

# Bobbio y los Conceptos de Norma Jurídicamente Última

Juan Ruiz Manero<sup>1</sup>

**Resumen:** A lo largo de su extensísima obra, Bobbio se ha ocupado en repetidas ocasiones de las dos principales versiones del concepto de norma jurídica última: el concepto de norma básica o fundamental de Kelsen y el concepto de regla de reconocimiento de Hart. Tanto en relación con el concepto de norma básica como en relación con el concepto de regla de reconocimiento Bobbio ha defendido –en unos textos– que se trataba de conceptos imprescindibles y también –en textos posteriores– que se trataba de conceptos no sólo innecesarios sino inconvenientes, de conceptos de cuya eliminación se beneficiaría la teoría del derecho resultante. A juicio del autor, la teoría del derecho necesita integrar un concepto de norma jurídica última. Y, también a juicio del autor, las propuestas bobbianas de abandonar las dos principales versiones de este concepto van acompañadas y resultan inseparables de interpretaciones de una y otra que resultan claramente desencaminadas en el caso del concepto de regla de reconocimiento y por diversas razones no aceptables en el caso del concepto de norma básica.

**Palabras clave:** Bobbio. Kelsen. Hart. Norma básica. Regla de reconocimiento.

**Abstract:** Throughout his very extensive work, Bobbio has repeatedly dealt with the two main versions of the concept of a legally ultimate norm: Kelsen's concept of the basic or fundamental norm and the Hart's concept of the rule of recognition. In relation to the concept of the basic norm as in relation to the concept of the rule of recognition, Bobbio has argued in some texts that they are absolutely necessary concepts and, in later texts, that these concepts are not only unnecessary but also inadvisable, that they are concepts whose elimination would benefit the resulting theory of law. For the author, legal theory needs to integrate a concept of a legally ultimate norm. Moreover, in the author's view, Bobbio's proposals to abandon the two main versions of this concept are accompanied by and are inseparable from interpretations which deal with them in a clearly misguided way in the case of the concept of rule of recognition and which are for various reasons not acceptable in the case of the concept of basic norm.

**Key words:** Bobbio. Kelsen. Hart. Basic norm. Rule of recognition.

---

<sup>1</sup> Professor catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante. (Espanha)  
*E-mail:* [juan.ruiz@ua.es](mailto:juan.ruiz@ua.es).  
Recebido em: 23/07/2011.  
Revisado em: 29/09/2011.  
Aceito em: 13/12/2011.

## **1 Introducción**

Quizás de ningún autor sea tan verdadero como de Norberto Bobbio afirmar que en su obra se encuentra siempre un buen punto de partida para cualquier problema de teoría del derecho que uno se proponga abordar. Y es que, en efecto, a lo largo de su extensísima obra, Bobbio se ha ocupado de todos los problemas capitales de la teoría del derecho. Y se ha ocupado de cada uno de ellos, de ordinario, más de una vez, y en muchas ocasiones desde perspectivas, en contextos, y movido por intereses de conocimiento distintos; la consecuencia de ello es que, si bien los enfoques y las propuestas de Bobbio son invariablemente brillantes, interesantes e iluminadores, no suelen ser, sin embargo, consistentes entre sí a lo largo del tiempo; en relación con buena parte de los problemas capitales de la teoría del derecho se pueden encontrar defendidas a lo largo de la obra de Bobbio tesis incompatibles entre sí y, aun valorándolo (a mi juicio justificadamente) como “una muestra de vitalidad intelectual” (ATIENZA, 1986, p. 66), en relación con alguno de estos problemas ha podido decirse, con razón, que, en uno u otro momento, Bobbio ha acabado por defender “casi todas las posturas posibles”. (ATIENZA, 1986, 69)

En esta intervención me voy a ocupar de las posturas de Bobbio en torno a las dos principales manifestaciones de la idea de norma jurídicamente última, de la que derivan su validez todas las demás normas jurídicas: la idea de norma básica o fundamental de Kelsen y la idea de regla de reconocimiento de Hart.

Tanto en relación con el concepto kelseniano de norma fundamental como en relación con el concepto hartiano de regla de reconocimiento, Bobbio ha defendido en algunos textos que se trataba de conceptos imprescindibles y en otros que se trataba de conceptos no sólo innecesarios sino inconvenientes, de conceptos de cuya eliminación se beneficiaría la teoría del derecho resultante.

## 2 El concepto de norma básica o fundamental

En relación con el concepto kelseniano de norma básica o fundamental los textos capitales en la obra de Bobbio son, de un lado, la *Teoria dell'ordinamento giuridico*<sup>2</sup> de 1960 y, de otro, el trabajo *Sul principio di legittimità* de 1964<sup>3</sup>. En el primero de estos textos escribe Bobbio (1991, p. 179-180) lo siguiente:

[...] si hay normas constitucionales debe haber un poder normativo del cual se deriven y este poder es el poder constituyente [...]. Determinado el poder constituyente como poder último debemos presuponer una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: *esta norma es la norma fundamental* [...]. es una norma al mismo tiempo atributiva e imperativa, según la consideremos desde el punto de vista del poder al que da origen o de la obligación que impone [...]. Toda la polémica sobre la norma fundamental proviene de no haber entendido su función [...]. la unidad de un ordenamiento compuesto por normas de diverso origen exige que las normas que lo componen se reduzcan a la unidad. esta *reductio ad unum* no puede ser completa si por encima del sistema no se pone una norma única, de la cual se deriven todas las otras, directa o indirectamente.

Así pues, de acuerdo con el Bobbio de 1960 el concepto de norma básica o fundamental es necesario: *en primer lugar*, para poder pensar el poder constituyente como un poder normativo y sus emisiones como normas; *en segundo lugar*, para poder fundamentar a partir de ahí la validez de todas las normas del sistema, validez cuya predicación de una norma es entendida por Bobbio como implicando no sólo la pertenencia de la misma al sistema, sino también la existencia de un deber de obediencia hacia ella<sup>4</sup>; *en tercer lugar*, el concepto de norma básica es necesario para

---

<sup>2</sup> Cito por Bobbio (1991, p. 151 y ss.)

<sup>3</sup> Ahora en Bobbio (1970, p. 79 y ss.), por donde se cita.

<sup>4</sup> la pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina *validez* [...]. saber si una norma es válida o no, no es cuestión ociosa. si una norma es válida significa que es obligatorio obedecerla". (BOBBIO, 1991, p. 181)

poder pensar la multiplicidad de las normas jurídicas como constituyendo una unidad, un sistema, un ordenamiento. (BOBBIO, 1991)

Pues bien: la norma fundamental, concepto imprescindible en 1960, pasa a considerarse textualmente en el texto de 1964 *Sul principio di legittimità* como “perfectamente superflua”. Y ello tanto en relación con la fundamentación del poder constituyente como en relación con la fundamentación del deber de obediencia. Para fundamentar tanto una cosa como la otra basta ahora, de acuerdo con lo dicho expresamente por Bobbio, con el hecho de que el poder último sea eficaz, esto es, con el hecho de que las normas derivadas directa o indirectamente de él sean habitualmente obedecidas. Respecto a la tercera función de fundamentación que antes atribuía a la norma fundamental – la relativa a la unidad del ordenamiento – Bobbio guarda ahora silencio, pero habría que entender que para ello basta también con apelar al hecho de que todas sus normas son reconducibles directa o indirectamente a un mismo poder último eficaz.

Veamos los propios términos en los que Bobbio (1970, p. 88-89) expresa su nueva posición:

Cuando se pregunta cuál es el fundamento de la norma fundamental, que debería fundamentar la validez de todas las demás normas, se oye responder –y en rigor no hay otra respuesta posible– que el fundamento de esta norma última, no pudiendo ser otra norma superior, es su eficacia, o sea el hecho, el mero hecho, histórica y sociológicamente comprobable, de que las obligaciones que se derivan de ella son habitualmente cumplidas, o correlativamente, que el poder instituido por ella, que es precisamente el poder último, más allá del cual no hay otro poder, es efectivamente obedecido. Pero con esta respuesta se ha pasado ya de la línea de las normas a la de los poderes: la validez de la norma última se funda en la efectividad del poder último. Ahora bien, tras esta explicación, la norma fundamental ha devenido perfectamente superflua: la tarea que se le asigna es la de legitimar un poder que encuentra su legitimidad no en el hecho de estar autorizado por una norma superior sino en el hecho de ser efectivamente obedecido. Se podría decir, en breve, que la norma fundamental es aquella norma a la que se asigna la función de legitimar jurídicamente un poder que no tiene necesidad

de ninguna legitimación jurídica porque encuentra su legitimación en el hecho mismo de existir.

### 3 La regla de reconocimiento

En relación con el concepto hartiano de regla de reconocimiento encontramos el mismo desplazamiento en los textos de Bobbio: de ser considerada en 1968 una categoría cuya especificación constituye un mérito importante de Hart, pasa a ser vista en 1975 como una categoría por completo superflua y cuya distinción respecto de las normas de cambio resulta claramente desventajosa frente a la vieja categoría unitaria, familiar en la tradición continental, de normas sobre la producción jurídica. Veámoslo.

En el trabajo de 1968 *Ancora sulle norme primarie e secondarie*<sup>5</sup>, Bobbio se pregunta si las categorías de ‘normas sobre la sanción’ y ‘normas sobre la producción jurídica’ son conjuntamente exhaustivas del campo de las ‘normas secundarias’ a lo que responde negativamente aludiendo a la existencia en muchos códigos, como el italiano, de las llamadas ‘disposiciones sobre la ley en general’, que no establecen ni remedios para la violación de normas de conducta ni procedimientos para la creación de nuevas normas. La función de estas ‘disposiciones sobre la ley en general’ es más bien, anota Bobbio, la de “establecer algunos principios en base a los cuales se pueden distinguir las normas que pertenecen al sistema de las que no pertenecen a él” (1980, p. 324). Y añade: “el mérito de haber individualizado esta categoría de normas secundarias, distinguiéndolas de las normas sobre la producción jurídica y añadiéndolas a las normas sobre la sanción, corresponde una vez más a Hart, que las ha bautizado como “normas de reconocimiento” (1980, p. 325). La posición de Bobbio es en 1975 bien distinta. En el trabajo *Per un lessico di teoria generale del diritto*<sup>6</sup> la categoría de reglas de reconocimiento es considerada como completamente superflua y la distinción hartiana entre ellas y las reglas de cambio claramente desventajosa respecto de la categoría unita-

<sup>5</sup> Cito por Bobbio (TORRES, 1980, p. 317 y ss.)

<sup>6</sup> Ahora, con el título de *Norme secondarie*, en Bobbio (1994, p. 233 y ss.)

ria, familiar en la tradición continental, y sobre todo italiana, de ‘normas sobre la producción jurídica’. Escribe así Bobbio (1994, p. 240):

[...] si es verdad que la función de las normas de reconocimiento es la de permitir la identificación de las normas pertenecientes al sistema, es también verdad que esta función está inscrita en los caracteres distintivos de las normas sobre la producción jurídica [...]. Consideradas en toda su extensión, las normas sobre la producción jurídica ofrecen los criterios necesarios y suficientes para ‘reconocer’ cuáles son las normas válidas del sistema. De lo que se sigue que, una vez admitida la categoría de las normas sobre la producción jurídica, no se ve bien qué función específica puede atribuirse a las normas de reconocimiento y qué utilidad tiene la introducción de esta nueva categoría de normas secundarias.

#### **4 Norma jurídicamente última**

A juicio de Guastini (2005), estas tesis de Bobbio que afirman el carácter innecesario tanto del concepto de norma fundamental como del concepto de regla de reconocimiento “permiten resolver una paradoja de la teoría de Hart y disolver un error de la teoría de Kelsen (GUASTINI, 2005, p. 205).

La paradoja de la teoría de Hart aludida por Guastini (2005) reside en la circularidad que implica el que para identificar la regla de reconocimiento haya que identificar previamente a los jueces y que para identificar a los jueces haya que identificar previamente las normas que les constituyen como tales, identificación que a su vez sólo es posible por medio de la regla de reconocimiento (GUASTINI, 2005, p. 206). Este problema desaparece –escribe Guastini– “si aceptamos la sugerencia de Bobbio e identificamos la regla de reconocimiento simplemente con el conjunto de normas sobre la producción jurídica” (2005, p. 206), esto es, con la Constitución en sentido material, cuyo criterio de identificación sería –continúa Guastini – “simplemente el principio de efectividad” (2005, p. 206).

El error kelseniano reside, a juicio de Guastini, en la no distinción entre validez y existencia de las normas. Pero, una vez que se admite que una norma puede existir sin ser válida y que, por razones lógicas,

necesariamente hay en el sistema jurídico una norma ni válida ni inválida, ¿por qué no admitir que esa norma sea [...] la propia constitución, [...] que la propia constitución sea la “norma fundamental”, ni válida ni inválida, del sistema jurídico? [...] la constitución es el criterio de identificación o reconocimiento de las demás normas, pero el criterio de reconocimiento de la propia constitución es simplemente la efectividad. (GUASTINI, 2005, p. 207).

Aquí voy a defender una posición opuesta a la de Guastini. Voy a defender la necesidad, para la teoría del derecho, de un concepto de norma jurídicamente última. Y voy a defender también que las propuestas bobbianas de abandonar las dos principales versiones de este concepto van acompañadas y resultan inseparables de interpretaciones de una y de otra que resultan claramente desencaminadas en el caso de Hart y por diversas razones no aceptables en el caso de Kelsen.

## 5 Criterios de validez

Resulta claramente desencaminada la interpretación de la noción hartiana de regla de reconocimiento que subyace a las tomas de posición de Bobbio, tanto cuando éstas son favorables a dicha noción, en el trabajo de 1968, como cuando son contrarias, en el texto de 1975. Pues cuando Bobbio habla, nótese que siempre en plural, de ‘normas de reconocimiento’ y pone como ejemplo las ‘disposiciones sobre la ley en general’ que contienen muchos códigos, está entendiendo por ‘normas de reconocimiento’ algo bien distinto de la categoría hartiana. Las ‘normas de reconocimiento’ de las que habla Bobbio son normas promulgadas, normas válidas del sistema cuya validez se deriva de otras normas (sobre la producción jurídica) conforme a las cuales se han dictado; la regla de reconocimiento de Hart, por el contrario, es una regla última, una regla que no depende de criterios de validez establecidos por ninguna otra regla del

sistema, que no es, en consecuencia, jurídicamente válida ni inválida, una regla consuetudinaria que existe solamente como “una práctica compleja, pero normalmente concordante” (HART, 1980, p. 137) de identificación del derecho, que opera “como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas”. (HART, 1980, p. 144)

El problema al que Bobbio da respuestas distintas en 1968 y 1973 es el de si, dentro de las normas promulgadas, debemos entender disposiciones del tipo del art. 1.1 del Código civil español —“las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (ESPAÑA, 1889) — como expresando una categoría autónoma de normas (normas de reconocimiento derivadas, podríamos denominarlas) o bien verlas como expresando fragmentos de diversas normas sobre la producción jurídica. No hay duda de que se trata de un problema interesante a la hora de optar por diversos esquemas clasificatorios de las normas promulgadas, a favor de cada uno de los cuales podrán aducirse razones pragmáticas de mayor o menor peso. Pero tampoco hay duda de que la respuesta que se dé a este problema deja por complejo imprejuizada la cuestión de si, para dar cuenta adecuadamente de un sistema jurídico, debemos aludir, no sólo a sus normas promulgadas, sino también a una norma no promulgada, que existe sólo en cuanto que aceptada y practicada especialmente por los órganos de aplicación, y que contiene los criterios últimos de validez jurídica. Y éste, y no el otro, es el problema al que hay que dar respuesta en relación con la categoría hartiana de regla de reconocimiento.

## **6 Oscilación entre posiciones**

En los textos de Bobbio a propósito de la teoría pura del derecho encontramos una oscilación entre dos posiciones a propósito del concepto kelseniano de validez. De acuerdo con la primera de ellas, Bobbio, de manera fiel a Kelsen, entiende que ‘validez’ implica centralmente ‘deber de obediencia’; de acuerdo con la segunda, Bobbio, reinterpreta el concepto kelseniano de manera que lo aleja de la concepción del propio

Kelsen, opta por un concepto de ‘validez’ que resulta prácticamente inerte, que no tiene implicación alguna en términos de actitudes prácticas.

En el texto en el que Bobbio propugna directamente el abandono del concepto de norma básica – el ya citado *Sul principio di legittimità* –, permanece fiel a un concepto de validez que significa centralmente deber de obediencia y encuentra el fundamento de ese deber, como ya veíamos, en la efectividad del poder último, en el hecho de que las normas directas o indirectamente derivadas de él son habitualmente obedecidas. Y al hacerlo así, al derivar el que ciertas normas deban ser obedecidas del hecho de que habitualmente son obedecidas, incurre no sólo en una forma particularmente cruda del positivismo ideológico que *expressis verbis* se encuentra siempre rechazado en su obra, sino también en esa operación lógicamente ilegítima que se conoce con el nombre de falacia naturalista.

En otros textos sobre la teoría kelseniana, sin embargo, Bobbio (1980, p. 119) hace suyo, y atribuye a Kelsen, un concepto de validez desprovisto de implicaciones prácticas. Escribe, por ejemplo, lo siguiente:

Quede bien claro que la obediencia a la ley encuancto tal deriva lógicamente sólo del hecho de que yo no piense someterle a una posterior valoración de justicia porque la considero justa en sí misma; no del hecho de que haya constatado su validez. El legalismo jurídico, en definitiva, es una doctrina éticopolítica cuyo contenido consiste en afirmar que las leyes son justas en cuanto tales (y por eso deben ser obedecidas), mientras que la doctrina pura del derecho se limita a afirmar que las leyes son válidas independientemente del hecho de que sean justas o injustas.

No cabe duda de que si optamos por un concepto de validez desprovisto de implicaciones prácticas, como equivalente meramente a regularidad en la edicción de acuerdo con normas superiores del propio sistema, no necesitamos una norma básica en la que fundar el deber de obediencia a las normas del sistema. Lo que ocurre, sin embargo, es que la posición de Kelsen no puede de ningún modo ser reconstruida como lo sugiere Bobbio: porque Kelsen ha definido ciertamente una y otra vez la validez como la forma específica de existencia de las normas, pero ha

añadido asimismo una y otra vez que afirmar que una norma existe como tal equivale, precisamente, a afirmar que debe ser lo que la norma prescribe. Ciertamente este deber ser es, en el contexto de la teoría kelseniana, meramente hipotético y ello, como veremos más adelante, supone un límite importante de la teoría kelseniana en relación con alguna dimensión crucial del derecho. Pero, en todo caso, la opción por un concepto de validez desprovisto de implicaciones prácticas, por un concepto de validez que equivalga meramente a regularidad intrasistemática en la edición, es una opción que no puede, en ningún caso, presentarse como compatible con las posiciones kelsenianas al respecto. De manera que el rechazo de la norma básica va en Bobbio acompañado, bien de un positivismo ideológico bastante crudo, bien de la atribución a Kelsen de un concepto de validez que le resulta decididamente ajeno.

## **7 La efectividad de normas generales**

Pero debemos ir más allá de estos problemas de interpretación de las tesis bobbianas al respecto y examinar en sí misma la cuestión de si la teoría del derecho necesita o no de un concepto de norma jurídicamente última, en el sentido de situada más allá de las normas prescritas del sistema y que no es, ella misma, el resultado de un acto de prescribir. Y yo creo que el concepto de tal norma es necesario para diversos propósitos, el primero de los cuales es el de explicar aquello en lo que consiste la efectividad del derecho en relación con la conducta de los órganos de aplicación.

Y es que, en efecto, la efectividad de normas generales y abstractas que tienen como destinatarios a los órganos de aplicación – jueces, en sentido amplio – no significa otra cosa sino que, dándose el caso apropiado, los jueces en general usan estas normas, y sólo estas normas (o, en todo caso, otras a las que las mismas remitan) como fundamento de sus resoluciones.

Pues bien: la disposición, por parte de los jueces, a usar estas normas, y sólo ellas, como fundamento de sus resoluciones, no puede ser explicada aludiendo meramente a que estas normas son resultado de determinados actos de prescribir, porque en tal caso subsiste la cuestión de

explicar cómo es que los resultados de ciertos actos de prescribir por parte de determinados órganos son asumidos como normas vinculantes por parte de los órganos de aplicación. Y ello sólo puede explicarse, en último término, aludiendo a la aceptación, por parte de los jueces, de una norma – que, por razones lógicas, ya no puede ser el resultado de un acto de prescribir –, norma de la que se derive para ellos mismos el deber de asumir como vinculantes las prescripciones que reúnan ciertos requisitos y provengan de ciertos órganos.

Esta idea de que las prescripciones son asumidas como normas por ciertos sujetos necesariamente en virtud de alguna norma no prescrita que dichos sujetos aceptan es lo que se encuentra en la base, me parece, tanto de la doctrina kelseniana de la norma básica como de la doctrina hartiana de la regla de reconocimiento. Y también, dicho sea de paso, de la formulación de Alf Ross, menos exitosa pero que a mi juicio resulta sustancialmente equivalente a la doctrina hartiana, de acuerdo con la cual se señala que las normas en cuya virtud se reconoce a una autoridad como suprema no pueden haber sido dictadas por ninguna otra autoridad, sino que sólo pueden existir como “una ideología presupuesta” (ROSS, 1963, p. 79) y, más en general, que el sistema de fuentes de un cierto orden jurídico descansa sobre “una ideología normativa común, activa y presente en el espíritu de los jueces cuando actúan en su calidad de tales”. (ROSS, 1963, p. 73-74)

Una norma última aceptada es, pues, necesaria para *explicar* aquello en lo que consiste la efectividad del derecho legislado y que no es nada distinto de que los órganos de aplicación asumen, en general, como normas las prescripciones con cierto origen y ciertas características y fundan, asimismo en general, en ellas sus resoluciones.

Otro tanto ocurre si lo que se pretende es *justificar* esta conducta de los órganos de aplicación. Pues el asumir ciertas prescripciones como normas sólo puede justificarse en último término, también aquí por razones lógicas, en base a una norma que no puede ser ella misma el resultado de un acto de prescribir.

## **8 La unidad del sistema jurídico**

¿Cuáles son las principales fortalezas y debilidades que presentan las doctrinas de la norma básica y de la regla de reconocimiento, esto es, las dos principales versiones del concepto de norma jurídicamente última? Empecemos por la doctrina kelseniana. Parece claro que su principal punto fuerte se encuentra en aquello en lo que Kelsen insistiera tanto, a saber, en que concebir el derecho como un orden normativo que debe ser obedecido requiere asumir una norma no prescrita, que estipule que uno debe comportarse como prescriben las autoridades que esa norma no prescrita reconoce como supremas. Sin embargo, al ser, en la teoría kelseniana, meramente hipotética la aceptación de la norma básica, la justificación de la aceptación como normas de las prescripciones derivadas de la norma básica tampoco puede pasar de ser asimismo hipotética, como tampoco puede pasar de meramente hipotética la justificación de la adopción de decisiones fundadas en tales normas. Pero el derecho no es meramente un orden que, para dar cuenta del punto de vista de sus estudiosos, requiera ser pensado, a título de hipótesis, como normativo. El derecho es, sobre todo, un orden cuyas normas se usan para fundamentar acciones y decisiones que deben ser justificadas, no ya hipotéticamente (esto es, bajo condición de que se adopte un cierto punto de vista que puede o no adoptarse) sino categóricamente (esto es, sin sujeción a cláusulas condicionales). Y es en relación con esta esencial dimensión del derecho como pretendido proveedor de justificación de acciones y decisiones donde la doctrina kelseniana se muestra impotente.

En todo caso, la doctrina kelseniana de la norma básica pretende ser una respuesta no sólo al problema de la normatividad del derecho, sino también al de la unidad y la identidad del sistema jurídico: de acuerdo con Kelsen, constituirían uno y el mismo sistema jurídico todas las normas derivadas de una misma norma básica. Leemos así en Kelsen (1986, p. 202) que

[...] todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. la norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden.

Pero aquí – quiere decirse, en relación con el problema de la unidad y de la identidad – la doctrina kelseniana falla de forma directa: pues, de acuerdo con los propios parámetros kelsenianos y como mostrara hace ya bastantes años Joseph Raz,

[...] una vez que uno sabe qué normas pertenecen a un orden jurídico, y sólo entonces, está uno en situación de descubrir por medio de qué actos fueron creadas y de descubrir, así, el contenido de la norma básica del sistema. No es posible revertir el proceso y descubrir qué normas pertenecen al sistema por referencia a la norma básica (1980, p. 102).

## 9 Conclusiones

En relación con la doctrina hartiana de la regla de reconocimiento, me parece que podemos sostener, sin duda, que su principal punto fuerte es su idea central de que la norma jurídicamente última ha de entenderse como una norma no prescrita, como una norma social que existe meramente en cuanto que aceptada por el conjunto de los órganos de aplicación. Pero me parece, también, que la doctrina de la regla de reconocimiento adolece de dos déficits importantes: *explicativo*, uno, y *justificativo*, el otro. Y me parece, también, que, no ya la doctrina, sino la propia regla de reconocimiento se halla atravesada necesariamente, en los sistemas jurídicos desarrollados, por una *tensión interna* de la que se deriva que la misma presente límites insuperables como herramienta de identificación de las normas del sistema, límites que se traducen en que su uso produce necesariamente zonas de indeterminación.

El principal déficit explicativo de la doctrina de la regla de reconocimiento tiene que ver con la persistencia de un mismo aparato judicial – en el sentido de integrado, *grosso modo*, por los mismos componentes – através de sucesivos cambios en la regla de reconocimiento. En países de historia institucional más o menos convulsa – como la de la gran mayoría de países latinoamericanos – estamos acostumbrados a observar que un aparato judicial, que permanece básicamente incólume através de

todos estos episodios, va reconociendo como vinculantes a las normas dictadas por las autoridades correspondientes a los regímenes políticos más diversos: dictaduras militares, restauraciones democráticas, nuevas dictaduras militares, nuevas restauraciones democráticas, etc. De acuerdo con la doctrina de la regla de reconocimiento, en casos así no podemos ir más allá de constatar el hecho de que cada vez que se produce un cambio de régimen político, el conjunto de la judicatura pasa a aceptar una nueva regla de reconocimiento, sin especiales dificultades y sin que sean necesarias para ello remociones en masa de sus integrantes o alguna otra cosa del género. Pero si queremos no solamente constatar el hecho, sino también tratar de explicarlo, me parece que tenemos que aludir a la aceptación por la judicatura de estos países de alguna regla más básica que la regla de reconocimiento hartiana y que esta regla más básica es lo que explicaría los desplazamientos de una a otra, y otra, y aún otra más, regla de reconocimiento por parte de los mismos jueces. A través de esta regla más básica los jueces identificarían precisamente las sucesivas reglas de reconocimiento. Y esta regla más básica sería expresiva de algo así como el crudo positivismo ideológico que antes vislumbrábamos en algunos trabajos de Norberto Bobbio. De acuerdo con esta regla más básica, los jueces entienden que deben asumir en cada período como regla de reconocimiento a aquella que apunte como autoridad suprema a quienquiera que, en cada uno de esos períodos, tenga la capacidad efectiva de imponerse como monopolizador relativo de la fuerza. Este positivismo ideológico es, desde luego, injustificable. Pero sus efectos prácticos son, contra lo que suele pensarse, ambivalentes. Pues facilita, sin duda, el tránsito de lealtades desde un sistema jurídico de carácter democrático a otro cuyas normas provienen de autoridades *de facto*; pero facilita asimismo, y también sin duda, el tránsito inverso, esto es, el que un aparato judicial fuertemente imbricado con un régimen dictatorial se adapte, sin mayores dificultades, a una nueva situación democrática. El que la transición judicial española careciera de dificultades importantes constituye, creo, una buena muestra de ello.

El déficit *justificativo* de la doctrina de la regla de reconocimiento se encuentra, básicamente, en que *el hecho* de que el conjunto de los órganos de aplicación acepten una misma regla de reconocimiento no pro-

porciona base suficiente para el juicio normativo no entrecomillado de que los jueces deben comportarse como prescribe dicha regla, esto es, deben usar como fundamento de sus resoluciones las normas a las que la misma remite. Y, puesto que estas normas imponen deberes y otras cargas sobre personas distintas de los propios jueces, la justificación de la aceptación de la regla de reconocimiento sólo puede basarse en razones morales. Esto es, creo –con alguna excepción bonaerense o genovesa– casi una *communis opinio* de la actual teoría del derecho, *communis opinio* que atraviesa las fronteras entre positivistas (Raz es, quizás, el caso más notorio) y no positivistas. No me detendré, pues, en ello.

Hay, sin embargo, un déficit, no ya de la doctrina, sino de la propia regla de reconocimiento como mecanismo de identificación del derecho sobre el que no suele llamarse tanto la atención y sobre el que vale la pena, por tanto, detenerse. Lo explicaré ejemplificando con una regla de reconocimiento que remita, como fuente suprema del sistema, a una Constitución de las que es usual llamar normativas. El problema, sin embargo, se plantea a mi modo de ver de manera sustancialmente igual en cualquier sistema jurídico desarrollado; sólo diferirá a la hora de identificar la fuente suprema. Pues bien, yendo ya al ejemplo propuesto: una Constitución, como es obvio, instituye un sistema de autoridades y reclama obligatoriedad para las prescripciones que las mismas emitan; pero una Constitución, o al menos una Constitución normativa, también reclama obligatoriedad para los principios y reglas sustantivos que ella misma contiene. Qué peso haya que dar al *principio de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución* frente a los principios sustantivos contenidos en la propia Constitución es algo, naturalmente, que el texto de la Constitución no determina ni puede determinar. Se trata de criterios *últimos* de interpretación constitucional que, como tales, son necesariamente criterios que sólo pueden existir en cuanto que *aceptados*. Pues bien: según como se entienda la relación entre principio de obediencia a las autoridades instituidas por la Constitución y principios constitucionales sustantivos es posible que, en relación con ciertos casos, distintos jueces, por acotar a ellos el ejemplo, identifiquen normas distintas como aquellas que deben usar como fundamento de su resolución. Podemos caracterizar tal situación de dos formas distintas pero equivalentes: la pri-

mera sería decir que en estos supuestos se pone de manifiesto que distintos jueces aceptan reglas de reconocimiento distintas aun si existe un área muy grande de solapamiento entre ellas; la segunda sería decir que distintos jueces aceptan la misma regla de reconocimiento, pero que ésta contiene algún área de indeterminación, en relación con la cual las respuestas de los distintos jueces varían. Pero caractericemos la situación de la primera o de la segunda forma, lo que es obvio es que la apelación a la regla de reconocimiento explícitamente compartida nos conduce necesariamente a un *impasse* a la hora de resolver la discrepancia. Discrepancia que sólo podrá abordarse, y eventualmente resolverse, mediante una argumentación que se mueva en el terreno de la filosofía moral y política.

## Referencias

- ATIENZA, Manuel. **Sobre la Analogía en el Derecho**. Ensayo de análisis de un razonamiento Jurídico. Madrid: Civitas, 1986.
- BOBBIO, Norberto. **Studi per una Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1970.
- \_\_\_\_\_. **Contribución a la Teoría del Derecho**. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Contributi ad un Dizionario Giuridico**. Torino: Giappichelli, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Teoria General del Derecho**. Madrid: Debate, 1991.
- ESPAÑA. **Real Decreto de 24 de julio de 1889**, Establecimiento del Código Civil Español. Disponible em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>> . Acceso em: 19 abr. 2011.
- GUASTINI, Riccardo. **Bobbio sobre la Norma Fundamental y la Regla de Reconocimiento**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.
- HART, Herbert. **El Concepto de Derecho**. México: Editoria Nacional, 1980.
- KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. México: UNAM, 1986.

RAZ, Joseph. **The Concept of a Legal System**. An Introduction to the Theory of Legal System. Oxford: Clarendon Press, 1980.

ROSS, A. **On Law and Justice**. Buenos Aires: Eudeba, 1963.