

La norma fundante básica de Hans Kelsen y la regla de reconocimiento de Herbert Lionel Adolphus Hart: Un análisis comparativo

The basic norm of Hans Kelsen and the rule of recognition of Herbert Lionel Adolphus Hart: A comparative analysis

Elías Ángeles Hernández^a

Abstract:

The purpose of this work is to present a comparative analysis of two positions within the General theory of law, concerning the legitimacy and validity of contemporary legal systems. On the one hand, we have the basic founding norm of Hans Kelsen. On the other, we have the recognition rule of H. L. A. Hart. In order to achieve our objective, at first, a basic scheme about the content of both theories is exposed within the framework of the main works: The pure theory of law (Kelsen, 1934) and the concept of law (Hart, 1961). Subsequently, the essential content of each standard is analyzed, highlighting its main characteristics. Finally, the comparative study and analysis are carried out, highlighting similarities, differences, as well as possible meeting points when trying to respond, by both theoretical-philosophical positions, to the presented legal phenomenon.

Keywords:

Basic norm, rule of recognition; The pure theory of Law; The concept of Law.

Resumen:

Este trabajo tiene como propósito exponer un análisis comparativo de dos posturas dentro de la Teoría general del derecho, concernientes a la legitimidad y validez de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por un lado, tenemos a la norma fundante básica de Hans Kelsen, por otro, la regla de reconocimiento de H. L. A. Hart. Para el logro de nuestro objetivo, en un primer momento, se expone un esquema básico acerca del contenido de ambas teorías en el marco de las principales obras: la Teoría pura del derecho (Kelsen, 1934) y El concepto de derecho (Hart, 1961). Posteriormente, se analiza el contenido esencial de cada norma destacando sus características principales. Finalmente, se realiza el estudio y análisis comparativo resaltando similitudes, diferencias, así como, posibles puntos de encuentro al tratar de dar respuesta, por parte de ambas posturas teórico-filosóficas, al fenómeno jurídico planteado.

Palabras Clave:

Norma fundante básica, regla de reconocimiento, Teoría pura del derecho, El concepto de derecho

Introducción

A lo largo del tiempo se ha cuestionado, desde la Teoría del derecho, incluso desde la filosofía jurídica, qué elementos o fenómenos determinan la validez de las normas jurídicas en un determinado sistema jurídico. Es decir, qué es aquello que le da origen, fundamentación y legitimidad a todo un conjunto normativo, y de ahí hacer efectivo su cumplimiento y obligatoriedad por parte del

Estado y la sociedad. Ante esto, han surgido diversas posturas que han intentado resolver tal situación. Dos de ellas, por un lado, la norma fundante básica de Hans Kelsen y, por otro, la regla de reconocimiento de Hart, han hecho lo suyo respecto a tal indagación.

Por lo anterior, se planea como pregunta de investigación: ¿cuáles son las diferencias y posibles similitudes entre la norma fundante básica y la regla de reconocimiento, en lo

^a Autor de Correspondencia, Universidad Carlos III de Madrid, España, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2503-6360>

Email: eangeles@inst.uc3m.es

que concierne a la legitimidad y validez de los sistemas jurídicos contemporáneos?

En ese sentido, como respuesta tentativa a nuestro cuestionamiento inicial, como hipótesis de trabajo, tenemos que, a partir de un análisis comparativo, es factible encontrar entre ambas posturas teórico-filosóficas, respecto a la pregunta planteada, no solo diferencias, sino también posibles puntos de encuentro respecto a qué elementos le dan validez un sistema jurídico determinado.

Como estrategia metodológica, se toman como base los métodos analítico-sintético. En primera instancia, se analiza lo relativo a la norma fundante básica del austriaco Hans Kelsen, con la finalidad de tener un primer acercamiento a su propuesta respecto al tema expuesto. Posteriormente, se realiza la misma dinámica en lo que respecta a la regla de reconocimiento del inglés H.L.A. Hart.

Ambas teorías se analizan considerando el marco contextual de las respectivas obras, consideradas como las más importantes y representativas en lo referente a la legitimidad y validez de cualquier sistema de normas en un intento de explicar este fenómeno jurídico de un determinado Estado.

El propósito fundamental de este trabajo de investigación es exponer un breve análisis comparativo de dos posturas dentro de la Teoría general del derecho, concernientes a la legitimidad y validez.

La elaboración de este trabajo obedece a la necesidad de contribuir, desde una postura elemental y didáctica, en el entendimiento y comprensión de ambas posturas teórico-filosóficas. De ahí la exigencia de mostrar, con la mayor sencillez, y sin pretender generar un debate teórico, lo que significan cada una de estas pautas que dan origen y sustento al resto de un sistema normativo determinado.

Respecto a este punto, nos referimos a la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen (en alemán *Reine Rechtslehre*, 1934) y a la obra El concepto de derecho de H. L. A. Hart (en inglés *The concept of law*, 1961). De esta manera, en el primer apartado se hace un bosquejo global de ambas posturas, resaltando sus principales características, fundamentos y postulados.

Cabe señalar que, en la primera parte de este trabajo, no se pretende entrar de manera exhaustiva al estudio de los autores citados, toda vez que un examen minucioso rebasaría el propósito principal de este trabajo. Más bien, se realiza un estudio reducido, pero, a la vez, suficiente; con la intención de contextualizar el análisis y, de esta manera, poder comprender con mayor amplitud ambas normas; en sus similitudes, diferencias y posibles alcances, además de sus posibles puntos de encuentro.

Si bien, Kelsen habla de norma y Hart de regla, en este trabajo las tomaremos como sinónimos para efectos de considerarlas como punto de referencia para la creación y

validación del resto de un ordenamiento jurídico determinado y, de ahí, poder hacer nuestro análisis.

Con base en el método comparativo, posteriormente, se procederá a la realización de un examen detallado, cuyo propósito será extraer los puntos esenciales de ambas propuestas. En ambas secciones, el objetivo primordial es indagar sobre aspectos fundamentales que posibiliten el análisis comparativo, como objeto de estudio.

En la última parte del trabajo, nos enfocamos en los elementos que brindan la esencia acerca de la validez y legitimidad del análisis comparativo. En este sentido, al rescatar las similitudes, diferencias y posibles puntos de encuentro, podremos comprender y diferenciar cada una de las pautas que cada autor expone sobre la validez y legitimidad de las normas en un sistema jurídico determinado.

Cabe dejar asentado que lo que se pretende es aproximar al lector, en especial a los alumnos de la licenciatura en Derecho, a tener un primer acercamiento hacia estas perspectivas, para que les facilite la comprensión y entendimiento de los temas expuestos. Una vez que el lector se familiarice con sus significados, diferencias y similitudes, y en un afán de debatir en los temas, contará con los elementos que le permitan profundizar en ellos.

Finalmente, es importante mencionar que el presente trabajo, con base en sus objetivos y alcances planteados, no pretende ser un producto que aporte algún tipo de originalidad al conocimiento o a la ciencia jurídica, o tal vez exhaustividad o definitividad en cuanto a los temas expuestos. Por el contrario, desde un aporte modesto, se intenta una simple aproximación con un lenguaje llano y simple, acercar al lector interesado en el tema, a los significados que le permitan, no solo comprender los elementos básicos de cada término, sino tener la capacidad de diferenciarlos unos de otros. Esto, como telón de fondo, que fomentará la discusión, el debate y el diálogo teórico, lo cual, sin duda, enriquecerá el conocimiento.

Teoría pura del derecho de Hans Kelsen y el concepto de derecho de H. L. A. Hart

Hans Kelsenⁱ y la Teoría pura del derecho

Hans Kelsen es considerado, dentro de la teoría y filosofía del derecho, como el jurista y filósofo del derecho más influyente del siglo XX. Roscoe Pound consideraba que era el "jurista líder de nuestro tiempo" (Pérez, 2006: 86). Su obra, Teoría pura del derecho (*Reine Rechtslehre*, 1934) es sin duda, la más representativa. Parafraseando a diversos estudiosos y teóricos del derecho, la citada obra constituye una de las más excelsas y coherentes doctrinas jurídicas de todos los tiempos (Pérez, 1997: 85). Esto debido a que Kelsen:

Llevó a la teoría del derecho a su máximo desarrollo. Esta teoría significó la entronización del positivismo o formalismo jurídico, ya que se ocupó más de la forma del derecho que de su contenido, y es una de las teorías más influyentes de nuestros días (Muñoz, 2007: 131).

La obra que nos ocupa, se ha traducido a distintos idiomas, lo que demuestra la trascendencia del autor, como jurista y filósofo del derecho. El objetivo principal de la Teoría pura del derecho, tal y como el mismo autor lo expone al inicio de la obra, consiste, básicamente, en proporcionar a la ciencia jurídica mayor rigor científico, coherencia y autonomía posible. Es decir, lo que Hans Kelsen pretendía, era crear una teoría del derecho libre de postulados sociológicos, históricos, políticos o morales. En otras palabras, dotar de pureza metodológica al estudio del derecho. Tal como lo plantea Muñoz Rocha:

...la teoría pura del derecho no se ocupa de los contenidos, sino de la estructura lógica de las normas jurídicas, examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general. Define la ciencia del derecho como el conocimiento de las normas. (2007:131)

Lo anterior cobra relevancia cuando el propio Hans Kelsen expone:

...liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. [...] cuando la Teoría Pura de Derecho, emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas [lo hace]...porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto. (1982: 15).

En un intento de proporcionar al Derecho de una metodología propia, su objetivo principal era evitar todo juicio de valor ético, así como hacer a un lado toda referencia ajena al derecho. A decir de Márquez González, "Hans Kelsen, enfatiza la pureza del método para la comprensión de la esencia esclarecedora de un sistema de derecho" (1985: 163-182). En síntesis, pretendió "depurar" al derecho de todo aquello que pudiera parecer extraño, así como, dar respuesta acerca de qué es, mas no de cómo debería ser. Hans Kelsen, de acuerdo con Vázquez, define al derecho como "conjunto de normas jurídicas coactivas creadas por el ser humano" (2007: 159), específicamente, por el legislador.

Como se puede apreciar, Kelsen resalta, de cierta forma, el carácter coercitivo que tiene el derecho, lo cual lo distingue de la moral. En cuanto a las normas jurídicas, desde la perspectiva kelseniana, se plantea que el sistema jurídico debe, forzosamente, tener un determinado "orden jerárquico". De hecho, podemos decir que esta proposición es la base de su teoría del derecho. En otras palabras, "el orden jurídico no es un sistema de

normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas" (Kelsen, 1982:323).

Con base en lo anterior, y con el propósito de que dicho sistema normativo tenga un fundamento que dote de validez y legitimidad al resto del cuerpo normativo, Kelsen formula lo que denominaría en lo sucesivo, la "norma fundamental", también conocida como, "norma fundante básica", la cual es de carácter esencialmente hipotético, y de ella se desprenden todas las normas jurídicas que terminan configurando el sistema jurídico de un Estado, otorgándole validez al mismo.

En ese sentido, cabe aludir que, de acuerdo con el filósofo austriaco, en todo sistema jurídico existe una norma cuya característica esencial consiste, fundamentalmente, en no ser una norma puesta, más bien es una norma presupuesta; toda vez que la "norma fundante básica" es concebida como una condición presunta de validez dentro del ordenamiento jurídico.

Parafraseando a García, esta norma hipotética sólo puede ser entendida como una "norma pensada", la cual no es posible hallarla en la naturaleza; esto, en el sentido que se interpreta, como una ficción, como algo hipotético (1978:134-142). Es de esta manera, que Hans Kelsen concibe a la norma jurídica como un juicio lógico-hipotético, haciendo referencia al nexo lógico-jurídico que existe de un supuesto de hecho con una consecuencia jurídica, lo que trae consigo, como resultado, que un determinado acto vaya seguido necesariamente de una sanción o medida coactiva por parte del Estado.

Para Kelsen, por un lado, las leyes de la naturaleza explicaban hechos, en ese sentido, valían sí, eran verdaderas; por otro, las normas jurídicas, significaban la exigencia de comportamientos, los cuales únicamente tienen un valor positivo y son cumplidas, esto es, si son realmente eficaces (Pérez, 2006: 86). De conformidad con este último autor, que a su vez cita a Hernández, en cuanto a la dicotomía entre "el ser" y "el deber ser", "la razón y la voluntad operan separadas, por tanto, la razón humana sólo puede conocer objetos; en cambio, crear normas jurídicas no es función de la razón, sino de la voluntad" (Pérez, 2006:88).

Por lo anterior, la validez, para el autor en comento, es la cualidad fundamental de la norma jurídica; es decir, la norma será válida siempre y cuando haya sido creada de acuerdo con la norma superior (norma fundante básica); ya que requiere necesariamente que otra norma (superior), le confiera validez y sustento legal, a fin de que otorgue, tanto obligatoriedad como coercibilidad. En relación a la eficacia de las normas, es vista como condición de validez, pero no razón de la misma (Kelsen, 1982: 133).

Para Kelsen, "las normas son válidas y pertenecen a un sistema jurídico si su creación está de acuerdo con la norma fundamental del mismo sistema. El concepto de norma fundamental o básica constituye el fundamento de validez de todas las normas que pertenecen a un sistema jurídico" (Vázquez, 2007: 161). Acorde con esto, y para reafirmar lo expuesto acerca a la validez de las normas, Kelsen sostiene que la fundamentación de la validez de las normas positivas que obligan a determinada conducta, se lleva a cabo a través de un procedimiento de tipo silogístico. El procedimiento consiste, elementalmente, en una premisa mayor, la cual vendría a ser una norma válida que obliga a comportarse de una u otra manera; posteriormente, la premisa menor como la afirmación de un hecho. Por último, tenemos la conclusión, que sería la norma válida que confirma que uno debe comportarse de determinada manera.

Parafraseando al propio Kelsen, lo que da validez a la norma establecida como conclusión, no sería el hecho en sí mismo, puesto como premisa menor, sino la norma establecida como válida. En este caso, la premisa mayor. En tal sentido, la premisa menor funciona como la constatación de un hecho, por su parte, la premisa mayor determina la validez de la norma que obliga a obedecerse, que funciona como conclusión (Kelsen, 1982: 201-213). Es así que, para Kelsen, las normas sólo serán válidas si gozan de eficacia, es decir, las normas "valen" si son eficaces.

Por último, en la Teoría pura del derecho, persiste la idea de la unicidad entre Estado y derecho. Por lo tanto, no puede haber más Estado que aquél que se expresa en un sistema de derecho vigente. Al rechazar la idea de la existencia del Estado, como entidad diferente del derecho, afirma que éste no es más que el orden jurídico mismo, de tal manera que todo acto estatal es simultáneamente un verdadero acto jurídico (Pérez, 1997: 85).

Además de lo anterior, establece la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo. El primero, es lo que realmente dice el derecho objetivo que es, en cambio en el subjetivo, es lo que muchas veces creemos que es el derecho. Con lo expuesto hasta aquí, tenemos que la "teoría pura del derecho de Hans Kelsen es una explicación neokantiana sobre que se sigue del hecho de que la gente trate los acontecimientos del derecho de modo normativo" (Bix, 2009: 278). De la misma manera, pareciera haber algunas excepciones a la pureza que intenta llegar Hans Kelsen, es decir, "su teoría no está totalmente desligada de cuestiones empíricas" (Bix, 2009: 278). Ejemplo de ello, radica en que la existencia de un sistema jurídico resida, en parte, en la eficacia del sistema.

Herbert Lionel Adolphus Hart ⁱⁱ y El Concepto de derecho

En lo que respecta a Herbert Lionel Adolphus Hart (en adelante Hart), y en específico, sobre su obra El concepto de derecho (1961), llevaremos a cabo un esbozo, previo al estudio y análisis de la norma de reconocimiento. En principio, cabe mencionar que Hart, utilizó herramientas de la filosofía analítica del lenguaje (Wittgenstein ⁱⁱⁱ) para su aproximación al estudio del derecho. La atención de Hart, parafraseando a Vázquez (2007), se enfoca esencialmente, en la "práctica social", es decir, en la forma en que las personas actúan en situaciones reguladas por el derecho, pero, sobre todo, en el lenguaje que se valen para referirse a ellas. Hart en su multitudada obra, entre otras cuestiones, formula su teoría del derecho, entendido éste a partir del sistema de reglas sociales, tomando como punto de partida el análisis crítico de la obra de la teoría imperativa de John Austin^{iv}, que no sobra decir, era la postura entonces dominante en la filosofía del derecho inglesa. El concepto de derecho, en opinión de Cesar Rodríguez, aborda temas fundamentales, los cuales giran en torno a las relaciones entre derecho y coerción, derecho y moral y derecho y reglas (Rodríguez, 1997:20-24).

En los primeros capítulos de su obra, Hart, de cierta forma, contra argumenta la teoría del mandato de John Austin. Para Hart, el modelo simple del derecho como órdenes coercitivos (modelo de John Austin) del soberano, no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico (Hart, 1961: 99). El fracaso, de acuerdo con Hart, respecto de la teoría de John Austin, radica en que los elementos a partir de los cuales se ha construido su teoría, que incluyen las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen la idea de regla.

Recordemos que John Austin concibe el orden jurídico como el conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas a los cuales denomina mandatos, emitidas por una persona que es habitualmente obedecida por la población y de quien goza de soberanía. Hart también argumenta que su teoría jurídica del mandato, ignora el "aspecto interno" de las reglas y del derecho que radican en "la importancia de que las reglas sean aceptadas como criterios obligatorios, al menos por los oficiales del sistema" (Bix, 2009: 117).

En esencia, para John Austin todas las normas de un sistema jurídico se pueden reducir al concepto de órdenes respaldadas por amenazas. Es precisamente de esta postura que surge la teoría de Hart, al considerar a la teoría de aquél como reduccionista. Una crítica más hacia su teoría, es que las órdenes respaldadas por amenazas sólo obligan a sus destinatarios. Para Hart, John Austin no logra explicar el carácter auto-vinculatorio de las normas jurídicas.

Por otro lado, Hart distingue entre hábitos sociales y normas sociales; expone que, en el momento en que un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, esta situación permite realizar varios tipos de aseveraciones estrechamente relacionadas entre sí.

De esta manera, establece que es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, sin embargo, enuncia el hecho de que otros las aceptan, o bien, como un miembro del grupo que las reconoce y las acepta, y más aún, las usan como guías de comportamiento y conducta. A estos distintos puntos de vista, Hart los denomina puntos de vista interno y externo, respectivamente (Hart, 1969: 127). De esta manera, afirma que en estas últimas existe un deber, y al existir tal situación, imponen una obligación.

Ahora bien, en cuanto a las normas que conllevan en sí mismas una obligación, las divide en normas que pertenecen al código de ética de la sociedad y en normas legales. Tanto unas como otras, al ser incumplidas, implican la existencia de un castigo, solo que de diferente modo. Por consiguiente, Hart distingue dos tipos de normas jurídicas: reglas primarias y reglas secundarias. De tal combinación, de estas dos reglas, de acuerdo con Hart, se puede hallar "la clave de la ciencia de la jurisprudencia, esto es, del derecho" (Gajardo, 2015: 123). Las reglas primarias, por un lado, son aquellas consideradas básicas o elementales, exigen a las personas que hagan o se abstengan de hacer ciertas acciones. En las propias palabras de Hart, "son aquellas en las cuales se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no" (Hart, 1961: 101). Asimismo, implican acciones que refieren movimiento o cambios físicos. En resumen, son aquellas que imponen deberes positivos (acciones) o negativos (omisiones).

Por otro, las reglas secundarias son, en cierto modo, una derivación o consecuencia de las reglas primarias, en cuanto a que prevén que los seres humanos puedan introducir "nuevas normas del primer tipo, derogar o modificar las antiguas o, por otros medios, determinar su incidencia o controlar su funcionamiento" (Pérez, 209: 106). En "El concepto de derecho", Hart expone que las reglas secundarias establecen que los seres humanos pueden, "haciendo o diciendo determinadas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, es decir, prevén la creación o modificación de deberes u obligaciones" (Hart, 1961: 101). Hart afirma que, como resultado de la combinación de ambas reglas, se encuentra la clave de la ciencia de la jurisprudencia, además de demostrar como tal combinación conllevaría a una definición de derecho más acertada.

Para arribar a lo anterior, es decir, para explicar la interrelación entre reglas primarias y secundarias, Hart

desarrolla un modelo basado en una comunidad primitiva, en donde se tiene como único medio de control social a la actitud por parte de la comunidad en su conjunto, hacia las reglas de comportamiento, entendidas estas como reglas primarias de obligación.

Para ejemplificar lo anterior, Hart parte de lo siguiente: para que una comunidad de este tipo pueda vivir únicamente con tales reglas, se deben satisfacer condiciones muy específicas. Uno de esos prerrequisitos consiste en que las reglas deben restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño (Hart, 1961: 114). Una condición más, radica en que, si esa sociedad primitiva pudiera mostrar tensión entre aquellos que las aceptan y aquellos que las rechazan, excepto cuando el miedo hacia la presión social los induce a conformarse con ellas, es incuestionable que el último grupo no podría ser más que una minoría. De esta forma, quienes rechazaren estas reglas encontrarían muy poca presión social que temer.

Ante este panorama, puntualiza la idea de que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, es decir, en un escenario estable, podría obtener un buen resultado, de acuerdo a tal régimen de reglas no oficiales. Como consecuencia de lo anterior, surgen en este tipo de comunidades algunas dudas sobre el alcance preciso de una regla determinada, en el sentido de que no habría un procedimiento para solucionar esas dudas, ni mediante alguna referencia a un texto con autoridad ni con la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Hart denominó a este primer defecto "falta de certeza". Un segundo defecto vendría a ser el "carácter estático de las reglas". Consiste en que el único modo de cambio sería el lento proceso de crecimiento, en el cual las líneas o curso de conducta concebidos una vez entendidos como optativos, se transformarían primero en habituales y luego como obligatorios.

En tal sociedad, no habría manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando normas antiguas e introduciendo nuevas. Como lo menciona Tamayo, "la posibilidad de hacerlos implica, también, la existencia de normas distintas a las reglas primarias de obligación" (2001: 226). Por último, el tercer defecto consiste en la ineficiencia o la ineficacia de "la difusa presión ejercida para hacer cumplir las reglas". En este tipo de sociedades primitivas siempre habrá discusiones sobre si una regla aceptada ha sido o no violada. Salvo en las sociedades más reducidas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial que se encargue de determinar, de manera definitiva y con autoridad, el hecho de la violación (Hart, 1961: 114).

En vista de lo anterior, Hart desarrollo "remedios" para cada uno de los "defectos" de esa estructura social simple, los cuales residen en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias. Para Hart, con la introducción de tales remedios, se da lo que él denominó: "el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico" (Tamayo, 2001: 226).

Como primer remedio a la falta de certeza respecto al régimen de reglas primarias que existen en una sociedad, en cuanto al alcance de una norma, es la introducción de la "regla de reconocimiento", la cual especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida, es considerada como una indicación afirmativa de que se trata de una regla del grupo (Hart, 1961: 117). Es decir, esta regla, a su vez, detallará los criterios que debe poseer toda regla para poder ser estimada como una regla perteneciente a un determinado sistema y gozar de validez. La existencia de tal regla, expone el autor, puede asumir una enorme variedad de formas, tanto simples como complejas. Gracias a la introducción de la regla de reconocimiento, las demás reglas dentro del propio sistema dejarían de constituir un conjunto discreto y disperso, por lo tanto, se encontrarían unificadas dentro de un sistema jurídico.

El segundo remedio, que se refiere a la cualidad estática del régimen de reglas, consiste en la introducción de lo que autor designa como, "reglas de cambio". La forma más simple de esta regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias que regulen la conducta del grupo y, por lo tanto, dejar sin efecto las anteriores –esto es, derogarlas del sistema jurídico-. En otras palabras, estas reglas secundarias otorgarían potestades o facultades a particulares y legisladores para crear reglas primarias (Hart, 1961: 120).

Por último, el tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado –en palabras de Hart- para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquel ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad si en una ocasión particular se ha transgredido una norma primaria (Hart, 1961:120). A estas reglas Hart las nombra, "reglas de adjudicación".

En ese sentido, y después de este estudio, a manera de esbozo de El concepto de derecho, es posible determinar, desde este momento, la importancia de la regla de reconocimiento, pues juega un papel muy importante en la teoría jurídica de Hart, en lo referente a la legitimidad y validez de un sistema jurídico determinado. Se trata, por lo tanto, de la "regla última" en la cual termina la cadena de validez del sistema. Esta regla, como base de nuestro estudio con la norma fundante básica de Kelsen, será analizada con más precisión en los siguientes apartados.

Norma fundante básica de Hans Kelsen

Después de haber realizado un recorrido muy breve, pero necesario, a través de la Teoría pura del derecho de Kelsen, corresponde ahora entrar de lleno al estudio de la norma fundante básica del citado autor, para así centrar nuestro análisis comparativo entre ésta y la regla de reconocimiento de Hart.

Para comenzar con el estudio de la norma fundante básica, es necesario tener en consideración que, en relación al derecho, Hans Kelsen entiende exclusivamente al derecho positivo, es decir, aquel conjunto de normas creadas por el legislador tomando en cuenta siempre una norma superior que le otorga autenticidad. Por lo tanto, constituye un sistema coactivo de normas escalonadas de manera jerárquica, de tal modo que cada norma fundará su validez en una norma inmediata superior o anterior, y así sucesivamente hasta llegar a una ley suprema o norma fundamental, la cual representa la cúspide o el vértice de la pirámide normativa, sirviendo de base hipotética para configurar, parafraseando a Pérez (1997: 85), la validez jurídica del sistema normativo.

En la multicitada obra, Kelsen se cuestiona, entre otras cosas, qué hace que una norma sea válida, y cuál es el fundamento que le otorga esa validez. En ese sentido y como respuesta a sus cuestionamientos, expone que la validez de una norma sólo puede encontrarse cuando deriva o surge de otra norma igualmente válida cuyo carácter es superior, en palabras del propio autor:

El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra que es caracterizada, metafóricamente como una norma superior en relación con una inferior (Kelsen, 1982: 201-213).

Para Kelsen, la norma que representa el fundamento de validez de otra, es necesariamente una norma que está por encima de las demás, sin embargo, la búsqueda del fundamento de validez de una norma no podría proseguir hasta el infinito. Por lo tanto, de manera necesaria, debe concluir en una norma que la supone como última, como suprema o superior a todas las demás del sistema jurídico. Es decir, en la búsqueda de la norma que fundamenta la validez de las demás, llega un momento en que aquélla no puede ser el resultado de un hecho impuesto por la voluntad de una persona. En ese sentido, en cuanto a la norma fundante básica, Gutiérrez expone:

La fundamentación de la validez de una norma positiva que obliga a obedecer determinada conducta, se efectúa a través de un procedimiento silogístico. En el cual existe, por un lado, una premisa mayor, una norma válida que debe comportarse de conformidad con lo estipulado por una persona determinada; por otro lado, tenemos la premisa menor, que afirma un hecho, que consiste en que una persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera. Por

último, la conclusión sería la norma válida que indica que uno debe comportarse de conformidad a lo estipulado por aquella persona (2016: 75-86).

Como consecuencia de lo anterior, esta norma suprema tiene que ser presupuesta, en el sentido de que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior (Kelsen, 1982: 201). De conformidad con Kelsen, lo que da validez a la norma establecida como conclusión^v no es el hecho afirmado como premisa menor, sino la norma establecida como válida, que funciona como premisa mayor. La premisa menor funciona como constatación de un hecho, en tanto, la premisa mayor determina la validez de la norma que obliga obedecerse, la cual funciona como conclusión.

La norma establecida en la premisa mayor es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión (Kelsen, 1982: 202). Como se puede constatar, su validez no puede derivarse de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, es lo que designa como norma fundante básica (Kelsen, 1982: 202). Dicho de otra manera, no se puede cuestionar la validez de la norma fundante básica, toda vez que esta no es una norma impuesta, sino presupuesta, esto es hipotética.

Respecto de la afirmación anterior, cabe hacer mención que no en pocas ocasiones se confunde la Constitución^{vi} de un Estado con la norma fundante básica que plantea Hans Kelsen. No obstante, es preciso dejar en claro que "la primera, es impuesta por el autor de la Constitución – Poder constituyente-, mientras que la segunda, es el fundamento de la norma constitucional" (Gutiérrez, 2016: 88), es decir, es presupuesta. De esta manera, mientras la primera –la norma constitucional- es puesta, la segunda –la norma fundante básica- es presupuesta o, en otras palabras, hipotética. La norma fundante básica, por lo tanto, es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un sistema jurídico.

Por lo anterior, el que una norma pertenezca a un orden determinado, se entiende, entonces, que su último fundamento de validez lo constituirá la norma fundante básica de ese sistema normativo. Esta norma, por lo tanto, es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de validez de todas las demás que pertenecen a ese orden. Si se llegara a preguntar por el fundamento de validez de una norma jurídica que pertenezca a un determinado sistema jurídico, la respuesta sólo podría consistir en remitirse a la norma fundante básica. Es decir, se refiere a la afirmación de que esa norma fue producida conforme aquélla.

Para Vázquez "el concepto de norma fundamental o básica constituye por lo tanto el fundamento de validez de

todas las normas que pertenecen a un sistema jurídico" (Vázquez, 2007:159).

La norma fundante básica, parafraseando a García Máynez, es concebida como condición hipotética de validez del ordenamiento jurídico: solo puede ser una norma pensada, no sería posible hallarla en la naturaleza; se interpreta en definitiva como una ficción (1978: 134 - 142). En ese orden de ideas, la norma fundante básica no es una norma positiva, es decir, no es creada, ni impuesta, más bien es presupuesta, no así las demás normas del sistema, que tiene que fundar su validez en la norma inmediata anterior y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundante básica. Acerca de la validez de la norma fundante básica, el propio Hans Kelsen nos dice lo siguiente:

La norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda de una causa por el efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez (Kelsen, 1982: 201-213).

Para concluir con este punto, podemos afirmar que la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, es el punto de partida de un proceso: el de producción del derecho positivo. En síntesis, podemos resumir lo referente a la norma fundante básica como el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un determinado orden jurídico, el cual constituye, a su vez, la base de la unidad dentro de la multiplicidad de normas de ese sistema.

Regla de reconocimiento de H. L. A. Hart

En lo que respecta a la teoría de Hart, en cuanto a la validez de las normas jurídicas de un sistema de tal naturaleza, encontramos específicamente en El concepto de derecho, entre otras cosas, lo relativo a las reglas primarias y secundarias, además cómo entiende el derecho, el cual lo concibe como la unión de ambas reglas. Por ello, en este apartado analizaremos lo relativo a la regla de reconocimiento como fundamento de las demás normas jurídicas, para, posteriormente, retomarla y hacer un análisis comparativo con la norma fundante básica de Hans Kelsen.

Para empezar, tenemos que la regla de reconocimiento, como parte de las reglas secundarias, y "a diferencia de las 'reglas primarias', que aplican directamente a los sujetos, las 'reglas secundarias' son aquellas concernientes a la identificación, interpretación y

modificación de las 'reglas primarias' " (Bix, 2009: 235-236). Esto significa que, para Hart,

las reglas primarias son aquellas que imponen deberes positivos (acciones) o negativos (omisiones) a los individuos. Las reglas secundarias otorgan, a su vez, potestades a los particulares o a las autoridades públicas para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos las reglas de tipo primario (Vázquez, 2007: 164).

Las reglas secundarias al mismo tiempo, se componen de las "reglas de cambio", "reglas de adjudicación" y, por último, la "regla de reconocimiento". Es precisamente de esta última –la regla de reconocimiento– en la que se basa nuestro análisis.

Esta regla es, también, uno de los "remedios" ante los defectos de las reglas primarias. La regla de reconocimiento surge como solución ante la falta de certeza del régimen de las reglas primarias, es decir, en palabras del propio Hart es,

[la regla de reconocimiento] ...la que especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo" (Hart, 1961: 117).

Hart expone que la regla de reconocimiento puede, por un lado, asumir varias formas, es decir, tanto simples como complejas. Se asumen de la primera manera, por ejemplo, como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, en ese sentido, tal regla puede consistir, básicamente, en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de reglas, dotados de autoridad. Lo realmente importante, en cuanto a la regla de reconociendo dada como escritura o inscripción, es que está revestida de autoridad, esto es, como la forma propia de resolver dudas acerca de la existencia de la regla.

Por lo tanto, donde hay ese reconocimiento existe una forma muy simple de regla secundaria: "una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación" (Hart, 1961: 117-118). Por otro lado, en un sistema jurídico con un grado de desarrollo mayor, las reglas de reconocimiento tienden generalmente a ser más complejas. De este modo, en lugar de identificarlas exclusivamente por la referencia hacia un texto o lista, como en la comunidad más primitiva, en esta sociedad generalmente lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por reglas primarias.

Es posible afirmar, parafraseando al propio Hart, que la complejidad propicia que las reglas de reconocimiento parezcan muy diferentes a la simple aceptación de un texto revestido de autoridad (Hart, 1961: 117-118).

Según Hart, en un sistema jurídico moderno existe una variedad de fuentes de derecho y la regla de

reconocimiento será, por tanto, más compleja (Hart, 1961: 126). En este sentido, en una sociedad de este tipo, los criterios para identificar el derecho son múltiples y pueden incluir una constitución escrita, la sanción de una legislatura, así como precedentes judiciales. En muchos casos, la regla de reconocimiento no es expresada, sino que muchas veces su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya sea por tribunales u otros funcionarios, o por los súbditos o sus consejeros (Hart, 1961:128).

Derivado de lo anterior, Hart nos da lo que denomina punto de vista interno y externo. El punto de vista interno tiene sentido cuando la regla de reconocimiento es usada con naturalidad por aquellos quienes, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplican al reconocer como válida alguna regla particular del sistema.

Por su parte, el punto de vista externo, es expresado en el sentido que es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan (Hart, 1961: 127-128).

En lo referente a la validez y en relación con la regla de reconocimiento, el decir que una determinada regla es válida implica la declaración en el sentido que satisface requisitos establecidos por aquélla y que, por lo tanto, es una regla perteneciente al sistema. Por ello, si una regla particular es válida, significa que satisface los criterios establecidos por la regla de reconocimiento (Hart, 1961: 129). Dicho de otra manera, esta regla determina los razonamientos por medio de los cuales se puede determinar qué reglas son parte del sistema jurídico y cuáles no. En palabras de Brian H. Bix, es "el paso final en la cadena normativa del razonamiento del por qué uno debe (jurídicamente) hacer lo que una regla jurídica particular establece" (Bix, 2009: 236).

Es así que, tenemos que la regla de reconocimiento funciona como parámetro independiente de la moral, lo que permitirá identificar el derecho vigente en una sociedad determinada (Vázquez, 2007: 165). En este sentido, Hart expone que esta regla suministra criterios para poder determinar la validez de otras dentro de un sistema, es decir, como la regla última (Hart, 1961: 132). Por último, cuando existen varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacías relativas, uno de ellos es supremo, esto es, la regla de reconocimiento no sólo es la regla última, sino es, a la vez, la norma suprema de todo el sistema jurídico la cual dota de validez al resto de normas jurídicas.

Análisis comparativo

Corresponde a este apartado desarrollar el objetivo fundamental de este trabajo: que es realizar un análisis comparativo entre la regla fundante básica y la regla de

reconocimiento, respecto a la legitimidad y validez de los sistemas jurídicos contemporáneos. Con referencias a la primera, y como hemos visto a lo largo de este trabajo, se la considera como la ley suprema o norma fundamental, la cual representa la cúspide o cima de la pirámide normativa, valiéndose de una base hipotética para configurar la validez jurídica del sistema normativo. Para Hans Kelsen, "el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma". Incluso, a decir del autor, "la norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior" (Kelsen, 1982: 201). En ese sentido, la norma fundante básica establece las reglas conforme a las cuales se han de producir las normas que pertenecen a ese sistema.

El fundamento de validez de una norma no implica o no significa que haya sido formulada expresamente por alguna autoridad, ya sea un ente humano o sobrenatural, pero sí que sea presupuesta, lo que quiere decir que es una norma que debe obedecerse.

En cuanto a la segunda, para Hart la regla de reconocimiento, es aquella que contiene criterios por medio de los cuales se puede determinar cuáles reglas son parte del sistema jurídico y cuáles no. Para un mejor entendimiento de este análisis comparativo, las similitudes entre la norma fundante básica y la regla de reconocimiento, se pueden reducir a tres puntos en específico, los cuales son retomados y comentados enseguida. Los puntos a los que hacemos referencia son los siguientes:

- a) Tanto la norma fundante básica (Kelsen) como la norma de reconocimiento (Hart) sirven de base como pautas fundacionales o supremas, las cuales dan origen, sustento y validez a las demás normas dentro de un sistema jurídico determinado. Es decir, "ambas tienen la función de otorgar validez a la (primera) constitución [...], es decir, las normas que regulan la creación de otras normas, otorgando competencias, reglando procedimientos, etc." (Guastini, 2005: 203).

De este punto, podemos destacar, de conformidad con lo analizado, que ambos autores coinciden, en la necesidad de la existencia de una norma de carácter superior, que dé sustento y sirva como base del resto del sistema jurídico. Asimismo, y como resultado de lo anterior, consideran necesaria y como requisito para que prevalezca un orden, la existencia de un sistema jerárquico, que dote de legitimidad y establezca límites, alcances y determine la creación de normas acordes a la norma suprema, o bien, la derogación de normas existentes.

- b) Derivado de lo anterior, y como un aspecto divergente entre los postulados de los autores analizados, podemos deducir que, aun cuando ambas pautas operan como normas fundacionales del resto del sistema jurídico, basado en un orden jerárquico, su origen es distinto. Por un lado, la norma fundante básica de Kelsen, es una norma que se caracteriza como presupuesta, no positiva, hipotética, incluso pensada. Por otro, la regla de reconocimiento de Hart, tiene su origen en la simple voluntad mayoritaria respecto a su aceptación.
- c) Por último, tanto la norma fundante básica como la regla de reconocimiento constituyen en sí mismas, pautas que dada su naturaleza de supremas o superiores no son cuestionables por la sociedad, sólo son aceptadas como fundamento y razón del resto del orden jurídico. Por ello, no se controvierte su validez. Sea como una norma que, aun cuando no existe materialmente, se acepta su existencia basadas en la idea de que es imprescindible una norma que sirva de origen y fundamento al resto, o bien, que su validez derive de la aceptación generalizada por la sociedad, "ambas son normas no promulgadas por ninguna autoridad jurídica. Ambas son normas ni válidas ni invalidas. [Cabe señalar que, tanto la norma fundante básica, como la regla de reconocimiento] son normas no constitucionales, sino meta-constitucionales; que van más allá de la constitución general de un Estado (Guastini, 2005: 203).

Partiendo de lo anterior, y retomando el primer punto, cabe señalar una característica y diferencia al mismo tiempo entre ambas teorías. Por un lado, la norma fundante básica es una norma no positiva, es decir, es una norma no puesta, sino presupuesta, no es creada por alguna persona o un grupo de personas y que podamos encontrar en un documento específico. Dicho de otra manera, tal norma resulta un elemento no discutible en sí misma, no se puede llevar a cabo su validación, se presume como la norma última, como suprema, o igualmente, la norma fundacional del sistema jurídico. Es la norma que da validez al sistema jurídico, por ello, no es posible cuestionar su validez, es válida por su propia naturaleza.

Por otro lado, la regla de reconocimiento sí es una norma positiva en el sentido que implica la enunciación de un hecho social efectivo, que consiste en la aceptación práctica, así como de criterios subordinados como parámetros de identificación de normas de dicho sistema.

Esta regla contiene los "razonamientos con los cuales puede determinarse cuáles reglas son parte del sistema jurídico y cuáles no" (Bix, 2009: 236). Por lo tanto, decir

que una regla es válida, significa que satisface los requisitos de la regla de reconocimiento y por ese simple hecho, es una regla que válidamente pertenece al sistema. Es decir, "es el paso final en la cadena normativa de razonamiento del porqué uno debe (jurídicamente) hacer lo que una regla jurídica particular establece" (Bix, 2009:236). Respecto a este punto, cabe retomar lo que afirma Riccardo Guastini:

Para Kelsen, la norma fundamental (NF) es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica. Para Hart, la regla de reconocimiento (RR) sí es una norma positiva^{vii}, pero no una norma promulgada^{viii}, sino una regla social convencional tácitamente aceptada por los jueces (Guastini, 2005:203).

Otra característica similar, entre ambas posturas, tal vez la más importante, radica en el sentido que tanto la norma fundante básica como la regla de reconocimiento juegan el mismo papel, en tanto que ambas son consideradas como normas supremas, como determinantes de la validez de todo el sistema jurídico de una sociedad. Es decir, ambas son la última regla, la que está por encima de las demás que conforman un sistema jurídico de un Estado, con la salvedad que la primera es presupuesta, o sea, no es puesta por alguna autoridad determinada, y la segunda, a diferencia como se mencionó, es una norma positiva que tiene que ver con la simple aceptación social.

Para completar la idea anterior, no está por demás hacer mención de lo que Brian H. Bix, nos dice al respecto:

Se considera que la norma fundante de Kelsen (bajo un análisis neokantiano) es presupuesta por los ciudadanos cuando ello considera al derecho como normativo (como creador de obligaciones vinculantes); por el contrario, la regla de reconocimiento hartiana deriva de las acciones de los funcionarios en la interpretación y aplicación de las leyes en el sistema" (2009: 236).

La regla de reconocimiento, resulta ser, como lo menciona el propio Hart, una práctica compleja y, a la vez, efectiva que tiene lugar en el seno de una comunidad por el simple hecho de que la mayoría de individuos comparten, aceptan o consideran obligatoria una determinada práctica. Hart menciona, por lo tanto, "que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho" (Hart, 1961: 137). Es decir, la afirmación de que una regla de reconocimiento existe, puede ser un enunciado de hecho externo, en el sentido de que tal regla sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante de tribunales, funcionarios y particulares al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios.

La norma fundante básica, en cambio, no se da mediante "la verificación de un hecho empírico, ya que el

fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho" (Kelsen, 1982: 201). Esto es, la norma fundante básica, a diferencia de la regla de reconocimiento, no se da mediante la comprobación de tal norma en los hechos, más bien se da por la presuposición de obediencia a tal norma. Por lo tanto, la existencia de la regla de reconocimiento radica en la "aceptación efectiva", mientras que la norma fundante básica existe en función de la presuposición de obediencia a dicha norma entendida como superior a todas las demás. En ese sentido, una regla de este tipo llegará a ser de reconocimiento cuando la misma sea aceptada por determinadas autoridades. Su existencia, por lo tanto, descansará en el hecho de que sea aceptada por jueces y demás autoridades como una regla de identificación.

En la mayoría de los casos, de acuerdo con Gutiérrez, "la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios" (2016: 86). No así, para la norma fundante básica, que, como hemos visto, su existencia se basa en la preposición de obediencia más que a los hechos empíricos. Respeto de la validez o invalidez de ambas normas, tanto la fundante básica como la regla de reconocimiento, no pueden ser cuestionadas, puesto que al ser estas consideradas como normas supremas o últimas, no pueden ser debatidas por el simple hecho de que no se encuentran subordinadas a una norma superior a ellas. Es por la razón anterior que no puede ser controvertida la validez de ambas normas. Además, si las dos establecen criterios de validez del resto de las normas, no podría ser cuestionada la validez de una norma que sirve como determinadora de validez de las demás.

Para Hart, la regla de reconocimiento, y en lo que se refiere a su fundamento, como se puede deducir de lo analizado hasta aquí, resulta de la simple aceptación de la mayoría del grupo social. Para Hart consiste en un hecho simple y básico que se reduce a la afirmación de que tal regla de reconocimiento existe porque se la acepta. Es por ello que afirma que tal existencia es una cuestión de hecho.

Finalmente, para Kelsen el origen de la norma fundante básica deriva de un análisis conceptual y meramente abstracto, mientras que la regla de reconocimiento de Hart tiene una interpretación rigurosamente fáctica, y se centra en la mera práctica de la aceptación a dicha norma, aceptación que es continua y constante.

Reflexiones finales

El presente trabajo nos permitió visualizar, después de analizar de manera sistemática que, entre la norma fundante básica y la regla de reconocimiento existen

tanto similitudes como diferencias. Respecto de las primeras, tenemos que ambas son consideradas como normas supremas, como reglas últimas que se encuentran dentro de un sistema jurídico, característica que las sitúa en la cúspide de tal sistema. Derivado de ello, ambas normas, al ser las consideradas como superiores, no pueden ser ni deben ser validadas, puesto que al ser las últimas, no podrían ser cuestionadas por otra que esté más arriba, puesto que ellas son en sí, las normas jurídicamente superiores.

Al ser supremas y, por lo tanto, no existir una norma o normas por encima de ellas, se las considera (a ambas) como normas fundacionales, en el sentido de que las demás normas para ser consideradas como válidas, tienen que estar necesariamente acordes con la norma fundante básica o la regla de reconocimiento, según sea el caso. En este sentido, ambas normas son incuestionables respecto de su validez.

Con relación a las diferencias que pudieran existir entre ambas normas, tenemos la que se refiere, por un lado, a la norma fundante básica es una norma presupuesta. Es decir, no es una norma positiva, no es puesta por alguien, más bien, radica en el sentido de obediencia a la misma norma. Por su parte, podría decirse que, la regla de reconocimiento, sí es una norma positiva. Su origen radica en la aceptación generalizada de tal regla.

Por último, para la norma fundante básica no son esenciales los hechos, la validez de tal norma no podría darse en función de hechos empíricos, se da, como mencionamos, en la presuposición de obediencia a la norma. La regla de reconocimiento, en cambio sí toma en consideración hechos, en el sentido que tal fundamento de validez radica precisamente en la aceptación generalizada de la regla de reconocimiento.

Referencias

- Bix, Brian H. (2009) *Diccionario de teoría jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cámara de Diputados (2021) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: H. Congreso de la Unión.
- Fariñas Dulce, María José (1991) *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas.
- Gajardo Harboe, María Cristina (2022) El concepto de derecho de H.L.A. Hart y la indemnización del daño moral en Chile. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Vol. 6, No. 12, 2015, pp.102-113. Disponible en:

- <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/38450> [12 de julio de 2022].
- García Amado, J.A. (1996). *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid: Marcial Pons.
- García Máynez, Eduardo (1978). *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México: Editorial Porrúa.
- Guastini, Riccardo (2005). Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento. *Analisi e Diritto*. pp. 203-207. Disponible en: <https://www.studocu.com/latam/document/universidad-nacional-autonoma-de-honduras/filosofia-derecho/bobbio-sobre-la-norma-repaso/40880674> [23 julio de 2022].
- Gutiérrez Casas, Carlos (2016). Principios y positivismo jurídico ¿Cuál es su relación? *Heurística Jurídica*, No. 2, pp. 75-86. Disponible en: <https://revistas.uacj.mx/ojs/index.php/heuristica/article/view/1185/1019> [21 de diciembre de 2022].
- Hans, Kelsen (1982). *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hans, Kelsen (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hart, H.L.A. (1990). *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, [2ª edición, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot] pp. 259-261. Disponible en: https://lecturasddhh.files.wordpress.com/2016/09/hart_uno.pdf
- Márquez González, José Antonio (1985). Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica. *Persona y Derecho*, No. 12, pp. 163-188. Disponible en: <https://revistas.uacj.mx/ojs/index.php/heuristica/article/view/1185/1019> [18 de marzo de 2022].
- Muñoz Rocha, Carlos I. (2007). *Teoría del derecho*. México: Oxford.
- Páramo Argüelles, Juan Ramón (1984). *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (1997). *Teoría del derecho*. España: Tecnos.
- Pérez Valera, Víctor Manuel (2009). *Teoría del derecho*. México: Oxford.
- Rodríguez de Dengo, Norma (2005). Análisis Comparativo del Positivismo Jurídico de Austin, Hans Kelsen H.L.A. Hart. *Revista de la Facultad de Derecho*, pp. 31-42. Disponible en: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61388>. [20 de octubre de 2022].
- Rodríguez, César (1997). *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Tamayo Valenzuela, José Alberto (2001). La teoría del derecho de H. L. A. Hart. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LII, No. 237, pp. 219-233. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28595/25860> [20 de julio de 2022].
- Tamayo y Salmorán, Rolando (2005). Hans Kelsen-In memoriam. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 55, No. 243, pp. 199-202. <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61388> [20 de enero de 2023].
- Vázquez, Rafael (2007). *Teoría del derecho*. México: Oxford.
- Walter Robert (2005). Origen y desarrollo del concepto de norma fundamental. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 55, Núm. 244, pp. 285-301. Disponible en: <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61581> [20 de julio de 2022].

Notas

ⁱ Teórico y filósofo austriaco del derecho (1881-1973), produjo obras de una influencia que persiste hasta nuestros días sobre la teoría del derecho y derecho internacional. Su enfoque particular hacia el Derecho puede ser entendido dentro de la escuela del positivismo jurídico, en tanto que no se compromete con ningún contenido o criterio morales para el derecho. Sin embargo, difiere de manera significativa de la teoría del mandato de Austin

(1790-1859) y del enfoque hermenéutico de H. L. A. Hart (1907-1992) (Bix, 2009:155).

ⁱⁱ Herbet Lionel Adolphus Hart (1907-1992) fue una figura central para el resurgimiento del positivismo jurídico y en general, de la filosofía analítica del derecho angloparlante, (Bix, 2009:116).

ⁱⁱⁱ Hart aumentó la sofisticación y el poder de la teoría jurídica al insertar ideas tomadas de la filosofía del lenguaje ordinario, las obras posteriores de Ludwig Wittgenstein (1889-1952), y la hermenéutica. (Bix, 2009:116).

^{iv} John Austin (1790-1859). Teórico inglés del derecho y de la política, cuya obra sirvió de telón de fondo para el desarrollo y auge del positivismo jurídico moderno. Para Austin las leyes positivas tienen características específicas que las distinguen tanto de las leyes de Dios como de la moral positiva. Caracteriza a las leyes positivas de la siguiente manera. La sociedad política tiene el hábito de sumisión u obediencia a un superior común determinado, sea una persona o un grupo de individuos. El soberano no tiene el hábito de obediencia a superior alguno. La persona o personas verdaderamente independientes, no son los miembros de la sociedad, sino la porción soberana de la sociedad. Esta obediencia de los miembros políticamente inferiores debe ser de largo plazo. El que ostenta la soberanía sea una persona o varias personas en su colegiada capacidad soberana es incapaz de limitaciones legales. Toda sociedad política debe tener un soberano libre de cualquier restricción legal. (Rodríguez de Dengo, 2005: 31-42).

^v Haciendo un breve paréntesis, no está por demás mencionar que para Kelsen la fundamentación de validez de una norma positiva que obliga a obedecer determinada conducta se efectúa a través de un procedimiento silogístico. Silogismo que consiste en una premisa mayor, como norma válida que obliga a comportarse de acuerdo a lo estipulado, después, tenemos la premisa menor, que afirma un hecho. Por último, la conclusión

que sería la norma válida que indica que uno debe comportarse de conformidad a lo estipulado por aquella.

^{vi} En México, podría ser confundida o relacionada con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, que a la letra dice: "En esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán: la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas". Artículo reformado DOF 18-01-1934, 29-01-2016.

^{vii} En este punto, vale la pena mencionar que, en el derecho primitivo la regla de reconocimiento consiste, o puede consistir, simplemente, en que en un documento escrito o en algún monumento público, hay una lista o texto de reglas, dotado de autoridad (Hart, 1961:117).

^{viii} Ante esta afirmación, hay que mencionar que el propio Hart expone en su obra, en el sentido que en la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya sea por los tribunales u otros funcionarios, así como por los súbditos o sus consejeros (Hart, 1961:127).