “regularista” radica en la consiguiente imposibilidad de dar cuenta del sentido en que una regla social, a diferencia de un mero hábito, cuenta como pauta de corrección.<sup>24</sup>

La caracterización hartiana de las reglas sociales, en pos de su contraste frente a meros hábitos conductuales socialmente observados, logra evitar una reducción “regularista” del concepto de regla: en primer lugar, la desviación frente a una regla social característicamente cuenta como una falla expuesta a evaluación crítica; en segundo lugar, la desviación frente a la regla es tenida por una razón que *justifica* semejante evaluación crítica; y en tercer lugar, al menos algunos miembros del grupo respectivo,<sup>25</sup> adoptando una actitud crítico-reflexiva que puede manifestarse en el uso de un vocabulario distintivamente normativo, han de aceptar la regla como una pauta de comportamiento a ser generalmente seguida, en el sentido de lo que *Hart* célebremente identificara como “el aspecto interno de las reglas”.<sup>26</sup>

Ahora bien: lo que cualificaría a una regla como una regla *jurídica* sería el hecho de que ella admite ser identificada bajo determinados criterios de reconocimiento, referidos al modo característico de su producción, en el sentido de que su puesta en vigor sería identificable con un ejercicio de autoridad legislativa *lato sensu*,<sup>27</sup> de lo cual dependería, por lo demás, la posibilidad de la conservación de la identidad de un determinado ordenamiento jurídico a través del tiempo. Pero a través de semejante apelación al concepto de autoridad

<sup>17</sup> *Hart* (n. 1), p. 84.

<sup>18</sup> La noción de “reglas que imponen obligaciones”, que *Hart* emplea sistemáticamente, podría ser objeto de objeciones desde el punto de vista de su conveniencia idiomática. Al respecto, basta con considerar la sugerencia de *v. Wright*, *Norm and Action*, 1963, pp. 6 s., en cuanto a diferenciar los conceptos de *regla* y de *prescripción* como designando diversas especies de *normas*, en circunstancias de que lo distintivo de las prescripciones sería que ellas consisten en “órdenes o permisiones, dadas por alguien en posición de autoridad a alguien en posición de sujeción”; análogamente *Honoré*, en: *Simpson* (n. 5), p. 1 (p. 4). Para evitar confusiones, cabe advertir que el uso que *Hart* hace del término “regla” coincide, *grosso modo*, con el uso que *v. Wright* hace del término “norma”. Para una terminología todavía divergente, véase por ejemplo *Raz*, *Practical Reasons and Norms*, 2. ed. 1990, pp. 49 s., quien habla de “normas imperativas” (mandatory norms) para designar aquello que *Hart* denomina “reglas de obligación”, descartando además la conveniencia de recurrir al término “prescripción” para ello; y *Schauer*, *Playing by the Rules*, 1991, pp. 3 ss., quien identifica el concepto de “regla prescriptiva” (contrapuesto al de “regla descriptiva”) como el género respecto del cual el concepto de “regla imperativa” (mandatory rule) constituiría una especie.

<sup>19</sup> *Hart* (n. 1), p. 85.

<sup>20</sup> *Hart* (n. 1), p. 8.

<sup>21</sup> *Hart* (n. 1), p. 55.

<sup>22</sup> La cuestión relativa a la incidencia que la formación de hábitos puede tener para el seguimiento de reglas no necesita ser considerada aquí. Al respecto *MacCormick*, *Institutions of Law*, 2007, pp. 61 ss.

<sup>23</sup> *Brandom*, *Making it Explicit*, 1994, pp. 26 ss.

<sup>24</sup> *Brandom* (n. 23), p. 27: “La dificultad inmediata con tal propuesta es que ella amenaza con difuminar el contraste entre tratar una *performance* como sometida a evaluación normativa de alguna índole y tratarla como sometida a leyes físicas”.

<sup>25</sup> Esto no supone desconocer la complejidad de la pregunta acerca de las condiciones bajo las cuales cabe reconocer, efectivamente, la existencia de un grupo. Sobre el problema véase *Honoré* (n. 18), pp. 2 ss.

<sup>26</sup> *Hart* (n. 1), pp. 55 s.; al respecto *MacCormick*, H.L.A. *Hart*, 1981, pp. 30 ss.

<sup>27</sup> *Hart* (n. 1), pp. 57 s.

legislativa (*lato sensu*) se vuelve patente que la concepción de Hart enfrenta a riesgo teórico contrapuesto al riesgo asociado a la tentación “regulista”. Se trata del riesgo asociado a lo que *Brandom* llama “regulismo”, consistente en una reducción de la normatividad a un determinado conjunto de reglas explícitas.<sup>28</sup> Pues el análisis de Hart precisamente apunta a la necesidad de postular reglas (“secundarias”) que instituyan la autoridad legislativa por referencia a la cual pueden ser identificadas las reglas jurídicas que imponen obligaciones para la generalidad de los miembros de un determinado grupo.<sup>29</sup> Lo cual parecería quedar entregado a una posible versión de la objeción wittgensteiniana del así llamado “regreso al infinito de las reglas”.<sup>30</sup> si es necesario reconocer reglas de segundo nivel para identificar las respectivas de primer nivel, entonces será necesario reconocer reglas de tercer nivel para identificar las respectivas reglas de segundo nivel, y así sucesivamente.

La disolución del dilema, que *Brandom* intenta encontrar en las célebres observaciones de Wittgenstein acerca del concepto de seguir una regla, pasa por validar una concepción pragmatista de la normatividad, en el sentido preciso de que el reconocimiento de determinadas reglas explícitas sólo es posible sobre el trasfondo de normas que permanecen implícitas en la práctica de identificación y aplicación de tales reglas explícitas.<sup>31</sup> De ahí que “seguir una regla [sea] una praxis”.<sup>32</sup> Y lo distintivo de una concepción pragmatista de la normatividad se encuentra, siguiendo a *Brandom*, en una comprensión “actitudinal” de la génesis de la normatividad: la *actitud* favorable a juzgar una *performance* como correcta es conceptualmente primaria frente al *estatus* de esa misma *performance* como correcta.<sup>33</sup> En esto consiste el núcleo del principio de la autonomía de las prácticas normativas: “la autoridad de las normas deriva de su reconocimiento”;<sup>34</sup> o en la terminología de Hart: de su *aceptación* bajo la adopción de una actitud crítico-reflexiva.

Así, en pos de sortear el riesgo de un regreso al infinito asociado a una concepción “regulista” de la normatividad, ha de ser posible dar cuenta de la existencia de reglas de obligación que cuenten como razones vinculantes para los miembros de un determinado grupo social de un modo que no presuponga ya la existencia de reglas (secundarias) que posibiliten su identificación por referencia a un ejercicio de autoridad ya instituida, esto es, ya institucionalizada. De ahí que el

reconocimiento de una regla no pueda identificarse sin más con el reconocimiento de una regla bajo una determinada regla de reconocimiento.<sup>35</sup>

## 2. ¿Reglas como prácticas?

La plausibilidad de esta lectura de los correspondientes pasajes de la segunda sección del Cap. V de *El concepto de derecho* queda de manifiesto si se repara en la denominación a través de la cual contemporáneamente suele hacerse referencia, en el contexto de la filosofía analítica del derecho, a la concepción hartiana de las reglas de obligación, a saber: “la concepción de las reglas como prácticas”,<sup>36</sup> denominación que Hart llegaría a hacer suya.<sup>37</sup> El problema estriba, empero, en que esta denominación distorsiona la conexión entre el concepto de regla y el concepto de práctica implicada en la concepción hartiana de las reglas sociales que imponen obligaciones.

Ello se explica, desde ya, porque la tesis de Hart ciertamente no consiste, en contra de lo sugerido por Raz,<sup>38</sup> en una mera identificación de los conceptos de regla y práctica, en términos tales que una regla no sería más que una práctica de determinadas características. Antes bien, la tesis consiste en que, en un contexto pre-institucional – esto es, en un contexto en que aún no es posible invocar criterios de reconocimiento fijados por reglas secundarias –, la identificación de una regla que imponga obligaciones sobre los miembros de un determinado grupo social sólo puede tener lugar en atención al hecho de que esa regla sea efectivamente *practicada* por buena parte de quienes integran ese grupo.<sup>39</sup> En esto consiste el compromiso pragmatista que se deja reconocer en la concepción de Hart. Y las objeciones que Raz dirige en contra de ésta pueden ser entendidas, a su vez, como fundadas en un fuerte compromiso con una tesis “regulista”, que precisamente desconoce las implicaciones del “giro pragmático” que subyace a las observaciones de Hart.

Las dos primeras objeciones invocadas por Raz admiten ser consideradas conjuntamente. En primer lugar, Raz sostiene que la propiedad de una regla consistente en ser practicada – esto es, efectivamente seguida por un conjunto suficientemente amplio de agentes – sería extrínseca al concepto de regla: “una regla no es una regla social a menos que sea practicada por una cierta comunidad, pero todavía podría ser una regla”.<sup>40</sup> La segunda objeción, por su parte, apunta a una supuesta confusión entre lo que cuenta como una regla prac-

<sup>28</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 18 ss.

<sup>29</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 57 ss.

<sup>30</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 20 s.

<sup>31</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 21 ss.

<sup>32</sup> Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1984, § 202. Algunas muestras representativas de exégesis y elaboración en la literatura secundaria se encuentran en Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, 1982, pp. 7 ss.; Boghossian, *Mind* 98 (1989), 507; McDowell, *Mind, Value, and Reality*, 1998, pp. 221 ss.; *el mismo*, *The Engaged Intellect, Philosophical Essays*, 2009, pp. 96 ss.; y Stern, *Wittgenstein’s Philosophical Investigations*, 2004, pp. 139 ss.

<sup>33</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 30 ss.

<sup>34</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 50 ss.

<sup>35</sup> Tapper, en: Simpson (n. 5), p. 242 (pp. 252 s.).

<sup>36</sup> Raz (n. 18), pp. 49 ss.

<sup>37</sup> Hart (n. 1), pp. 254 s.

<sup>38</sup> Raz (n. 18), pp. 51 ss.

<sup>39</sup> Que ese presupuesto de identificación de una regla obligante se vuelve irrelevante una vez que el análisis puede descansar en criterios de reconocimiento fijados en reglas secundarias, es algo que Hart hace explícito cuando observa que, en el contexto de un sistema jurídico ya propiamente institucionalizado, la eficacia de una regla aislada no cuenta como criterio de validez de esa misma regla. Véase Hart (n. 1), pp. 103 s., 109 s.

<sup>40</sup> Raz (n. 18), pp. 53 s.

ticada y lo que cuenta como una razón aceptada.<sup>41</sup> Lo que subyace a ambas objeciones es una apelación al concepto de regla como si se tratase de un “superlativo filosófico”.<sup>42</sup> El “regulismo” subyacente se deja reconocer en el modo en que *Raz* pretende ejemplificar su segunda objeción: “Considérese una comunidad en la cual prácticamente todos creen que los bebés deberían ser amamantados o que los niños deberían ser estimulados a aprender a leer una vez que su edad alcance los tres años. Esto es generalmente hecho y la gente tiende a reprochar a las madres que no amamantan o a los padres que no enseñan a leer a sus hijos de tres años de edad. Pero las personas de la comunidad no consideran éstas como reglas. Simplemente piensan que se trata de cosas que está bien hacer”.<sup>43</sup>

La proposición de que en semejante comunidad no existiría una regla social con arreglo a la cual las madres deben amamantar a sus hijos recién nacidos descansa en la premisa “regulista” de que tal regla (o norma) social sólo podría ser reconocida en la forma de una regla explícitamente articulada. Pues sólo bajo este presupuesto cabría otorgar relevancia al hecho de que los miembros de esa comunidad no asuman la existencia de tal regla como razón para descartar que esa regla efectivamente exista. En cambio, bajo la tesis pragmatista de que determinadas reglas explícitas sólo pueden llegar a ser identificadas sobre un trasfondo (genéticamente primario) de normas ya implícitas en una práctica social,<sup>44</sup> la objeción deja de ser comprensible. Pues entonces ya no será posible entender que la consciencia explícita de un grupo de agentes acerca de la estandarización de una determinada forma de comportamiento en la forma de una regla social pudiera fungir como criterio de reconocimiento de ésta.

Con ello se hace patente, al mismo tiempo, el defecto insuperable que aqueja a una tesis “regulista” como la que subyace al argumento de *Raz*: si como regla social sólo fuese reconocible aquello que buena parte de sus miembros ya identifica explícitamente como tal, sería imposible ofrecer una explicación no-circular de la génesis de las reglas sociales que llegan a adquirir vigencia al interior de una comunidad de agentes. Esto quiere decir, en otros términos, que una tesis como la de *Raz* da por supuesto aquello que precisamente ha de ser explicado. Pero así también se viene abajo la primera de las dos objeciones hasta aquí consideradas: la distinción entre lo que contaría como una regla “a secas” y lo que contaría como una regla (“además”) practicada, que según *Raz* sería irrealizable bajo una concepción como la de *Hart*, presupone que uno ya cuenta con la posibilidad de recurrir a la noción de regla como herramienta de análisis, de modo tal que tenga sentido, por ejemplo, plantear la posibilidad de que una regla (vigente) no sea efectivamente seguida. Y si *Hart* tiene razón, tal posibilidad sólo se deja plantear una vez que ya disponemos de una comprensión de lo que significa que en un determinado grupo sea reconocible

una regla que vuelve obligatoria la ejecución o la omisión de una determinada acción.

Así también queda preparado el terreno para evaluar la tercera objeción que *Raz* dirige en contra de la comprensión pragmatista de las reglas sociales que imponen obligaciones atribuible a *Hart*, a saber: su supuesta inidoneidad para dar cuenta de la normatividad de los enunciados relativos a obligaciones.<sup>45</sup> A este respecto, *Raz* se apoya en una interpretación aparentemente no problemática de la observación de *Hart* acerca del aspecto interno de las reglas, con arreglo a la cual la actitud de aceptación crítico-reflexiva de una regla social obligante se manifestaría en el hecho de que “los miembros de la comunidad relevante usan expresiones tales como ‘es una regla que uno debe [...]’ para justificar sus propias acciones, y justificar exigencias y críticas dirigidas a otros”.<sup>46</sup>

Está lejos de ser evidente que, así formulada, la tesis sea efectivamente atribuible a *Hart*,<sup>47</sup> sobre todo porque si la actitud de aceptación crítico-reflexiva de una determinada regla social como estándar de comportamiento correcto se manifiesta en el uso de vocabulario distintivamente normativo, un enunciado normativo estructurado de conformidad con la interpretación de *Raz* – esto es, cuya forma sea “es una regla que uno debe [...]” – resultaría ser redundante, esto es: constitutivo de un pleonismo.

Esto explica que *Raz* concluya sosteniendo que, de acuerdo con la tesis acerca del uso de vocabulario normativo que él atribuye a *Hart*, los enunciados “es una regla que uno debe ejecutar la acción  $\phi$ ” y “uno debe ejecutar la acción  $\phi$ ” resultarían ser semánticamente equivalentes, con la salvedad de que el primero presupondría la existencia de una determinada práctica (de seguimiento de la regla en cuestión). Lo cual demostraría que el hecho de que exista una regla sería irrelevante para la normatividad del respectivo enunciado.<sup>48</sup> Pero la conclusión sólo se sigue si se acepta la interpretación del argumento hartiano que *Raz* da por supuesta. Pues la tesis de *Raz* pierde completamente de vista que, según la propuesta de *Hart*, el uso de vocabulario normativo cuenta como criterio de reconocimiento de una regla que ciertamente no necesita ser objeto de articulación o formulación explícita por parte de quienes la reconocen como vigente a través de la correspondiente adopción de una actitud de aceptación crítico-reflexiva característica del punto de vista del participante.

De este modo, al pretender convertir en un componente del *contenido* proposicional del respectivo enunciado normativo aquello que, en términos del análisis de *Hart*, sólo puede representar un presupuesto implícito del mismo, la objeción de *Raz* no alcanza siquiera a identificar la decisiva innova-

<sup>41</sup> *Raz* (n. 18), pp. 55 s.

<sup>42</sup> *Wittgenstein* (n. 32), § 192; *Stern* (n. 32), pp. 152 ss.

<sup>43</sup> *Raz* (n. 18), p. 56.

<sup>44</sup> *MacCormick* (n. 22), pp. 16 ss., 24 ss.

<sup>45</sup> *Raz* (n. 18), pp. 56 ss.

<sup>46</sup> *Raz* (n. 18), p. 57.

<sup>47</sup> *Hart* ciertamente sostiene que tal actitud de aceptación crítico-reflexiva se manifiesta en el empleo de un vocabulario distintivamente normativo, pero esto no equivale a sostener que los enunciados expresivos de esa actitud hubieran de exhibir la estructura que *Raz* les atribuye. Véase *Hart* (n. 1), pp. 56 s., 85.

<sup>48</sup> *Raz* (n. 18), p. 58.

ción teórica implicada en el análisis del concepto de regla social ofrecido por Hart, a saber: la introducción de un giro pragmático – además de “hermenéutico”<sup>49</sup> – en la reflexión filosófica acerca de la normatividad del derecho.

#### IV. La conexión pragmática entre obligación y sanción

##### 1. La expresividad de las disposiciones sancionatorias

Lo que se impone como siguiente paso es el análisis del concepto más preciso de una regla social que impone obligaciones – esto es, de una regla (social) *obligante* –, que Hart introduce como una especificación del concepto (más general) de regla social.<sup>50</sup>

Según Hart, lo que distingue a una regla social propia-mente obligante – por oposición, verbigracia, a una regla de etiqueta o una regla idiomática – consiste en que “la exigencia general de conformidad es insistente y la presión social ejercida sobre aquellos que se desvían o amenazan con desviarse es considerable”.<sup>51</sup> Hart observa de inmediato que la posibilidad de discernir el carácter moral o jurídico de la obligación impuesta por la regla en cuestión – no existiendo aún un sistema centralizadamente organizado de castigos para el quebrantamiento de las reglas – dependerá de que sea practicable la diferenciación de dos formas que podría asumir la presión social ejercida en respaldo de la exigencia de observancia de la regla.

Así, la presión social podrá estar “limitada a manifestaciones verbales de desaprobación o de apelación al respeto del individuo por la regla violada”, dependiendo fundamentalmente “de la operación de sentimientos de vergüenza, arrepentimiento y culpabilidad”, en cuyo caso tendría sentido atribuir carácter primariamente moral a la obligación respectiva. En cambio, “cuando las sanciones físicas son prominentes o usuales [...], aunque no sean precisamente definidas ni administradas por agentes oficiales, sino que sean dejadas a la comunidad en su conjunto”, tendría sentido caracterizar la obligación impuesta por la regla como una obligación rudimentariamente jurídica.<sup>52</sup> Y el hecho indubitable de que la presión social ejercida en pos de la observancia de una regla obligante pueda llegar a asumir, simultáneamente, una y otra forma, lleva a Hart a conceder que, en un estadio pre-institucional, la distinción misma entre derecho y moral no será fácil de practicar.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> MacCormick (n. 25), pp. 29 s.

<sup>50</sup> MacCormick (n. 25), pp. 55 ss. Esto, porque si bien el hecho de que una persona sea portadora de una obligación implicaría la existencia de una regla (social) que la impone, el hecho de que exista una regla (social) ciertamente no implica que ésta fundamente deberes u obligaciones para aquellos cuyo comportamiento puede ser evaluado bajo esa regla. Así Hart (n. 1), pp. 85 s. Para una crítica del recurso al concepto (estricto) de regla, en este contexto véase MacCormick (n. 25), pp. 67 ss., 100 s.

<sup>51</sup> Hart (n. 1), p. 86.

<sup>52</sup> Hart (n. 1), p. 86.

<sup>53</sup> Hart (n. 1), p. 86. Lo cual tendría que resultar bastante poco sorprendente en la medida en que, en la senda de Hart,

Por el momento, lo crucial es enfatizar el compromiso de Hart con la idea de que, en un estadio pre-institucional, el efecto obligante de una regla social sólo se deja reconocer en atención a determinados patrones de reacción crítica y hostil frente a su quebrantamiento.<sup>54</sup> Y si bien Hart complementa lo anterior enunciando otras dos características que serían distintivas de las reglas sociales obligantes, una y otra se dejan derivar sin más de su caracterización como una regla reforzada a través de mecanismos informales de presión social.<sup>55</sup> Lo anterior significa que, bajo el análisis de Hart, el hecho de que una persona resulte obligada a hacer o dejar de hacer algo por una regla social depende irreductiblemente de la circunstancia de que quienes integran la forma de vida de la cual participa esa misma persona en general exhiban una disposición a reaccionar crítica y hostilmente al eventual quebrantamiento de la regla.

Ello ciertamente puede bastar para disolver la aparente perplejidad asociada a la noción metafórica de una *vinculación* a la regla, como lo sugiere el término “obligación”, o bien de una *deuda* para con aquello que la regla exige, como lo sugiere el término “deber”, de un modo que logre eludir cualquier compromiso con alguna forma latente de psicologismo.<sup>56</sup> Pero la pregunta pasa a ser: ¿puede un enfoque como el de Hart efectivamente diferenciarse del enfoque que intenta redefinir el concepto de obligación (jurídica) en el sentido de la sola predictibilidad de la irrogación de un mal a modo de sanción?

se acepte la tesis de que los conceptos de derecho y moral pueden ser entendidos como designando modos alternativos de validez normativa (o práctica), en conjunción con la tesis de que la tematización de la validez jurídica de un determinado estándar de comportamiento sólo es posible una vez que se dispone de reglas (lógicamente) secundarias que fijan o instituyen condiciones de validez para un determinado conjunto de reglas.

<sup>54</sup> Al respecto MacCormick (n. 25), pp. 134 ss., y Raz (n. 14), pp. 149 ss. En relación con el carácter constitutivo de la adopción de determinadas “actitudes reactivas” para la configuración de formas pre-institucionales de censura y castigo, sigue siendo imprescindible el análisis ofrecido por Strawson, *Libertad y resentimiento*, 1995, pp. 37 ss.

<sup>55</sup> Desde ya, la exigencia de que las reglas así reforzadas sean consideradas importantes, “por el hecho de creerse que son necesarias para la conservación de la vida social o algún aspecto altamente valorado de ella” (Hart [n. 1], p. 87), se deja entender como una implicación del reforzamiento de la regla a través de los correspondientes mecanismos de presión social, precisamente porque lo que el ejercicio de presión social muestra es la significación que los miembros del grupo reconocen a la regla. Y por otra parte, que la respectiva exigencia de comportamiento pueda perfectamente estar en conflicto con aquello que la persona obligada por la regla pueda desear hacer o dejar de hacer es lo que confiere sentido al hecho de que en relación con la observancia de la regla sea reconocible un ejercicio de presión social de cierta intensidad.

<sup>56</sup> Hart (n. 1), pp. 87 s.

En la elaboración de una respuesta afirmativa a esta última pregunta, *Hart* introduce la célebre distinción entre el punto de vista externo (o del observador) y el punto de vista interno (o del participante), para dar cuenta de la manera en que semejante concepción imperativista sería enteramente insensible al “aspecto interno” de las reglas.<sup>57</sup> La relevancia de la distinción está en que, desde el punto de vista interno, “la violación de una regla no es sólo una base para la predicción de que se seguirá una reacción hostil, sino una *razón* para la hostilidad”.<sup>58</sup> Y la mejor interpretación de esta afirmación, como se intentará mostrar a continuación, pasa por atribuir a *Hart* el siguiente compromiso teórico: no obstante la diferencia *lógica* que – en contra del modelo imperativista de *Bentham/Austin* – ha de reconocerse entre los conceptos de obligación y sanción, entre ellos cabe reconocer, al mismo tiempo, una conexión *pragmática*, sin referencia a la cual no resulta posible explicar – sin concesiones metafísicas – la emergencia de una normatividad protojurídica.

La tesis de la diferencia lógica se encuentra expresamente consagrada en el pasaje de *El concepto de derecho* reproducido al comienzo del presente artículo. La consecuencia es clara: el hecho de que exista una regla social que impone obligaciones exhibe prioridad lógica frente al hecho de su reforzamiento a través de una disposición a la imposición de sanciones, en el sentido de que la caracterización de la regla como una cuyo quebrantamiento puede dar lugar a la imposición de sanciones se obtiene por referencia a una propiedad que es extrínseca a la regla en cuestión. De ahí que, en contra de lo sugerido por *Tapper*,<sup>59</sup> así como – matizadamente – por *MacCormick*,<sup>60</sup> sea desde ya imprecisa la caracterización de la concepción de la obligatoriedad de las reglas jurídicas atribuible a *Hart* como una variante de “teoría de la sanción”.<sup>61</sup>

Pero el problema está en que, en un estadio pre-institucional, determinado por la inexistencia de un sistema jurídico institucionalmente diferenciado, el criterio de reconocimiento de la regla *como* una regla obligante sólo podrá encontrarse en el correspondiente ejercicio de presión social, que eventualmente asumirá la forma de una imposición (y ejecución) descentralizada de sanciones. En estos términos, el reforzamiento punitivo informal de determinadas reglas sociales opera como un criterio pre-institucional de reconocimiento (mediato), al modo de un criterio de *significación*: el carácter obligante de la regla es reconocible por la importancia (relativa) de la regla; y la importancia (relativa) de la regla es reconocible, a su vez, por la intensidad de la presión social ejercida para reforzar su observancia o seguimiento.

Ello hace posible evaluar los méritos de la objeción levantada por *MacCormick* en contra del criterio que *Hart* propone para distinguir una regla social obligante frente a reglas sociales de otra clase. Según *MacCormick*, el criterio relativo a la insistencia de la demanda general por uniformidad y la medida de presión social ejercida para ello se encontraría especificado, irónicamente, desde el solo punto de vista externo, en términos tales que la distinción en cuestión no sería explicada como una distinción cualitativa, sino como una de grado.<sup>62</sup> Ciertamente, el criterio alternativo que *MacCormick* propone resulta enteramente viable en un nivel de análisis puramente conceptual: lo distintivo de una regla social obligante sería que su aplicación característicamente podría llevar a un enunciado del tipo “hacer *x* es hacer algo incorrecto”.<sup>63</sup> Pero la pregunta entonces pasa a ser: siendo correcta la descripción de las reglas que imponen obligaciones como reglas que operan como estándares sustantivos de comportamiento mínimamente correcto, ¿cómo es posible reconocer que semejante estándar de comportamiento existe, en la forma de una regla pública o compartida, sino en atención a la manera en que los miembros del respectivo grupo social tienden a reaccionar frente a una desviación del mismo? Y a este respecto, *MacCormick* entiende que el criterio tendría que consistir en un juzgamiento generalizado de esa desviación como inaceptable (o “indeseable en sentido fuerte”),<sup>64</sup> en el sentido de ameritar censura o reproche, concediendo que, en tal medida, su argumento no representa más que una modificación del argumento de *Hart*.

## 2. La base actitudinal de la normatividad

El argumento de *Hart* se deja entender al modo de la postulación de una conexión pragmática entre el carácter obligante de una determinada regla social y su reforzamiento (informalmente) punitivo. Así formulado, el argumento parece constituir una aplicación específica – en tanto circunscrita al reconocimiento de reglas sociales de obligación – del argumento desarrollado por *Brandom* en defensa de una concepción pragmatista de la normatividad, con arreglo a la cual el concepto de actitud normativa exhibe prioridad explicativa frente al concepto de estatus normativo.<sup>65</sup> En vocabulario brandomiano: el estatus normativo – y más precisamente: déontico – de una acción  $\phi$  como prohibida u ordenada es, en último término, dependiente de las actitudes normativas de quienes pueden *juzgar* – ante todo: en tercera persona – la

<sup>57</sup> *MacCormick*, en: Simpson (n. 5), p. 101 (pp. 119 s.).

<sup>58</sup> *Hart* (n. 1), pp. 88 ss.

<sup>59</sup> *Hart* (n. 1), p. 90.

<sup>60</sup> *Tapper* (n. 35), pp. 160 s.

<sup>61</sup> *MacCormick* (n. 25), pp. 134 ss.

<sup>62</sup> A este respecto, el argumento de *Hart* muestra un significativo parecido con el (temprano) argumento elaborado por *Bierling* (n. 7), pp. 40 ss., para refutar, precisamente, la tesis de que el carácter jurídico de una norma sería inexorablemente dependiente de su reforzamiento coercitivo.

<sup>63</sup> Lo distintivo de la aplicación de una “regla instrumental”, en cambio, sería que ella llevaría a un enunciado del tipo “hacer *x* de la manera *m* es hacer *x* incorrectamente”. Así, la distinción se dejaría reformular como la distinción entre reglas bajo las cuales es posible efectuar una crítica sustantiva de una determinada instancia de comportamiento, por un lado, y reglas bajo las cuales es posible efectuar una crítica (solamente) procedimental de una determinada instancia de comportamiento, por otro. Así *MacCormick* (n. 62), pp. 121 s.

<sup>64</sup> *MacCormick* (n. 62), pp. 123 s. n. 27.

<sup>65</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 30 ss.

omisión o la ejecución de la acción  $\phi$  como correcta o incorrecta.

Lo fundamental de esta reformulación del problema se halla en el recurso de *Brandom* al concepto de sanción, en términos de lo que él denomina un “enfoque retributivo”: “Semejante enfoque puede asumir varias formas, dependiendo de cómo sean configuradas las sanciones. En el caso más simple, aplicar una sanción negativa puede ser entendido en términos de castigo corporal; una comunidad pre-lingüística podría expresar su comprensión práctica de una norma de conducta por la vía de batir a palos a cualquiera de sus miembros que sean percibidos como transgrediendo esa norma. En estos términos es posible explicar, por ejemplo, en qué consiste que haya una norma práctica en vigor según la cual, para estar autorizado a entrar en una cabaña particular, uno esté obligado a mostrar una hoja de cierto tipo de árbol. La respuesta comunal de golpear a cualquiera que intente entrar sin tal muestra confiere a las hojas del tipo adecuado la significación normativa, para los miembros de la comunidad, de una licencia. De esta manera, los miembros de la comunidad pueden mostrar, a través de lo que hacen, qué es lo que ellos *toaman* como una conducta apropiada e inapropiada”.<sup>66</sup>

Según *Brandom*, la tesis según la cual todo estatus normativo es, en último término, “actitudinalmente” instituido, admitiría ser rastreada hasta la filosofía de *Pufendorf*,<sup>67</sup> en particular en lo tocante a su comprensión del proceso a través del cual emergerían los *entia moralia*, que no son más que propiedades normativas de objetos y eventos que exhiben una función práctica al guiar la acción de agentes cuya propia praxis las instituye o impone.<sup>68</sup> Hasta aquí, sin embargo, el reconocimiento de normas por referencia a la disposición a sancionar positiva o negativamente a quien las siga o no las siga parece quedar sometido a un patrón atomista: cada norma no podrá más que ser reconocida aisladamente, en atención a las actitudes normativas manifestadas en las correspondientes disposiciones sancionatorias que refuerzan su seguimiento. Esto se explica por el hecho de que hasta aquí las correspondientes sanciones sólo pueden exhibir el estatus de sanciones *externas* en relación con el conjunto (o “sistema”) de normas de cuya identificación se trata. Lo cual contrasta con la posibilidad de que las sanciones que sirven de criterio de reconocimiento de normas puedan llegar a adquirir el estatus de sanciones *internas*.<sup>69</sup>

Una sanción es interna, en este sentido, si aquello que la cualifica como sanción, en tanto reacción (positiva o negativa) a una determinada *performance*, “sólo es susceptible de especificación en términos normativos, esto es, en términos de la corrección o incorrección [...] de ulteriores *performan-*

*ces* de acuerdo con otras normas”.<sup>70</sup> Esto supone una redefinición normativista de la noción misma de sanción, en el sentido de que, por ejemplo, la sanción (negativa) impuesta sobre quien ha ejecutado una acción incorrecta sea especificada como la privación de una determinada autorización, o bien como la imposición de una determinada obligación, de modo tal que el castigo consista en “un cambio de estatus normativo más que de estado natural”.<sup>71</sup> Así, en la medida en que la sanción (negativa) consiguiente a la contravención de una norma consista en una modificación del estatus normativo asociado a la posición relativa del agente (así) sancionado, la norma reforzada a través de la sanción se encontrará internamente conectada con la norma correspondiente al estatus que se ve modificado a modo de sanción.

De esta manera, la identificación de las normas vigentes en una determinada comunidad de agentes pasa a quedar sometida a un patrón holista, o más propiamente: sistémico.<sup>72</sup> Pero aquí hay que notar que el sistema de normas así resultante puede seguir siendo, bajo la representación de *Brandom*, un sistema de normas que permanecen implícitas en las prácticas correspondientes. En contraposición a ello, el análisis de las reglas sociales que ofrece *Hart*, en tanto circunscrito al campo de la teoría del derecho, se distingue por ocuparse de las implicaciones de la emergencia de un sistema jurídico propiamente diferenciado, que haga posible una identificación de reglas de obligación susceptibles de articulación explícita con arreglo a criterios institucionalizados.

## V. La distinción funcional entre reglas primarias y reglas secundarias

### 1. La diferenciación reflexiva del sistema jurídico

La digresión precedente pretende haber ilustrado la conexión pragmática que, en un estadio pre-institucional, caracteriza la relación entre el reconocimiento de una determinada regla social obligante, por un lado, y la disposición a la imposición aún informal y descentralizada de sanciones como manifestación de la presión social por la conformidad con esa regla, por otro. Esa conexión pragmática se distingue por aparecer, en primer lugar, como una relación de *dependencia heurística*: el ejercicio de presión social relativa a la observancia de un determinado estándar de comportamiento opera como criterio de reconocimiento de ese estándar como una regla social obligante. Pero esta relación de dependencia heurística no obsta, según ya se anticipara, a que, desde un punto de vista *lógico*, la relación de dependencia sea justamente la inversa, tal como se sigue de la siguiente observación de *Hart*, reproducida al comienzo: “[...] sin embargo, podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierto comporta-

<sup>66</sup> *Brandom* (n. 23), p. 34.

<sup>67</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 46 ss.

<sup>68</sup> *Brandom* (n. 23), p. 48: “Nuestra actividad instituye normas, impone significaciones normativas sobre un mundo natural que intrínsecamente carece de significación para la guía o la evaluación de la acción”.

<sup>69</sup> *Brandom* (n. 23), pp. 42 ss.

<sup>70</sup> *Brandom* (n. 23), p. 44.

<sup>71</sup> *Brandom* (n. 23), p. 43.

<sup>72</sup> *Brandom* (n. 23), p. 45: “La atribución de cualquier norma cuyo reconocimiento por la comunidad asuma la forma de evaluaciones expresadas en sanciones internas [...] compromete al intérprete a atribuir también aquellas normas de las cuales ello depende”.

miento de la provisión de las penalidades a ser impuestas si la regla es quebrantada, y suponer que la primera existe sin la segunda. En cierto sentido, podemos sustraer la sanción y todavía dejar un estándar de comportamiento inteligible para cuyo mantenimiento [la sanción] fuera diseñada”.<sup>73</sup>

En estos términos, la posibilidad misma de interpretar la respectiva instancia de ejercicio de presión social como constitutiva de una sanción descansa en la hipótesis de que existe una regla social ante cuyo quebrantamiento la irrogación de un determinado mal ha de contar como *reacción*, en circunstancias de que el carácter (débil o fuertemente) punitivo de esta reacción presupone el carácter obligante de la regla social así reforzada. Y esta relación de dependencia lógica del concepto de sanción respecto del concepto de (regla de) obligación se vuelve explícita una vez que el contexto de análisis deja de estar constituido por un escenario pre-institucional, pasando a quedar constituido por la situación propia de un sistema jurídico propiamente diferenciado.

¿Pero qué significa exactamente que en la forma de vida de un grupo social emerja un sistema jurídico propiamente diferenciado? La respuesta que cabría extraer de *El concepto de derecho* es la siguiente: un sistema jurídico propiamente diferenciado se distingue por exhibir una estructura reflexiva, en el sentido de que el mismo no sólo queda integrado por reglas que fundamentan obligaciones para los miembros del respectivo grupo social, sino al mismo tiempo por reglas que institucionalizan criterios de identificación de esas reglas, fijan condiciones para su creación y supresión, e instituyen procedimientos para el establecimiento de su eventual quebrantamiento, así como sanciones a ser impuestas a consecuencia del mismo.<sup>74</sup> Tales reglas “secundarias” pueden ser clasificadas en reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación.<sup>75</sup> Y su estatus como reglas *secundarias* sería la consecuencia del hecho de estar referidas, de una manera específica, a las reglas de obligación que contarían, en relación con aquéllas, como primarias.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Hart (n. 1), pp. 34 s.

<sup>74</sup> Hart (n. 1), pp. 91 ss.

<sup>75</sup> De ahí que, en contra de lo sugerido por Zaibert/Smith, en: Tsohatzidis (ed.), *Institutional Acts and Institutional Facts*, p. 157 (p. 158), así como de paso también por Hart (n. 1), p. 202, de hecho no sea posible “imaginarse tal vez una sociedad entera en la cual sólo existieran reglas primarias”. Pues de existir sólo “reglas primarias”, éstas ya no podrían ser definidas, precisamente, como *primarias*.

<sup>76</sup> La descripción ortodoxa es la que sigue: las reglas de reconocimiento fijan criterios de identificación de las reglas primarias de obligación, haciendo posible la existencia de *certidumbre* a su respecto; las reglas de cambio fijan condiciones para la modificación de las reglas primarias de obligación, confirmando *dinamismo* al proceso de (auto-)modificación del derecho; las reglas de adjudicación, finalmente, fijan condiciones de procedimiento para el establecimiento autoritativo y centralizado del posible quebrantamiento de una o más reglas primarias de obligación, y determinan las consecuencias que han de seguirse del

Pero es claro que semejante descripción de la relación entre reglas primarias y reglas secundarias es tanto incompleta como imprecisa. Su incompletitud se explica por el hecho de que el modelo, así presentado, parece hecho a la medida de la descripción tradicional del derecho público (*lato sensu*), resultando dudosa, en cambio, su idoneidad para dar cuenta de la estructura normativa del derecho privado.<sup>77</sup> De ahí que para completar el cuadro sea en todo caso imprescindible reconocer que no toda regla secundaria, en sentido hartiano, necesita encontrarse referida a una *regla* de obligación, pudiendo tener por objeto, en cambio, la identificación, la modificación, o bien el reforzamiento o la imposición coercitiva de una posición jurídica cuyo fundamento no esté constituido por una regla heterónomamente obligante, sino por un mecanismo de auto-vinculación, como lo es característicamente un contrato.

Una reflexión similar puede ilustrar la imprecisión que aqueja, como segundo vicio, a la presentación hartiana de la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Pues el hecho de que las reglas secundarias puedan normalmente ser caracterizadas como reglas referidas a reglas – o bien: a mecanismos alternativos de generación de obligaciones – no equivale en modo alguno a que puedan ser caracterizadas como reglas necesariamente referidas a reglas primarias.<sup>78</sup> Antes bien: las reglas secundarias pueden estar referidas, en terminología hartiana, tanto a reglas primarias como a reglas secundarias.<sup>79</sup> Esto muestra que la descripción de las reglas

mismo, dotando así de *eficiencia* al ejercicio de presión social referido a su observancia.

<sup>77</sup> Según Tapper (n. 35), p. 267, en los términos de Hart una “regla secundaria de derecho privado” (*private secondary rules*) difícilmente podría ser diferenciada de una regla primaria. Lo cual contrasta, irónicamente, con el hecho de que, en el primer esbozo de su concepción ontológicamente pluralista de la estructura y la función de las reglas jurídicas, Hart introduzca la noción de “reglas que confieren poderes” en referencia a las reglas (constitutivas) características del derecho privado bajo las cuales las personas pueden modificar – paradigmáticamente: por vía contractual – su posición jurídica relativa a otros. Véase Hart (n. 1), pp. 27 ss. Tales reglas “constitutivas” de las condiciones de auto-vinculación contractual ciertamente admiten ser sometidas a especificación ulterior. Así por ejemplo, MacCormick (n. 22), pp. 35 ss., distingue entre “reglas institutivas”, “reglas consecuenciales” y “reglas terminativas”. La tesis de que, en sentido estricto, el derecho privado no conocería normas como fundamentos de obligaciones, a pesar de que sí existirían normas (de derecho público *lato sensu*) que protegerían relaciones de derecho privado, es defendida por Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo 1, 4. ed. 1922, p. 97.

<sup>78</sup> Tapper (n. 35), pp. 252 s.

<sup>79</sup> Lo cual tendría que resultar suficientemente obvio si se repara en que tiene perfecto sentido, por ejemplo, admitir la existencia de reglas de cambio de cuya satisfacción dependa la instauración, modificación o supresión de (esas mismas u otras) reglas de cambio. En este sentido, no hay obstáculo

secundarias como “parasitarias” respecto de las reglas primarias de obligación resulta equívoca, en la medida en que una regla primaria, *en tanto* regla de obligación, pueda ser perfectamente “parasitaria” de una o más reglas primarias,<sup>80</sup> así como también de una o más reglas secundarias.<sup>81</sup>

## 2. La interpretación funcional de la distinción

Lo que explica la incompletitud y la imprecisión de la presentación explícita de la distinción por parte de *Hart* es la hipótesis de que el estatus de una regla como regla secundaria sería dependiente de su posición relativa en el marco del respectivo sistema de reglas, en el sentido de tratarse de una regla que se encontraría “por encima” de las correspondientes reglas primarias. En contra de esta sugerencia, lo que arroja la argumentación precedente es el hallazgo de que el estatus de regla secundaria no depende de una propiedad sistémico-estructural de la regla en cuestión, sino más bien de una propiedad puramente sistémico-funcional: a diferencia de las reglas primarias, que se distinguen por operar como bases jurídicas para obligaciones, las reglas secundarias se distinguen por fijar las condiciones para la auto-constatación, la auto-conservación y la auto-realización del correspondiente sistema jurídico.

La premisa fundamental para esta interpretación funcional de la distinción se encuentra en lo que *Hart* identifica como la “función primaria” del derecho: “designar, mediante reglas, ciertos tipos de comportamiento como estándares que guíen ya sea a todos los miembros de la sociedad o algunas clases especiales [de personas] dentro de ella”.<sup>82</sup> Pero para que la realización de esta función primaria sea predicable de un sistema jurídico propiamente diferenciado, resulta imprescindible la innovación cualitativa que sobreviene a la emer-

---

lógico alguno a la eventual recursividad de una o más reglas secundarias. Fundamental al respecto *Hart*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, pp. 170 ss.

<sup>80</sup> Por ejemplo: la prohibición que quebranta el autor de un delito de receptación es conceptualmente dependiente de aquellas prohibiciones a través de cuyo quebrantamiento el objeto de la receptación puede haber quedado a disposición del “reducidor”.

<sup>81</sup> Por ejemplo: la prohibición que quebranta un juez que comete prevaricación es conceptualmente dependiente de las reglas (secundarias) de adjudicación que constituyen el “derecho aplicable” en el contexto de la correspondiente decisión judicial. Véase *Hart* (n. 1), p. 97. Una interpretación divergente, que se distingue por adoptar un punto de vista estructural, por oposición a funcional, es ofrecida por *MacCormick* (n. 25), pp. 105 s., según quien semejante regla habría de ser entendida como una regla *secundaria* de obligación.

<sup>82</sup> *Hart* (n. 1), pp. 38 s. Ello muestra que no resulta fundada la sugerencia de *Raz* (n. 14), pp. 148 s., en cuanto a que el análisis de *Hart* tendería a pasar por alto la distinción entre reglas de obligación dirigidas (= aplicables) a todos los miembros de un grupo social y reglas de obligación dirigidas (= aplicables) a alguna clase específica de personas dentro de ese grupo.

gencia de reglas (funcionalmente) secundarias: la existencia de una regla obligante ahora puede ser diferenciadamente tematizada como la existencia de una regla *jurídica*, cuyo modo cualificado de existencia se deja identificar, precisamente, como su *validez*.<sup>83</sup> Y lo característico de la validez como modo de existencia cualificado de una regla (o norma) consiste precisamente en su implicación sistémica: una regla jurídica existe, en tanto exhibe validez, en la medida en que *pertenece* a un sistema de reglas.

## VI. Las “normas de sanción” como reglas secundarias de adjudicación

### 1. El espectro de las reglas de adjudicación

La reflexividad característica de un sistema jurídico diferenciado constituye una prestación posibilitada por la operatividad de las reglas secundarias: las reglas de reconocimiento sirven a la auto-constatación del sistema jurídico, por la vía de fijar condiciones institucionalizadas para la identificación de las reglas que lo constituyen; las reglas de cambio sirven a la auto-conservación del sistema jurídico, por la vía de fijar condiciones institucionalizadas para su propia transformación; y las reglas de adjudicación sirven a la auto-realización del sistema jurídico, por la vía de fijar condiciones institucionalizadas para la determinación de la satisfacción de los presupuestos de aplicación de las reglas que lo constituyen.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> *Hart* (n. 1), pp. 109 s. De ahí que el concepto de validez (jurídica) no pueda ser equiparado al concepto de obligatoriedad jurídica, en la medida en que el carácter vinculante u obligante de una regla puede ser, más bien, una consecuencia de su validez. Véase *MacCormick* (n. 22), pp. 160 ss.; también *Delgado*, *DOXA* 7 (1990), 101. Acerca de las implicaciones de la comprensión de la validez como modo de existencia para las posibilidades de una (genuina) lógica deóntica, véase *Ruiter*, *Law & Philosophy* 16 (1997), 479.

<sup>84</sup> En relación con esto último, hay que advertir que la descripción ofrecida por *Hart* aquí también resulta equívoca. Afirma *Hart* (n. 1), pp. 96 s.: “El tercer suplemento al régimen simple de reglas primarias, dirigido a remediar la ineficiencia de su presión social difusa, consiste en reglas secundarias que confieren poderes a individuos a efectuar determinaciones autoritativas acerca de la cuestión de si, en una ocasión particular, ha sido quebrantada una regla primaria”. La equívocidad de la descripción se sigue del hecho de que la aplicación de una regla de adjudicación no necesita estar referida al establecimiento del eventual quebrantamiento de una regla primaria. Pues es obvio que también pueden surgir desacuerdos acerca de la satisfacción de las condiciones de aplicabilidad de una o más reglas secundarias, pudiendo resultar necesario o conveniente hacer posible un pronunciamiento autoritativo al respecto. Y al mismo tiempo, también es claro que la aplicación de reglas secundarias de adjudicación también sirve a la determinación autoritativa acerca del incumplimiento de obligaciones no fundadas en reglas primarias sino en mecanismos de auto-vinculación contractual.

Esto exige volver sobre la noción de “reglas del derecho penal”, a la cual *Hart* recurre en varios pasajes de su crítica del modelo imperativista. Pues si lo distintivo de las “reglas del derecho penal” consiste en una provisión de castigos cuya imposición tiene como presupuesto una “infracción de un deber en la forma de la violación de una regla establecida para guiar la conducta de los ciudadanos en general”,<sup>85</sup> cabe concluir, en atención a la distinción funcional entre reglas primarias y reglas secundarias, que el complejo de reglas identificado a través de la expresión “reglas del derecho penal” representa más bien un entramado de reglas primarias de obligación reforzadas por reglas secundarias de adjudicación.

La fundamentación de esta tesis hace conveniente reproducir el siguiente pasaje *in extenso*: “Apenas necesita ser dicho que en pocos sistemas jurídicos los poderes judiciales quedan circunscritos a determinaciones autoritativas del hecho de la violación de reglas primarias. [...] En cambio, ellos han complementado las reglas primarias de obligación a través de ulteriores reglas secundarias, especificando o (a lo menos) limitando las penalidades por [su] violación, y han conferido a los jueces, una vez que éstos han constatado el hecho de tal violación, el poder exclusivo de dirigir la aplicación de penalidades por parte de otros funcionarios oficiales. Estas reglas secundarias proveen las “sanciones” oficiales centralizadas del sistema”.<sup>86</sup>

Parece claro que, según *Hart*, las reglas que proveen las sanciones centralizadas del correspondiente sistema jurídico, cuyo paradigma está constituido por aquello que cabe denominar “normas de sanción (penal)”, han de ser entendidas como reglas secundarias.<sup>87</sup> Lo interesante, más bien, es reparar en las implicaciones de su categorización específica como reglas de adjudicación. Esto último podría ser puesto en duda si se admitiera la sugerencia, hecha por *Tapper*, de una taxonomía cuádruple de las reglas secundarias, bajo la cual, junto a las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, se incluyeran reglas de *imposición* del derecho como constitutivas de una categoría autónoma.<sup>88</sup> En contra de la lectura propuesta por *Tapper* cabe oponer, desde ya, la objeción obvia de que la categoría de “reglas de imposición” no figura en la enunciación sistemática que *Hart* ofrece de las reglas secundarias. Pero en su contra también cabe esgrimir el hecho de que, en el *Postscript* a la segunda edición de *El concepto de derecho*, *Hart* parezca entender el término

“imposición” (*enforcement*) como sinónimo de “adjudicación” (*adjudication*).<sup>89</sup>

Lo que subyace a ello es una ampliación del alcance atribuido a la noción de poderes judiciales, en el sentido de que éstos no quedan circunscritos al solo pronunciamiento autoritativo concerniente al eventual quebrantamiento de una regla primaria de obligación, sino que también comprenden la potestad de “dirigir la aplicación de penalidades por parte de otros funcionarios oficiales”. Esto quiere decir que *Hart* reconoce una subclase de reglas secundarias de adjudicación, integrada por aquellas reglas con arreglo a las cuales un órgano jurisdiccional queda habilitado para la imposición de sanciones a ser ejecutadas por otros agentes públicos que quedan vinculados por el respectivo pronunciamiento jurisdiccional. Y si bien el correspondiente catálogo de sanciones no necesita estar circunscrito a sanciones penales en sentido estricto, éstas últimas no dejan de constituir el paradigma de lo que cuenta como una sanción jurídica.<sup>90</sup>

## 2. Las reglas de adjudicación como reglas secundarias

Es fundamental advertir cuáles son las implicaciones de la categorización de las reglas de adjudicación de esta subclase, que se distinguen por conferir potestades para la imposición y ejecución de sanciones, como reglas secundarias; en palabras de *Hart*: “a pesar de que pueden estar reforzadas por ulteriores reglas que impongan deberes sobre los jueces, [las reglas de adjudicación] no imponen deberes sino que confieren poderes judiciales, así como un estatus especial a las declaraciones judiciales acerca de la infracción de obligaciones”.<sup>91</sup>

Esta observación constituye un punto de apoyo fundamental para la interpretación funcional de la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, ya propuesta. Pues con arreglo a esa misma interpretación, las reglas secundarias son reglas que se distinguen por no imponer deberes u obligaciones, sino por especificar las condiciones bajo las cuales un sistema jurídico se reconoce, se modifica y se realiza a sí mismo.

Esta conclusión desafía un lugar común del discurso contemporáneo de la teoría de las normas, a saber: la tesis de que las reglas de adjudicación no serían más que reglas de obligación en el nivel del “sistema normativo (secundario) del juez”, por oposición al “sistema normativo (primario) del súbdito”.<sup>92</sup> Frente a ello, la concepción esbozada por *Hart*

<sup>85</sup> *Hart* (n. 1), p. 39.

<sup>86</sup> *Hart* (n. 1), pp. 97 s.

<sup>87</sup> Véase sin embargo *Röhl/Röhl* (n. 5), pp. 223 s., según quienes lo que *Hart* entiende bajo el término “reglas primarias” quedaría integrado tanto por las normas de comportamiento como por las normas de sanción. Esta interpretación parece encontrar su premisa en la idea de que las reglas secundarias se circunscribirían a aquellas “con arreglo a las cuales se determina la validez de las ‘reglas primarias’”. Acertadamente en contra *Renzikowski*, en: *Dölling/Erb* (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, 2002, p. 3 (pp. 11 s.).

<sup>88</sup> *Tapper* (n. 35), p. 268.

<sup>89</sup> Sostiene *Hart* (n. 1), p. 249: “los rasgos distintivos del derecho son la provisión de reglas secundarias para la identificación, el cambio y la imposición [*enforcement*] de sus estándares, así como su pretensión de prioridad sobre otros estándares”.

<sup>90</sup> La demarcación puede resultar sumamente compleja. En este contexto, empero, basta con asumir la plausibilidad de identificar sanciones propiamente punitivas en atención a lo que *Feinberg*, *Doing & Deserving*, 1970, pp. 95 ss., denominara su “función expresiva”.

<sup>91</sup> *Hart* (n. 1), p. 97.

<sup>92</sup> Véase *Alchourrón/Bulygin*, *Normative Systems*, 1971, pp. 146 ss., 151 ss., así como *Röhl/Röhl* (n. 5), p. 223. En detalle al respecto *Dan-Cohen*, *Harmful Thoughts*, *Essays on*

resulta mucho más próxima a la tesis de *Binding*, con arreglo a la cual las normas de sanción (o “leyes penales”) se caracterizarían por no imponer deber alguno, sino por configurar la correspondiente relación jurídico-punitiva entre el Estado y la persona que ha quebrantado la norma primaria de comportamiento (o “norma”).<sup>93</sup> En la terminología actualmente en uso, la norma de sanción sería una regla (“puramente”) constitutiva: la norma de sanción confiere estatus institucional al quebrantamiento de la norma de comportamiento *como* instancia de comportamiento punible, así como a la correspondiente reacción al quebrantamiento de la norma *como* instancia de punición jurídica.<sup>94</sup> Y que las normas de sanción, así entendidas, sean aplicadas por el cuadro de funcionarios al cual compete el ejercicio de las potestades relativas a la administración del respectivo “sistema centralizado de sanciones”, mas sin imponer – por sí mismas – deber alguno sobre esos mismos funcionarios, es exactamente lo que se expresa en su caracterización funcional como reglas secundarias de adjudicación, con arreglo a la concepción de *Hart*.

## VII. Las reglas primarias como razones obligantes

### 1. El desacoplamiento de las reglas de obligación

La cuestión que resta por examinar es la siguiente: ¿cómo han de ser reconstruidas las reglas de obligación en tanto reglas (funcionalmente) primarias que integran un sistema jurídico propiamente diferenciado? Ello requiere ser analizado, puesto que con la diferenciación de un sistema jurídico reflexivo tiene lugar un desacoplamiento funcional de las reglas jurídicas que fundamentan obligaciones, por un lado, y las reglas jurídicas que fijan condiciones para la imposición y ejecución de sanciones para el caso de su quebrantamiento, por otro. De ello se sigue que las reglas primarias de obligación pueden ser diferenciadas de las reglas secundarias de adjudicación que establecen las sanciones a ser impuestas en

caso de que aquéllas resulten quebrantadas. Lo cual parece tener una consecuencia obvia para la determinación de la estructura de las reglas primarias de obligación: el anuncio de determinadas sanciones susceptibles de ser impuestas a consecuencia de su quebrantamiento es externo a la regla en tanto razón obligante.

Esta interpretación está lejos de ser unánimemente compartida en el nivel de la recepción doctrinal de la concepción de *Hart*. Una interpretación divergente emerge, por ejemplo, en la lectura sugerida por *Renzikowski*, que se distingue por asimilar decisivamente la concepción de *Hart* a la de *Bentham*, no obstante la obvia advertencia del rechazo del modelo imperativista del segundo por parte del primero.<sup>95</sup> La premisa fundamental, a este respecto, está constituida por un análisis comparativo de la distinción entre “ley principal” y “ley subsidiaria” por parte de *Bentham*, por un lado, y la distinción entre “norma” y “ley penal” por parte de *Binding*, por otro.<sup>96</sup> Lo que la comparación arroja como resultado es lo siguiente: mientras que *Binding* desacopla estrictamente la norma de comportamiento de la norma de sanción, en el sentido de que la primera sería enteramente autónoma, en tanto primaria, frente a la segunda,<sup>97</sup> *Bentham* entiende que la norma primaria integraría ya, junto a la respectiva exigencia de comportamiento, el anuncio (“predictivo”) de la sanción a ser impuesta en caso de su contravención.<sup>98</sup> Y según *Renzikowski*, la concepción de *Bentham* exhibiría la ventaja de ser “más realista”, al dar cuenta de la divergencia de la normatividad característica del derecho frente a la de la moral: “las normas jurídicas son seguidas en tanto normas jurídicas por miedo ante la pena o alguna otra consecuencia jurídica desagradable”.<sup>99</sup>

A pesar de reconocer explícitamente la crítica hartiana al modelo imperativista, *Renzikowski* cree hallar una coincidencia decisiva entre ambas concepciones, en el sentido de que una y otra lograrían sortear, de igual manera, la objeción relativa al supuesto colapso de la distinción entre derecho y moral que se seguiría del aislamiento de la norma (primaria) de comportamiento respecto de la norma (secundaria) de sanción.<sup>100</sup> El problema radica, sin embargo, en que la tesis

---

Law, Self, and Morality, 2002, pp. 37 ss., quien indaga en la posibilidad de reconstruir la diferencia entre las reglas de uno y otro nivel como una de “separación acústica”, a ser institucionalmente realizada a través de “estrategias de transmisión selectiva”.

<sup>93</sup> *Binding* (n. 77), pp. 19 ss.

<sup>94</sup> *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, 2009, pp. 25 ss. En palabras de *Searle* (n. 11), p. 50: “Todo el punto del derecho penal es que éste es regulativo, no constitutivo. El punto es prohibir, por ejemplo, formas de comportamiento previamente existentes, tal como matar. Pero para hacer efectivas estas regulaciones, tiene que haber sanciones, y ello requiere la atribución de un nuevo estatus a la persona que quebranta el derecho. Así, a la persona que, bajo ciertas condiciones [...], mata a otra persona, y es encontrada culpable de ello, se asigna el estatus de “condenada por asesinato” [...]; y con este nuevo estatus vienen aparejadas las penas correspondientes. Así, el regulativo ‘no debes matar’ genera el correspondiente constitutivo: ‘matar, bajo determinadas circunstancias, cuenta como asesinato, y el asesinato cuenta como un crimen susceptible de ser castigado con pena de muerte o de prisión””.

<sup>95</sup> *Renzikowski* (n. 87), pp. 11 s.

<sup>96</sup> *Renzikowski* (n. 87), pp. 8 s.

<sup>97</sup> *Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, pp. 155 ss.

<sup>98</sup> *Bentham* (n. 7), pp. 133 ss. Tal comprensión de la estructura de las “normas del derecho penal” es validada por *Hoerster*, JZ 1989, 10, en su crítica al modelo monista de *Schmidhäuser*, Form und Gehalt der Strafgesetze, 1988, passim, bajo el cual las tradicionalmente denominadas “normas de comportamiento” carecerían de estatus jurídico.

<sup>99</sup> *Renzikowski* (n. 87), p. 9.

<sup>100</sup> En palabras de *Renzikowski* (n. 87), pp. 12 s.: “Esta objeción no alcanza a Bentham y Hart. De acuerdo con ellos, con la sanción anunciada por vía de amenaza las normas primarias contienen, en conjunto con la regla de comportamiento, un motivo para la conformidad. La sanción no está vinculada aquí con el comportamiento en la forma específica de la conexión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica (si – entonces). Pero la diferencia frente a una pres-

de *Renzikowski* pasa completamente por alto lo que está en juego en la refutación hartiana del modelo imperativista de *Bentham/Austin*. Pues si bien es cierto que *Hart* reconoce la coercitividad como una propiedad distintiva del derecho,<sup>101</sup> el núcleo de su proyecto teórico se deja identificar con la crítica a la reducción de su normatividad a su coercitividad,<sup>102</sup> en circunstancias de que la defensa de semejante reducción es lo que mejor caracteriza al modelo de *Bentham/Austin*. Y esta discrepancia fundamental se manifiesta en la concepción no-reduccionista de la autoridad legislativa (*lato sensu*) articulada por *Hart*, como se intentará mostrar a continuación.

## 2. La estructura pragmático-lingüística de la promulgación de reglas de obligación

Tal como ya se ha establecido, *Hart* sugiere que en un estadio pre-institucional no es posible identificar la forma embrionaria de semejante autoridad más que por referencia a una disposición socialmente generalizada a reaccionar hostilmente frente al quebrantamiento de determinados estándares de comportamiento, cuya fuerza obligante es *reconocible* en esa disposición informalmente represiva, que a su vez es *expresiva* de la adopción de actitudes normativas que imponen el correspondiente estatus normativo sobre la acción en cuestión. Pero con la emergencia de un sistema jurídico propiamente diferenciado, el reconocimiento de la autoridad para la producción de reglas vinculantes deja de ser (al menos: directamente) dependiente de la adopción generalizada de actitudes normativas manifestadas en la disposición a responder con sanciones a su eventual quebrantamiento. Pues lo que distingue a un sistema jurídico propiamente diferenciado es, ante todo, la *institucionalización* de criterios de reconocimiento de reglas primarias de obligación – así como de reglas

cripción moral se obtiene del hecho de que una sanción es anunciada a modo de amenaza, que es impuesta en un procedimiento judicialmente organizado”.

<sup>101</sup> *Hart* (n. 1), pp. 200 ss.

<sup>102</sup> *Hart* (n. 3), pp. 144 s. De ahí que, en contra de lo sugerido por *Dan-Cohen* (n. 92), pp. 95 ss., la concepción de *Hart* no pueda identificarse con una “concepción aditiva”, bajo la cual “[l]a normatividad y la coerción son retratadas como dos estrategias separadas, pero complementarias”, pues ello desconoce manifiestamente el compromiso del modelo de *Hart* con lo que aquí se ha denominado la “conexión pragmática” entre los conceptos de obligación y de sanción (jurídicas). No está de más notar aquí que la “concepción disyuntiva” favorecida por *Dan-Cohen*, según la cual, “[m]ás que ser dispositivos complementarios y de reforzamiento mutuo, la normatividad y la coerción también se hallan en pugna la una con la otra”, se deja explicar por el hecho de que él identifica la coerción con la coacción motivacionalmente eficaz, esto es, con la coacción mediante amenaza. Su constatación de la dificultad de compatibilizar la normatividad y la coercitividad del derecho, en tal medida, deja intacta la plausibilidad de un modelo que articule esa relación a partir de un “enfoque retributivo”, en la medida en que el concepto de coerción implicado por éste se corresponda con la noción de *vis absoluta*. Al respecto *Mañalich*, Terror, pena y amnistía, 2010, pp. 95 ss.

secundarias de diversa índole – que exhiben validez jurídica en tanto *pertenecientes* a un determinado sistema jurídico.<sup>103</sup>

La transformación que trae consigo semejante institucionalización de criterios de reconocimiento, entendidos como criterios de validez, se deja describir con mayor precisión como sigue: el estatus normativo de la acción cuya omisión o ejecución es jurídicamente exigida – esto es: su estatus deóntico como acción prohibida u ordenada, respectivamente – es impuesto sobre ella como resultado de un acto de habla formalizado, consistente en la promulgación (o puesta en vigencia) de una regla de obligación.<sup>104</sup> La ventaja del recurso a la noción de acto de habla, en este contexto, es que así se hace posible reformular con mayor exactitud la diferencia que ha de reconocerse entre la concepción no-reduccionista de la legislación favorecida por un modelo no-imperativista como el de *Hart*, por un lado, y la concepción reduccionista favorecida por un modelo imperativista como el de *Bentham/Austin*, por otro.

En los términos de la teoría de los actos de habla, este último modelo se caracteriza por entender la promulgación de una regla de obligación como la conjunción de la realización de dos clases de actos ilocutivos, a saber: un acto de habla directivo, consistente en la formulación de la respectiva exigencia de comportamiento, y un acto de habla compromisorio, consistente en el anuncio de la irrogación de un mal a modo de amenaza condicional para el caso en que la exigencia de comportamiento se vea contravenida.<sup>105</sup> De ahí que el criterio para la evaluación del éxito de semejante instancia de acto de habla ilocutivamente mixto sea el propio de la acción estratégica: el efecto obligante de la regla así promulgada no sería disociable de su (eventual) efecto perlocutivo, consistente en la efectiva intimidación de los destinatarios de la exigencia de comportamiento respaldada por la amenaza.<sup>106</sup>

A la concepción de la legislación que es propia del modelo hartiano subyace una diferente estructura pragmático-lingüística. Tal como en el caso anterior, aquí la promulgación o puesta en vigencia de una regla de obligación también puede ser entendida como la conjunción de la realización de dos actos ilocutivos de dos tipos. Pero esa conjunción ya no

<sup>103</sup> Sobre la conexión conceptual entre la identidad de un sistema jurídico y los criterios de pertenencia de las reglas que lo integran, véase *Raz* (n. 14), pp. 188 ss.

<sup>104</sup> Que la regla primaria de obligación no se encuentre explícitamente formulada por ley no obsta a que ella pueda ser pragmáticamente inferida a partir de la correspondiente norma de sanción, tal como lo demostrara *Binding* (n. 77), p. 45; véase también *Bierling* (n. 7), pp. 134 s.

<sup>105</sup> La correspondiente taxonomía de los tipos (puros) de actos ilocutivos se encuentra en *Searle*, Expression and Meaning, 1979, pp. 1 ss. Para una crítica de la pretensión de exhaustividad sistemática de la clasificación, véase *Mañalich*, Estudios Públicos 119 (2010), 121 con ulteriores referencias.

<sup>106</sup> Lo cual se ajusta enteramente a la observación de *Renzikowski*, ya comentada: “las normas jurídicas son seguidas en tanto normas jurídicas por miedo ante la pena o alguna otra consecuencia jurídica desagradable”.

admite ser entendida como una simple *adición*, sino más bien como una *derivación* de una fuerza ilocutiva a partir de la otra. Con arreglo a la interpretación aquí defendida, las reglas de obligación se distinguen por la imposición de un determinado estatus deóntico sobre una acción de cierta clase. Tal imposición de un estatus se deja entender como el resultado de un acto de habla *declarativo*,<sup>107</sup> en la medida en que ese estatus cuente como un estatus funcional (o “estatus-función”), esto es, como un estatus cuya imposición sirve a un determinado propósito,<sup>108</sup> que consiste en proveer una razón para la omisión o la ejecución de la acción correspondiente. De ahí que, a través del acto habla declarativo por el cual se impone el correspondiente estatus normativo sobre la acción en cuestión, consistente en su *declaración* como prohibida u ordenada, se obtenga el resultado ilocutivo característico de un acto de habla directivo.<sup>109</sup>

### 3. Las reglas de obligación como razones para la acción

Lo anterior hace posible explicar en qué consiste la producción de reglas con fuerza obligante, sin que sea en absoluto necesario incorporar una referencia al eventual anuncio de la imposición (y ejecución) de sanciones para el caso de su quebrantamiento. De ahí que, conceptualmente, nada se oponga al eventual reconocimiento de una regla de obligación en la forma de una *lex imperfecta*.<sup>110</sup> Pues esto es precisamente lo que se afirma cuando se observa que “podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierto comportamiento de la provisión de las penalidades a ser impuestas si la regla es quebrantada, y suponer que la primera existe sin la segunda”.<sup>111</sup> El paso clave se halla en la consideración de que el estatus normativo de una acción opera proveyendo una razón para la acción. Y el carácter específicamente jurídico de semejante razón para la acción se identifica, según *Hart*, con una doble característica de las reglas jurídicas que fundamentan obligaciones: se trata de razones perentorias o “excluyentes de la deliberación”, por una parte, así como de razones independientes-de-su-contenido, por otra.<sup>112</sup>

En la terminología de *von Wright*, esto quiere decir que *Hart* entiende las razones primarias que imponen obligaciones como desafíos (*challenges*), esto es, como razones externas para la acción, cuya existencia – entendida como *validez* – depende de la satisfacción de criterios objetivos de reconocimiento, con independencia de si ellas son subjetivamente reconocidas como razones por parte de aquellos a quienes se encuentran dirigidas; esto es, de aquellos a quienes esas reglas resultan aplicables.<sup>113</sup> Esta última es la terminología favorecida por *Hart* en contra del usual recurso a la noción de *destinatario*, que tendería a favorecer una problemática asimilación de la situación de la puesta en vigor de un estándar de comportamiento general a la situación de la emisión de una orden particular a una persona determinada.<sup>114</sup> El rendimiento de este aspecto específico del análisis del concepto de regla obligante que ofrece *Hart* se muestra en su potencial contribución a la disolución del tradicional “problema del destinatario” en el contexto de la teoría de las normas. Pues el análisis de *Hart* vuelve clara la diferencia entre la pregunta por la aplicabilidad de una regla (o norma) en la situación en que se encuentra una persona cualquiera, por un lado, y la pregunta acerca de si esa misma persona es individualmente capaz de darle seguimiento, por otro.<sup>115</sup>

### VIII. Epílogo: la teoría de las normas frente a la teoría de la pena

A modo de conclusión, cabe sostener que el desarrollo consistente de la poderosa tesis de “la unión de reglas primarias y secundarias” vuelve inviable el recurso indiferenciado a la etiqueta – incidentalmente empleada por el propio *Hart* – de “las reglas del derecho penal”, como si ella designara una categoría homogénea. Una descripción mínimamente sofisticada de un régimen de derecho penal exige diferenciar, en lo inmediato,<sup>116</sup> dos sistemas de reglas pragmáticamente entrela-

<sup>107</sup> *Searle* (n. 105), pp. 16 ss.

<sup>108</sup> Según *Searle*, *Making the Social World*, 2010, pp. 58 ss., lo distintivo de todo estatus funcional consiste, por un lado, en el hecho de que su imposición y conservación es dependiente de un ejercicio de intencionalidad colectiva, así como, por otro lado, en el hecho de que la entidad en cuestión exhiba el estatus respectivo no exclusivamente por su estructura intrínseca, sino en virtud de la imposición y el reconocimiento colectivo de ese estatus.

<sup>109</sup> *Searle* (n. 105), p. 28.

<sup>110</sup> *Binding* (n. 77), pp. 63 ss.

<sup>111</sup> *Hart* (n. 1), pp. 34 s.

<sup>112</sup> *Hart* (n. 3), pp. 244 ss. Aquí no es posible entrar en el análisis pormenorizado de las similitudes y diferencias entre tal caracterización de las reglas de obligación, por un lado, y su caracterización como “razones excluyentes” (*Raz* [n. 18], pp. 58 ss.) o como “generalizaciones atrincheradas” (*Schauer* [n. 18], pp. 38 ss.), por otro. *Hart* hace explícita, en todo caso, su deuda para con la seminal propuesta de *Raz*.

<sup>113</sup> Vgl. *von Wright*, *Practical Reason*, 1983, pp. 53 s.

<sup>114</sup> *Hart* (n. 1), pp. 21 s. Análogamente *Kelsen*, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, p. 7: “Destinatario de la norma” es sólo la expresión de que el comportamiento establecido en la norma como debido es un comportamiento humano, el comportamiento de un ser humano”.

<sup>115</sup> *Mañalich* (n. 94), pp. 37 ss., 46 ss. Para la tesis de la restricción del “círculo de destinatarios” de una norma a las personas individualmente capaces de darle seguimiento, véase *Binding* (n. 77), pp. 243 s. Para una consistente defensa de la necesidad de reconocer la existencia de un “injusto puramente objetivo” en la recepción de la construcción teórica de *Binding*, véase sin embargo *Nagler*, en: *Beling et al* (eds.), *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911*, 1911, tomo 2, p. 273 (p. 331 ss., 367 s.).

<sup>116</sup> Todavía han de diferenciarse, además, las así llamadas “reglas de imputación”, que fijan las condiciones de las cuales depende la imputabilidad del quebrantamiento de alguna norma primaria de comportamiento (o regla primaria de obligación) a una persona determinada, y que se dejan entender como reglas que fijan condiciones de aplicabilidad de la correspondiente norma de sanción (o regla secundaria

zados.<sup>117</sup> A este respecto, la insistencia de *Hart* en la necesidad de dar cuenta de las reglas primarias de obligación sin reducir su obligatoriedad a la coercitividad de su reforzamiento a través de reglas secundarias de adjudicación instituyentes de un sistema de sanciones centralizado, es la consecuencia de su advertencia de que un modelo que – como el de *Kelsen*<sup>118</sup> o el de *Schmidhäuser*<sup>119</sup> – tendiera a prescindir de las primeras no alcanzaría siquiera a dar cuenta de la distinción conceptual entre penas e impuestos.<sup>120</sup>

Cuestión distinta es si las reglas primarias de obligación han de ser entendidas, en último término, como reglas *del* derecho penal. En este punto, la discrepancia entre la concepción de *Hart* y la concepción de *Binding* difícilmente podría ser mayor. Pues mientras que el primero no duda en atribuir al derecho penal la función primaria de proveer estándares que sirvan de guía de comportamiento, identificando así la función primaria del derecho penal con la función primaria del derecho en su conjunto,<sup>121</sup> el segundo parte de la base del carácter estrictamente secundario del derecho penal, hasta el punto de caracterizar las normas de comportamiento como normas de derecho público general.<sup>122</sup> Notablemente, la premisa sobre la cual *Binding* pretende apoyar esta conclusión está constituida por la necesidad de evitar una caracterización del derecho penal como (directamente) orientado a la prevención,<sup>123</sup> en circunstancias de que la prevención (general) sería, según *Hart*, la finalidad cuya persecución justificaría globalmente – bajo el límite impuesto por una exigencia de “retribución” como criterio de distribución de cada instancia de castigo – la institución de la pena.<sup>124</sup>

Determinar si, y en su caso en qué medida, esta última concepción sustantiva de la justificación del castigo es compatible con el modelo dualista-reflexivo de las “reglas del derecho penal” que se deja extraer de *El concepto de de-*

*recho*, es una tarea que excede el marco de la presente indagación.

---

de adjudicación). Al respecto en detalle *Mañalich* (n. 94), pp. 23 ss., con ulteriores referencias.

<sup>117</sup> De modo congruente con su sugerencia de que “es generalmente suficiente describir el derecho penal sólo en términos de deberes” – esto es, sin referencia a derechos – (*Hart* [n. 3], pp. 185 s.), al dar cuenta de las eximentes usualmente reconocidas como causas de justificación constituidas por reglas permisivas, *Hart* (n. 1), pp. 178 s., se inclina por su comprensión como excepciones frente a la correspondiente “prohibición general”. En cuanto a esto último véase también *Binding* (n. 77), pp. 127 ss.; *el mismo* (n. 97), pp. 173 ss.

<sup>118</sup> *Kelsen* (n. 114), pp. 77 s., 108 ss.

<sup>119</sup> *Schmidhäuser* (n. 98), passim.

<sup>120</sup> *Hart* (n. 1), pp. 35 ss. Para la recepción del modelo kelseniano en pos de la elaboración de una teoría monista de las normas del derecho penal, véase *Hoyer*, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, pp. 43 ss.; para una exposición crítica véase *Renzikowski*, *ARSP* 87 (2001), 110.

<sup>121</sup> *Hart* (n. 1), pp. 38 s.

<sup>122</sup> *Binding* (n. 77), pp. 96 s.; *el mismo* (n. 97), pp. 162 ss.

<sup>123</sup> Al respecto *Mañalich* (n. 102), pp. 103 ss.

<sup>124</sup> *Hart*, *Punishment and Responsibility*, 2. ed. 2008, pp. 1 ss., 230 ss.