

# Objeciones de Hart a la concepción de norma jurídica de Austin y Kelsen: críticas a la idea de la amenaza respaldada por una amenaza

Juan Bautista Libano<sup>1</sup>

## Resumen

La filosofía del derecho ha sido un campo en constante evolución, donde pensadores y teóricos han debatido y cuestionado las bases y conceptos fundamentales de las normas legales y su función en la sociedad. Uno de los nombres más influyentes en este ámbito es Herbert Lionel Hart, cuyas objeciones a la idea de “norma jurídica” han generado un profundo impacto en la comprensión moderna de la naturaleza y función del derecho. En este trabajo se presentan las principales objeciones presentadas por Hart a la idea de “norma jurídica” de Austin y Kelsen, respecto de que se trata de una amenaza respaldada por una amenaza.

---

<sup>1</sup> Juan Bautista Libano es abogado (Universidad de Buenos Aires), filósofo y especialista en criminología (Universidad Nacional de Quilmes). Es docente en la UBA y en UFLO Universidad, entre otras instituciones, y preside la Asociación de Pensamiento e Investigación Social.

## Abstract

*The philosophy of law has been a continuously evolving field, where thinkers and theorists have debated and questioned the foundational concepts of legal norms and their role in society. One of the most influential figures in this realm is Herbert Lionel Hart, whose objections to the idea of a “legal norm” have had a profound impact on the modern understanding of the nature and function of law. This paper outlines the main objections presented by Hart to the concept of a “legal norm” proposed by Austin and Kelsen, arguing that it is a command backed by a threat.*

## I. Introducción

Herbert Hart, prominente filósofo del derecho del siglo XX, es conocido por su obra seminal *El concepto de derecho*, publicada en 1961. En este libro, Hart desarrolló una teoría innovadora que desafió las concepciones tradicionales de las normas jurídicas y propuso una perspectiva más compleja y matizada. En una brevísima síntesis, Hart desarrolló la teoría del positivismo jurídico, argumentando que la validez del derecho no depende de su contenido moral, sino de su aceptación por parte de la sociedad, y distinguió entre reglas primarias, que imponen deberes y derechos, y reglas secundarias, que establecen procedimientos para crear, modificar o extinguir las reglas primarias. Sin dudas, su enfoque analítico y su énfasis en la importancia de las reglas sociales en la creación del derecho han dejado una marca duradera en la filosofía jurídica contemporánea.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, Hart cuestiona la noción tradicional de Austin y Kelsen de que las normas jurídicas se sustentan en la amenaza de sanciones coercitivas. Es decir, si bien reconoce que las sanciones son un elemento importante en la aplicación del derecho, sostiene que la mera existencia de sanciones no es suficiente para definir una norma jurídica. Más bien, argumenta que las normas jurídicas deben ser vistas en términos de reglas que guían el comportamiento, más que como comandos respaldados por amenazas. Bajo este esquema introduce el concepto de la “perspectiva interna”, que implica que para comprender plenamente una norma jurídica, es necesario considerar cómo los individuos dentro de la sociedad la ven y la obedecen. Esto contrasta con la perspectiva externa que se centra en las sanciones y la autoridad, porque esta idea subraya la importancia de la aceptación social y la internalización de las normas como componentes esenciales de la legitimidad del sistema legal.

Estas objeciones de Herbert Hart a la idea de “norma jurídica” propuesta por Austin y Kelsen han dejado una marca indeleble en la filosofía del derecho. Su enfoque en la complejidad de las normas legales y su interacción con las instituciones y la sociedad ha influido en teóricos posteriores y ha enriquecido el debate sobre la naturaleza y función del derecho. Sin dudas, constituyen la base de la distinción que realiza entre reglas primarias y secundarias, así como el énfasis en la perspectiva interna, que han proporcionado herramientas conceptuales poderosas para comprender cómo opera el sistema legal en la realidad.

Por todo ello, en este trabajo se exploran las objeciones fundamentales que Herbert Lionel Hart plantea en relación con la noción de “norma jurídica”, argumentando que estas objeciones han desempeñado un papel significativo en la evolución del pensamiento jurídico. Hart dirige críticas particularmente incisivas hacia las concepciones de la “norma jurídica” propuestas por figuras destacadas como Austin y Kelsen, cuestionando la noción de que ésta se basa en una amenaza respaldada por una amenaza. Su análisis desentraña las limitaciones de estas perspectivas al sugerir que la validez del derecho no se sustenta simplemente en la coerción, sino en la aceptación generalizada por parte de la sociedad. Este enfoque desafiante de Hart ha influido significativamente en la teoría jurídica contemporánea, proporcionando una base para la reconsideración de las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y la autoridad de las normas jurídicas.

## II. Muchos positivimos

Dentro de las perspectivas convencionalistas, el positivismo jurídico es la teoría que recluta el mayor número de adherentes y defensores en el ámbito de la filosofía del derecho contemporáneo. Una porción significativa del dominio que el positivismo jurídico ha ejercido entre los teóricos del derecho se debe, sin lugar a dudas, a la obra y figura del jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), uno de los más importantes teóricos del derecho del siglo XX. En su libro seminal *Teoría Pura del Derecho*, y bajo el fuerte influjo del neokantismo<sup>2</sup> y la obra de Vaihinger,<sup>3</sup> Kelsen presentó las tesis fundamentales del positivismo jurídico que luego desarrollaría con rigor en varios trabajos posteriores.

Ahora bien, el trabajo de Kelsen recibió muchas críticas desde diferentes ángulos y frentes, no solo de parte de los defensores del derecho natural, sino que también de conspicuos positivistas como

---

<sup>2</sup> El neokantismo es un movimiento filosófico que surgió en el siglo XIX como un intento de revitalizar y reinterpretar las ideas del filósofo Immanuel Kant. Centrado en la crítica a las bases del conocimiento, el neokantismo enfatiza la importancia de la epistemología y la ética, así como la distinción entre el mundo fenoménico y el nouménico. Los neokantianos buscaban desarrollar un enfoque riguroso y científico para el estudio de la filosofía, destacando la necesidad de estructuras conceptuales claras y la independencia de las influencias metafísicas. A través de diversas corrientes y adaptaciones, el neokantismo dejó una marca significativa en la filosofía contemporánea y su influencia se puede rastrear en áreas como la teoría del conocimiento, la ética y la filosofía de la ciencia.

<sup>3</sup> Hans Vaihinger (Nehren, Alemania, 25 de septiembre de 1852-Halle, Alemania, 18 de diciembre de 1933) fue un filósofo alemán conocido como un estudioso de Kant y por su filosofía del “como si”. Discutió que los seres humanos nunca pueden saber realmente la realidad subyacente del mundo, y que como resultado construyen sistemas de pensamiento y asumen que estos encajan con la realidad: nos comportamos “como si” el mundo encajara en nuestros modelos. En particular, usó ejemplos de las ciencias físicas, como los protones, los electrones, y las ondas electromagnéticas. Ninguno de estos fenómenos ha sido observado directamente, pero la ciencia aparenta que existen, y usa observaciones hechas en estas suposiciones para crear nuevas y mejores estructuras. Uno no puede nunca estar seguro de que el mundo siga existiendo mañana, pero normalmente asumimos que así será. Alfred Adler, el fundador de la Psicología individual, estuvo profundamente influenciado por la teoría de ficciones de Vaihinger.

H. L. A. Hart y Joseph Raz, y de otros autores como Alf Ross y Ronald Dworkin, que obligaron a los partidarios del positivismo jurídico a un replanteamiento de las ideas originales. Por ejemplo, Hart y Raz cuestionan la rigidez de la teoría puramente normativa y jerárquica de Kelsen, argumentando que su énfasis en una estructura normativa sin contenido material es insuficiente para explicar la complejidad y la realidad de los sistemas legales. Hart, por ejemplo, sostiene que Kelsen no aborda adecuadamente la conexión entre el derecho y la moral, mientras que Raz critica la falta de un criterio sustantivo para determinar la validez de las normas. Además, autores como Alf Ross han señalado la falta de flexibilidad de la teoría kelseniana frente a los desafíos prácticos, mientras que Ronald Dworkin ha argumentado en contra de la separación radical entre el derecho y la moral propuesta por Kelsen, abogando por una concepción más integrada de ambos ámbitos en su teoría del derecho como integridad. Estas críticas revelan las tensiones fundamentales dentro del positivismo jurídico y han contribuido a enriquecer el debate sobre la naturaleza y la función del derecho.

Uno de los resultados de este debate ha dado lugar a la distinción actual entre positivismo jurídico incluyente y excluyente. El dilema en torno a la incorporación de la moral en el derecho plantea una cuestión fundamental sobre la relación entre normas éticas y normas legales en una sociedad. Este debate pone de relieve la tensión entre la necesidad de establecer un marco legal que promueva la convivencia y la justicia, y la diversidad de valores morales individuales y culturales. Mientras algunos argumentan que el derecho debe reflejar principios morales compartidos para ser legítimo y efectivo, otros sostienen que la ley debería mantenerse neutral respecto a las perspectivas éticas y centrarse en la protección de derechos y libertades básicas. En última instancia, este dilema plantea interrogantes sobre cómo equilibrar la autoridad del sistema legal con la autonomía moral de las personas y cómo lograr una coexistencia armoniosa entre las esferas jurídica y ética en una sociedad pluralista.

En concreto, las posturas del positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente representan dos enfoques contrastantes en relación con la incorporación de la moral en el ámbito del derecho. El positivismo jurídico incluyente reconoce la influencia de valores y principios morales en la creación y aplicación de las leyes, sosteniendo que existe una conexión intrínseca entre la moral y el derecho, aunque manteniendo una separación conceptual entre ambos. Desde esta perspectiva, la validez de una norma legal no solo se basa en su origen en la autoridad competente, sino también en su coherencia con ciertos valores éticos. Por otro lado, el positivismo jurídico excluyente argumenta que la moralidad debe mantenerse al margen del derecho, enfatizando la idea de que la legalidad se deriva exclusivamente de fuentes positivas como la legislación y la costumbre. Desde esta posición, una norma es válida simplemente porque ha sido promulgada por una autoridad competente, independientemente de su contenido moral.

Estas dos posturas reflejan el debate sobre la relación entre la moral y el derecho, cuestionando hasta qué punto deben interactuar y cómo deberían influirse mutuamente en el contexto legal. Hart, en su teoría del derecho, abordó la compleja relación entre la moral y el derecho de manera más matizada que sus predecesores. A diferencia de la separación radical propuesta por positivistas como Austin, Hart defendió una posición intermedia. Sostuvo que mientras algunas normas jurídicas pueden estar influenciadas por consideraciones morales, no todas las normas legales tienen una conexión

necesaria con la moralidad. En su respuesta a Dworkin contenida en su *Postscript* llama a su positivismo como *soft-positivism*, concluyendo que la incorporación de la moral al derecho no implica renunciar a una concepción positivista de este último.<sup>4</sup>

Hart luego introdujo el concepto de “reglas primarias” y “reglas secundarias” para explicar cómo funciona el sistema legal: las reglas primarias prescriben y prohíben comportamientos, mientras que las reglas secundarias establecen cómo se crean, modifican y aplican las reglas primarias. Aunque Hart reconoció que algunos elementos morales pueden filtrarse en el derecho, su enfoque se centró en el análisis de cómo las reglas legales operan en la práctica y cómo la sociedad las percibe, sin perderse en debates sobre la moralidad subyacente. En general, la posición de Hart marcó un paso hacia una comprensión más sofisticada y contextualizada de la interacción entre la moral y el derecho en el tejido social.

En lo que sigue nos ocuparemos brevemente de las teorías de Austin, Kelsen y Hart, para ver la crítica que dirige esta última a la noción de “norma jurídica” de los dos primeros.

### III. La concepción de John Austin

Para John Austin, un influyente jurista y teórico del positivismo jurídico, la aproximación a la pregunta “¿qué es el derecho?” resulta imprescindible antes identificar qué tipo de ley se pretende definir. En este sentido, afirma que existen distintos tipos de leyes, y que siempre hay un “deseo” que las motiva. Luego, a partir de su clasificación de los distintos tipos de leyes, elabora su teoría de los mandatos, y construye su propio concepto de derecho.<sup>5</sup> Para Austin el derecho se compone de leyes en sentido estricto, que son mandatos establecidos por un soberano, respaldados por una sanción. En

---

<sup>4</sup> Jules Coleman denomina a su perspectiva “positivismo incorporacionista”, que resume en dos tesis: a) la tesis negativa, que mantiene la separación entre el derecho y la moral y, por ende, la no conexión necesaria entre ambos; y b) la tesis positiva, según la cual ni la existencia de controversias en torno a la regla de reconocimiento ni el recurso a la moral para la determinación de las normas jurídicas, son incompatibles con la naturaleza convencional del derecho. Wilfrid Waluchow, por su parte, habla de positivismo “incluyente” para denotar su perspectiva. En lo que refiere a la regla de reconocimiento, el argumento principal de Waluchow es que muchos sistemas jurídicos incluyen criterios materiales de validez, los que hacen referencia o están relacionados con estándares morales. Y en lo que toca al contenido de las normas, defiende que éstas también incluyen conceptos cuya definición exige acudir a una deliberación moral. Otros ilustres representantes del positivismo incluyente, cuyas ideas no podemos desarrollar acá, son el positivismo “corregido” de Gregorio Peces Barba, el positivismo “presuntivo” de Frederick Schauer, y el positivismo “sofisticado” de Roger Shiner. En la vereda opuesta se encuentran los defensores del positivismo jurídico excluyente, cuyos exponentes principales son Joseph Raz, Andrei Marmor y Scott Shapiro. La tesis común a estos autores es la exclusión de la moral del catálogo de posibles fuentes del derecho.

<sup>5</sup> John Austin, en su teoría del derecho, distinguió entre diferentes tipos de leyes con base en su origen y su relación con la autoridad soberana. Según Austin, existen tres tipos principales de leyes: leyes positivas, leyes divinas y leyes naturales. Las leyes positivas son aquellas creadas y promulgadas por una autoridad política reconocida, como el gobierno de un país, y su validez deriva de esta

este sentido, es el elemento del mandato el que resulta crucial para su pensamiento, y por eso el concepto del derecho expresado por él es a veces descripto como “teoría imperativista del derecho”.<sup>6</sup>

Siguiendo a Austin, las normas jurídicas siempre especifican un “sujeto”, destinatario de la orden, el “acto” que debe realizarse, y la “ocasión” en que tal acto debe realizarse. Además, existe un operador imperativo que es el que ordena a los sujetos realizar el acto en cuestión en la ocasión especificada. Es decir, la teoría de John Austin, en este sentido, postula que las normas jurídicas se caracterizan por su estructura imperativa y prescriptiva, y las mismas que presentan elementos esenciales que incluyen la especificación de un “sujeto” claramente identificado, es decir, la persona o grupo a quien se dirige la orden. Asimismo, la norma detalla el “acto” que debe llevarse a cabo, describiendo la conducta o acción requerida por la norma. Otro elemento crucial es la delimitación de la “ocasión” precisa en la cual el acto debe realizarse, proporcionando un marco temporal o situacional para su ejecución. En este contexto, Austin introduce el concepto de un “operador imperativo”, que actúa como el mandato o la orden en sí misma, indicando de manera directa la obligación que recae sobre el sujeto de llevar a cabo el acto en la ocasión específica. Estos elementos conforman la estructura básica de las normas jurídicas según la perspectiva de Austin, y su enfoque ha influido en gran medida en el desarrollo de la teoría legal positivista.

Ahora bien, Austin defendió una postura excluyente en relación con la incorporación de la moral en el derecho. En su enfoque, argumentó que las normas legales son comandos emanados de una autoridad soberana y que su validez no depende de su contenido moral, sino de su origen en la voluntad de esa autoridad. Para Austin, la moralidad y el derecho son esferas independientes y separadas, y la única conexión necesaria entre ambas es que el derecho puede imponer sanciones coercitivas para asegurar el cumplimiento de las normas legales. Austin afirmó que los juicios morales son irrelevantes para determinar la validez de las leyes y que la función del jurista es analizar y describir el derecho tal como es, sin involucrarse en cuestiones morales. La postura de Austin refleja la rigidez del positivismo

---

autoridad. Las leyes divinas son consideradas como preceptos provenientes de una fuente religiosa o divina, y su fundamento se encuentra en la voluntad de Dios o en principios religiosos. Por último, las leyes naturales son las reglas que, según Austin, rigen la conducta humana en virtud de la naturaleza misma del ser humano y su razón. Aunque Austin dio mayor énfasis a las leyes positivas como objeto central de estudio en su teoría, su distinción entre estos tipos de leyes proporcionó un marco para comprender cómo diferentes fuentes de autoridad influyen en la formación y aplicación de normas legales.

<sup>6</sup> La teoría imperativista del derecho es un enfoque que sostiene que las normas legales pueden entenderse como imperativos o mandatos que imponen obligaciones y prohibiciones a la sociedad. Según esta teoría, las leyes no son simplemente descripciones de hechos o expresiones de valores, sino que constituyen comandos respaldados por la autoridad del Estado. Esta perspectiva se basa en la premisa de que el derecho tiene una naturaleza imperativa y coercitiva, ya que su cumplimiento es asegurado por la posibilidad de sanciones o castigos para quienes no obedezcan las normas establecidas. En el marco de la teoría imperativista, las normas legales se consideran instrucciones claras y vinculantes que regulan el comportamiento de los individuos en una sociedad y son emitidas por la autoridad competente. Aunque esta teoría ofrece una forma directa de comprender la relación entre el derecho y la coerción, también ha sido objeto de críticas y refinamientos, ya que puede simplificar en exceso la naturaleza compleja y multifacética del sistema legal.

jurídico excluyente y subraya su énfasis en la separación entre la legalidad y la moralidad en la teoría del derecho.

Habiendo llegado a este punto podríamos pensar que para Austin los mandatos jurídicos tienen su origen en la voluntad del soberano, que es quien dicta las normas. En este sentido, en la teoría jurídica de John Austin, el concepto de “soberano” desempeña un papel central y define la fuente última de autoridad en un sistema legal. Sin embargo, vale aclarar que hoy la figura del “soberano” no se ajusta a lo que él tenía en mente. Según Austin, el soberano es la entidad o individuo que posee el poder supremo para crear, modificar y derogar leyes, sin estar sujeto a ninguna autoridad superior. El soberano ejerce su autoridad de manera absoluta y su voluntad se convierte en ley por el simple hecho de su promulgación. En este sentido, en la perspectiva de John Austin, el término “soberano” se refiere a la autoridad suprema y última en un sistema legal y político. El soberano es la entidad o individuo que tiene el poder de crear y modificar leyes, así como de imponer sanciones coercitivas para asegurar el cumplimiento de dichas leyes. Para Austin, la existencia de un soberano es esencial para la validez y la autoridad de las normas legales. El soberano no está sujeto a ninguna autoridad superior y su voluntad se convierte en ley simplemente por ser promulgada. Esta concepción de la soberanía se alinea con el enfoque del positivismo jurídico, que busca identificar la base formal y estructural del derecho en la autoridad de un poder político supremo, sin recurrir a consideraciones morales o metafísicas.

En resumen, Austin enfatiza que el soberano no está limitado por ningún tipo de restricción moral, ética o divina; su autoridad emana de su capacidad para imponer sanciones coercitivas y su dominio sobre un territorio y su población. En este contexto, el concepto de soberanía en Austin refleja la esencia del positivismo jurídico, que busca identificar y analizar las fuentes formales y estructurales del derecho sin consideraciones respecto a su contenido moral o valorativo.

#### IV. La concepción de Kelsen

Hans Kelsen se mantiene dentro de la tradición positivista, y su objetivo era identificar la esencia de las leyes. En este sentido, le preocupaba saber qué es lo que convertía algo en ley, y para responder a esta pregunta construyó un sistema con diversas partes, que se encuentran unidas como eslabones de una cadena. Más allá de las variantes que puede adoptar la postura teórica del positivismo respecto del derecho, es claro que si seguimos a Kelsen no se puede considerar el valor moral del sistema jurídico. Más bien, como veremos, en su teoría el acento va a estar puesto en la validez jurídica de la norma, es decir, en si fue creada mediante un proceso previamente determinado.

Ahora bien, para entrar en su sistema debemos entender a las leyes como proposiciones (instrucciones) para los funcionarios encargados de aplicar la ley. La teoría del mandato (de Austin) es reemplazada en Kelsen por una teoría de las leyes como órdenes dirigidas a funcionarios. Los funcionarios encargados de la aplicación del derecho entonces serían los destinatarios privilegiados de la ley, los jueces podrían constituir el ejemplo más concreto. No obstante, hay que aclarar que Kelsen

en sus últimos escritos mostró una creciente aceptación del significado de la ley como orientación para los ciudadanos.

En lo que hace al estudio de la norma, para Kelsen estas están fijadas para proporcionar un estándar mediante el cual se juzguen actos. Las normas, de este modo, convierten las simples acciones de los hombres en actos jurídicos. En este sentido, una norma puede ser entendida como una expresión o intención: un individuo (o entidad) desea que otro actúe de una manera determinada en unas circunstancias específicas.<sup>7</sup> Lo que caracteriza a una norma jurídica, para Kelsen, es su lenguaje prescriptivo. La noción de “deber” es la base de su teoría. Sin embargo, existen otro tipo de leyes, por ejemplo, las que otorgan o delegan poder. Al advertir esto, Kelsen reconoció que además de las leyes que exigen ciertos actos, existen las que autorizan o permiten actos específicos.<sup>8</sup>

Por otro lado, otro concepto central es el de “validez”. La validez de una norma para Kelsen depende de la validez de la norma bajo la cual fue establecida la ley que el acusado ha infringido. La validez de una norma depende entonces de la validez de otra norma, formando toda la serie una especie de jerarquía ascendente.<sup>9</sup> En el último nivel se encuentra la Constitución o norma fundamental, que es un punto más allá del cual no se puede ir. No nos podemos remontar a una norma anterior, por lo que la validez de esa norma no está en disputa, es presupuesta.<sup>10</sup> En resumen, para Kelsen las normas que

---

<sup>7</sup> Kelsen define la “norma” como la unidad básica y fundamental en la estructura del derecho. Según su concepción, una norma es una prescripción que establece una determinada conducta como obligatoria o permitida en una sociedad.

<sup>8</sup> Kelsen distingue entre normas primarias y secundarias: las normas primarias son aquellas que regulan directamente el comportamiento de las personas, mientras que las normas secundarias son las que establecen cómo se crean, modifican y aplican las normas primarias. Kelsen considera que estas normas forman un sistema jerárquico y escalonado en el que una norma superior autoriza o legitima la existencia de normas inferiores. La teoría normativa de Kelsen es fundamental en su enfoque de la teoría pura del derecho, ya que le permite analizar el sistema legal como un conjunto de normas interconectadas, independientemente de su contenido o valor moral.

<sup>9</sup> Para Kelsen, el concepto de “validez” en el contexto del derecho se refiere a la conformidad de una norma con otras normas dentro de la jerarquía del sistema legal. La validez no se deriva de criterios externos, como la moral o la utilidad, sino que está intrínsecamente ligada a la estructura interna del sistema jurídico. Una norma es válida si se crea de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos en normas de rango superior, como una Constitución. Kelsen enfatiza que la validez no está relacionada con la eficacia o el cumplimiento de una norma, sino con su colocación correcta dentro de la jerarquía normativa. Además, el concepto de validez en la teoría kelseniana establece una noción puramente formal, alejada de juicios de valor y juicios sobre la moralidad de las normas. Este enfoque en la validez como un aspecto formal y estructural del derecho es fundamental en la construcción de su teoría pura del derecho.

<sup>10</sup> La “norma fundamental” es un concepto esencial en la teoría jurídica de Kelsen, que representa el fundamento último de validez para todo el sistema legal. También conocida como “hipótesis fundamental” o “norma básica”, esta idea sostiene que la validez de todas las normas dentro de un ordenamiento jurídico depende de su conformidad con esta norma fundamental. Sin embargo, la norma fundamental no es una norma positiva que pueda encontrarse en un texto legal; más bien, es una hipótesis teórica necesaria para dar coherencia al sistema legal. Kelsen comparó la norma fundamental con una regla de reconocimiento, una norma secundaria que establece cómo se identifican y reconocen las normas válidas en un sistema jurídico. Aunque el concepto puede parecer abstracto, la norma fundamental de Kelsen cumple una función crucial al proporcionar un vínculo conceptual que conecta y legitima todas las normas en un ordenamiento legal, independientemente de su contenido específico.

forman cualquier sistema jurídico se pueden considerar válidas presuponiendo la validez de la norma fundamental. Por eso, la validez de una norma depende de otra norma superior y, en última instancia, de la norma que está en la base de la Constitución.

Es de destacar que la validez moral del régimen jurídico no es considerada en absoluto. La validez de la norma fundamental se asume, y las normas que provienen de esta (los mandatos acompañados de un imperativo) deben ser cumplidas para que sea eficaz. La “eficacia” es otro de los términos que está en la base de la teoría de Kelsen.<sup>11</sup> Una norma es eficaz si se obedecen las reglas que se pueden deducir de ella, o si en caso de no ser obedecida, los funcionarios toman medidas específicas ante la desobediencia.

Kelsen, bajo estos presupuestos, define al derecho como un sistema de coerción que impone normas establecidas por actos humanos de acuerdo con una Constitución. La eficacia de las normas es la que otorga validez a la norma fundamental. El sistema de normas puede ser visualizado en forma de pirámide, situando en la cúspide a la norma fundamental. Desde arriba hacia abajo las normas se concretan, es decir, se vuelven menos generales y más específicas (de general a particular). Por otro lado, Kelsen se pregunta qué es lo que tienen en común el derecho de los antiguos babilonios y el derecho contemporáneo de los Estados Unidos. Su respuesta es que en ambos casos se trata de “una técnica social que consiste en obtener comportamientos deseados por medio de la amenaza de sanciones coercitivas”. En un contexto de nítida separación entre los reinos del ser (*sein*) y del deber ser (*sollen*), Kelsen aclara enfáticamente que este último en ningún caso posee un contenido de tipo moral.<sup>12</sup>

Se comprende de esta manera que en una teoría donde el “deber ser” consiste en una relación puramente lógica entre norma, enunciado normativo y conducta, el concepto de *validez* adquiere una

---

<sup>11</sup> En la teoría legal de Kelsen, el concepto de “eficacia” se refiere al aspecto de una norma que se relaciona con su observancia y cumplimiento en la práctica social. Aunque la eficacia es importante para determinar cómo las normas influyen en el comportamiento humano y en la estructura de la sociedad, Kelsen distingue claramente entre la eficacia y la validez de una norma. Mientras que la validez se deriva de la posición jerárquica dentro del sistema normativo y su conformidad con la norma fundamental, la eficacia se relaciona con la realidad empírica de cómo las normas son aplicadas y respetadas en la sociedad. Kelsen argumenta que la eficacia de una norma no es un criterio para su validez, ya que una norma puede ser válida incluso si no es completamente eficaz en su aplicación. Esta separación entre eficacia y validez es un aspecto fundamental de la teoría pura del derecho de Kelsen, que busca analizar el derecho de manera despojada de consideraciones extrajurídicas.

<sup>12</sup> En la filosofía del derecho de Kelsen, el concepto de “deber ser” desempeña un papel crucial al distinguir la normatividad propia del ámbito legal. Kelsen argumenta que el derecho no debe ser confundido con descripciones empíricas de hechos, sino que se centra en establecer cómo deben ser las cosas, es decir, en las normas que regulan la conducta humana. El “deber ser” refleja la naturaleza prescriptiva de las normas legales, que indican cómo deben comportarse las personas en la sociedad, en contraposición a las afirmaciones sobre cómo son los hechos en el mundo. Kelsen busca aislar la esencia normativa del derecho, alejándose de juicios de valor y de cuestiones metafísicas, y enfocándose en la estructura y función de las normas en sí mismas. En este sentido, el “deber ser” es una característica intrínseca del sistema legal, y su análisis riguroso es fundamental para la comprensión de su teoría pura del derecho.

importancia fundamental. En este sentido, según Kelsen una norma jurídica válida solo puede ser concebida en el contexto de un sistema de normas válido. Es importante precisar que para Kelsen las normas importan deberes, pero no en el sentido moral, sino en un sentido jurídico-objetivo. La teoría pura de Kelsen considera la existencia de una norma hipotética fundamental que constituye la premisa mayor de todo el sistema jurídico, en el sentido de que la validez de todas las demás normas se derivan de ella y, por su parte, ella misma no es generada por ninguna otra norma, pues se *presupone*.

En concreto, uno de los pilares de su enfoque radica en el análisis “puro” del derecho, caracterizado por despojar a la teoría legal de consideraciones metafísicas o referencias a un hipotético derecho natural. Kelsen defendió la separación radical entre el derecho y la moral, argumentando que la validez y la eficacia de las normas jurídicas deben evaluarse sin confundir criterios éticos. Para él, el único derecho existente es el derecho positivo, el que es, en contraste con concepciones que enfocan en el derecho que debería ser. Este enfoque también le llevó a concebir el derecho como una realidad normativa, construida por un entramado de normas interconectadas. En este sentido, estableció una distinción clave entre los reinos del ser y del deber ser, separando las leyes naturales, regidas por la causalidad, de las normas que regulan la conducta humana, basadas en la imputación. Su noción de eficacia de una norma separada de su validez desafió percepciones convencionales: una norma puede ser válida por haber sido creada de acuerdo con un procedimiento formal previsto, independientemente de su aplicación práctica. Kelsen rechazó dualismos conceptuales, como el contraste entre derecho positivo y derecho natural, al igual que la dicotomía entre derecho público y privado o entre derecho objetivo y subjetivo.

Por todo esto, una de las distinciones cruciales que promovió Kelsen es la diferencia entre la filosofía del derecho y la teoría del derecho. Mientras la primera aborda cuestiones de justicia y puede considerarse una rama de la filosofía moral, la segunda se enfoca en el derecho tal como es en la práctica, es decir, el derecho positivo. Su objetivo es analizar la estructura y conceptos fundamentales del conocimiento legal, proporcionando una base teórica para comprender el sistema jurídico en su conjunto. En resumen, los aportes de Kelsen resaltan la necesidad de abordar el derecho desde una perspectiva despojada de suposiciones metafísicas y morales, destacando la importancia del derecho positivo y las normas en su configuración. Su enfoque metodológico y sus análisis han dejado una marca perdurable en la filosofía y teoría del derecho, transformando nuestra comprensión de la naturaleza y la estructura del sistema legal.

## V. La postura de Hart

Herbert Lionel Hart, en su crítica a la concepción de John Austin acerca de las normas legales, introduce un enfoque más matizado y complejo sobre la naturaleza del derecho. A diferencia de Austin, quien consideraba las normas como simples órdenes respaldadas por amenazas o mandatos emanados de una autoridad soberana, Hart cuestiona esta visión simplista. En lugar de reducir el derecho a comandos coercitivos, Hart sostiene que las normas jurídicas no pueden ser completamente

comprendidas desde esta perspectiva unidimensional. Argumenta que el análisis de Austin no logra dar cuenta de la diversidad y complejidad inherente al sistema jurídico, ya que este último abarca no solo comandos imperativos, sino también reglas secundarias que establecen procedimientos para la creación y modificación de normas, así como la adjudicación de conflictos legales. En su obra destacada, *El concepto de derecho*, Hart propone una teoría del positivismo jurídico que destaca la importancia de la aceptación social y la reglamentación interna en la validez de las normas, ofreciendo así una visión más sofisticada y completa de la naturaleza del derecho.

En este sentido, Hart desafía la visión simplista de las leyes como simples órdenes respaldadas por amenazas, proponiendo una perspectiva más sofisticada y contextualizada. En primer lugar, señala que esta concepción no puede aplicarse de manera uniforme a todas las leyes, especialmente a las leyes civiles, que no siempre se expresan como comandos directos con amenazas de coerción. Hart destaca la diversidad de funciones y formas que asumen las leyes en una sociedad compleja, incluyendo no solo mandatos imperativos, sino también normas que regulan acuerdos contractuales, establecen derechos y deberes y proporcionan marcos legales para la resolución de disputas. En segundo lugar, Hart destaca la diferencia fundamental con respecto a la perspectiva de Austin en cuanto a la aplicabilidad de las leyes. Mientras que en la visión de Austin el soberano está excluido de las leyes que él mismo establece, Hart sostiene que todos los individuos están comprendidos por las leyes, incluidos aquellos que participan en su creación. Este enfoque más inclusivo reconoce que la autoridad legal no se sitúa fuera de la comunidad, sino que es internalizada por todos los miembros de la sociedad. Finalmente, Hart subraya que la génesis de una ley difiere significativamente de la generación de una amenaza. Mientras que las amenazas suelen emanar de un individuo o entidad con poder coercitivo, las leyes emergen de procesos legislativos más complejos que involucran debates, votaciones y la participación de múltiples actores. Este análisis pionero de Hart destaca la necesidad de una comprensión más matizada y contextual del funcionamiento de las leyes en una sociedad, superando la simple noción de órdenes respaldadas por amenazas propuesta por Austin.

Por ello, Hart sostiene de manera contundente que el derecho no puede ser simplificado a una única clase de normas con un contenido uniforme. A diferencia de la concepción restringida de las normas coercitivas que imponen obligaciones o prohibiciones, Hart destaca la existencia de otras normas que desempeñan roles distintos y contribuyen a la función social del derecho. En este sentido, señala que hay normas que rigen la realización de “acuerdos jurídicos”, los cuales poseen efectos que pueden hacerse valer ante otras personas. Estos acuerdos jurídicos, como contratos, testamentos y matrimonios, no se limitan a establecer obligaciones o prohibiciones, sino que, de manera fundamental, reconocen u otorgan facultades y poderes para realizar ciertos actos. Estas reglas no imponen restricciones, sino que, en cambio, confieren la capacidad de crear y extinguir obligaciones, marcando así una diferencia crucial con las normas coercitivas. En este sentido, Hart introduce una visión más amplia y compleja del derecho, reconociendo su capacidad no solo para imponer deberes, sino también para facultar y regular las interacciones sociales de manera variada y multifacética.

Cuando incorporamos reglas que confieren facultades al lenguaje normativo, surge un vocabulario enriquecido con términos como “validez”, “nulidad” y “efecto jurídico”. Para comprender la distinción en la función de estas reglas, es esencial reconocer que aquellas que otorgan facultades no son sus-

ceptibles de ser “transgredidas” de la misma manera que las normas coercitivas. En este contexto, la inobservancia de las formalidades establecidas para un testamento o un matrimonio no constituye una violación de la ley, sino que simplemente impide la existencia de dichos actos jurídicos. La falta de cumplimiento de estas formas no se interpreta como una infracción, sino como la ausencia de una situación que pueda tener efectos jurídicos oponibles a terceros. Este matiz es ejemplificado por la situación de quienes conviven sin contraer matrimonio legal. Aunque pueda considerarse injusto que las parejas casadas y las no casadas no gocen de los mismos derechos, desde la perspectiva del derecho, la convivencia sin formalizar el matrimonio no constituye una violación de normas, sino más bien una diferencia en las consecuencias legales. En este caso, no se trata de una transgresión de la ley, sino de la falta de entrada en una situación específica con efectos jurídicos reconocidos, como el estatus de heredero. Es crucial reconocer estos matices para comprender la complejidad del derecho en su capacidad para regular no solo las obligaciones y prohibiciones, sino también las facultades y las relaciones que dan forma a las interacciones sociales.

Vale resaltar que Hart presenta dos objeciones fundamentales para refutar la idea de que la nulidad constituye un castigo. En primer lugar, sostiene que la nulidad no puede ser categorizada como inherentemente mala o punitiva, ya que en ciertos casos puede incluso considerarse beneficiosa. Esta perspectiva desafía la noción tradicional de que las sanciones, por definición, deben ser perjudiciales para aquellos que las experimentan. En el contexto de la nulidad, Hart señala que su aplicación no siempre implica un perjuicio para el individuo, ya que en algunos casos puede resultar en beneficios o consecuencias deseables. Por ejemplo, la nulidad de un contrato puede liberar a las partes de compromisos onerosos o desventajosos, actuando así en su favor.

La segunda objeción de Hart va más allá al cuestionar la equiparación estructural entre distintos tipos de normas, particularmente entre las coercitivas y las facultativas. Argumenta que la nulidad, como consecuencia de no cumplir con las formas prescritas para un acto jurídico, no sigue la misma lógica de las sanciones coercitivas que imponen deberes u obligaciones. La nulidad, en cambio, se deriva de reglas facultativas que confieren poderes y facultades. En este sentido, Hart destaca las diferencias estructurales inherentes a las normas coercitivas y facultativas, sosteniendo que la nulidad no se ajusta al modelo clásico de sanción, ya que no impone un castigo propiamente dicho, sino que refleja la falta de cumplimiento de ciertos requisitos normativos específicos. Estas objeciones de Hart contribuyen a una comprensión más matizada de la naturaleza de la nulidad y su relación con el concepto de castigo en el marco del pensamiento jurídico.

En las normas que establecen prohibiciones, se presenta una estructura dual que comprende tanto la prohibición de realizar ciertas acciones como la sanción asociada a la transgresión de dicha prohibición. Esta división clara entre la acción prohibida y la consecuencia punitiva es evidente en diversas normas legales que imponen deberes y restricciones. Por otro lado, en las normas que otorgan facultades para la creación de obligaciones se observa una singularidad estructural: en lugar de dos elementos distintos, estas normas consisten en un solo componente que detalla exactamente cómo se generan nuevos derechos y obligaciones. Este contraste subraya la diferencia esencial entre la naturaleza y función de las normas prohibitivas y las facultativas. Mientras que las primeras establecen límites y sanciones, las segundas proporcionan directrices precisas sobre cómo se pueden crear derechos y obligaciones, destacando la importancia de los procedimientos y condiciones en la

formación de actos jurídicos válidos. Este análisis contribuye a una comprensión más profunda de la diversidad estructural de las normas jurídicas y sus roles en la regulación de la conducta en sociedad.

Por otro lado, Hart también plantea una objeción significativa en relación con el origen de las normas, particularmente cuando se trata de normas consuetudinarias con efectos legales. Mientras que las órdenes tienen un origen claro y concreto en la voluntad y deseo de una persona identificable, las normas consuetudinarias, que se basan en costumbres con implicaciones legales, presentan un origen más incierto. Hart destaca la dificultad de categorizar estas normas como simples “órdenes”, ya que su surgimiento no responde a la voluntad directa de una autoridad identificable. En el caso de las normas consuetudinarias, el problema radica en la falta de una figura central que emita una orden específica. La interpretación de estas normas como una “orden tácita” de la autoridad actual se vuelve problemática, ya que no se puede presuponer que el silencio de la autoridad respecto a una costumbre en particular implique una orden para que los tribunales la consideren como derecho. Hart subraya que la autoridad puede desconocer completamente las costumbres legales de un lugar o simplemente no darles importancia, sin que esto implique necesariamente una orden de seguirlas.<sup>13</sup>

Hart por ello enfatizó la importancia de distinguir las reglas secundarias, como las reglas de reconocimiento y las reglas de cambio, que establecen cómo se crean, modifican y aplican las normas primarias. En contraposición a la visión de amenazas y mandatos, el autor propuso que las normas jurídicas son mejor entendidas como pautas que guían el comportamiento, no solo como imperativos respaldados por coerción. Esta crítica de Hart sentó las bases para su propia teoría del derecho, que considera la complejidad y las múltiples capas de las normas, así como su papel en la estructura y evolución del sistema legal.

Hart critica también la noción de hábito de obediencia presentada por Austin, argumentando que es insuficiente para explicar la continuidad en los sistemas jurídicos cuando hay un cambio de gobernante. Contrario a la idea de un hábito generalizado de obediencia, sugiere que existen normas específicas diseñadas para garantizar una transición ininterrumpida de poder. Estas normas, según Hart, son esenciales para mantener la estabilidad y la continuidad en el sistema jurídico, incluso cuando hay cambios en la autoridad gobernante. Además, Hart cuestiona la noción de soberanía, señalando que en la realidad jurídica contemporánea existen límites legales, lo que significa que ya no hay soberanos con poder ilimitado. Este punto contradice la perspectiva de Austin, que concebía la soberanía como un poder supremo e ilimitado.

La crítica más fundamental de Hart se dirige a la idea de que las normas jurídicas son simplemente órdenes coercitivas. Argumenta que la estructura de las normas jurídicas plantea un problema

---

<sup>13</sup> Además, Hart advierte que aplicar la presunción de que el silencio de la autoridad significa una orden en el contexto de los Estados modernos es poco razonable. A diferencia de situaciones más íntimas, como el ejemplo de un comisario que omite actuar frente a la tortura de sus oficiales, donde se podría presumir que tácitamente permite o alienta dicho comportamiento, en el ámbito de los Estados modernos, la aplicación de esta presunción carece de fundamento razonable. Hart resalta la complejidad y la falta de claridad en el origen de las normas consuetudinarias, desafiando la noción de que todas las normas pueden ser equiparadas a órdenes emanadas de una voluntad consciente y claramente expresada.

fundamental para la concepción de órdenes, ya que las que emiten los órdenes son las mismas que las reciben. Esto resulta en una situación absurda, ya que implica que uno se da órdenes a sí mismo y se amenaza con castigarse si no cumple. Hart sugiere que la distinción entre el “legislador” y el “ciudadano” es esencial para entender la dinámica de las normas jurídicas. Sin embargo, para establecer esta distinción, se necesitarían reglas de procedimiento, como las reglas facultativas, que son incompatibles con la idea de que las reglas son simplemente órdenes de una persona a otra.

En resumen, Hart desafía la perspectiva de Austin al subrayar la importancia de normas específicas para la transición de poder, cuestionar la noción de soberanía ilimitada y argumentar que las normas jurídicas no pueden ser reducidas a simples órdenes coercitivas debido a la estructura peculiar de su emisión y recepción. Estas críticas forman parte fundamental de la teoría del positivismo jurídico de Hart, que busca proporcionar una comprensión más sofisticada y precisa de la naturaleza del derecho.

Por ello, en *El concepto de derecho*, Hart introduce una distinción fundamental entre las normas primarias y secundarias, proporcionando así un marco teórico más completo para comprender la complejidad del orden jurídico. Las normas primarias, según Hart, son aquellas que imponen obligaciones y regulan conductas, abarcando tanto normas penales como las de responsabilidad civil. Estas normas establecen deberes y derechos para los individuos, definiendo la conducta aceptable dentro de la sociedad. Por otro lado, identifica las normas secundarias como reglas que confieren potestades, autorizando a individuos o grupos a crear, modificar o extinguir normas. Estas normas secundarias son vitales para la operación y evolución del sistema jurídico. Hart clasifica las normas secundarias en tres categorías: reglas de reconocimiento, reglas de cambio y reglas de adjudicación. Las reglas de reconocimiento sirven para identificar qué normas pertenecen al sistema jurídico, estableciendo un criterio de origen como factor determinante. Las reglas de cambio indican los procedimientos para que las normas primarias puedan cambiar dentro del sistema, permitiendo así la adaptación y desarrollo del ordenamiento jurídico en respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad. Por último, las reglas de adjudicación otorgan competencia a los órganos jurídicos para determinar si se ha infringido una norma primaria y, en caso afirmativo, aplicar las correspondientes consecuencias legales.

Esta distinción entre normas primarias y secundarias, junto con la clasificación de las normas secundarias en reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, ofrece una visión más completa y detallada de la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Hart busca superar la visión simplista de las normas como simples órdenes coercitivas, reconociendo la complejidad y la diversidad de funciones que desempeñan en la regulación de la conducta y la administración de la justicia.

De esta manera, Hart desarrolla una crítica perspicaz a la teoría de Hans Kelsen, en particular a la noción de la norma básica como una presunción fundamental. En contraste, Hart propone que la base fundamental de cualquier ordenamiento jurídico no es una presunción, sino un hecho concreto: la regla de reconocimiento. Este concepto es central en la teoría de Hart y representa una diferencia clave con respecto a la perspectiva kelseniana. En la visión de Hart, la regla de reconocimiento no deriva su validez de otras normas, como lo sugería Kelsen, sino que es una regla que existe y se sustenta en la aceptación práctica por parte de los jueces. Los jueces, al utilizar expresiones como “Es la regla en el país X que Y”, están implícitamente reconociendo y aceptando la regla de reconocimiento

que determina la validez de otras normas dentro del sistema jurídico. En otras palabras, la regla de reconocimiento sirve como un criterio práctico adoptado por los jueces para distinguir y validar las normas que forman parte del ordenamiento jurídico.

La contribución de Hart radica en cambiar la perspectiva de la norma básica de ser una presunción a ser un hecho concreto que surge de la práctica y la aceptación de los actores jurídicos. Mientras que para Kelsen la norma básica es una presuposición lógica, para Hart es una realidad que se observa en la conducta efectiva de los jueces al reconocer y aplicar normas en su labor diaria. Esta concepción de la regla de reconocimiento como un hecho, en lugar de un concepto *a priori* o una presuposición lógica, subraya el enfoque empírico y pragmático de Hart en la teoría del derecho.

## VI. Conclusión

El análisis de Herbert Lionel Hart representa un hito significativo en la evolución de la teoría jurídica al cuestionar y superar la concepción simplista de la norma como una mera amenaza respaldada por sanciones, defendida por juristas como John Austin y Hans Kelsen. Hart introduce conceptos innovadores, como las reglas secundarias, que permiten una comprensión más profunda de la complejidad inherente al sistema legal. Su enfoque destaca la importancia de la aceptación social y la eficacia como elementos fundamentales en la construcción y operación del sistema legal. Al desafiar la idea de que todas las normas pueden reducirse a comandos respaldados por amenazas, Hart resalta la interacción dinámica entre las normas primarias que imponen obligaciones y las normas secundarias que confieren potestades para crear, modificar o extinguir normas. Este enfoque matizado revela la interdependencia de las normas y la necesidad de considerar la aceptación social como un factor crucial para la validez y efectividad del sistema jurídico.

La crítica de Hart promueve una apreciación más rica de cómo las normas legales operan en la práctica y cómo se integran con nociones fundamentales como la obediencia, la autoridad y la aceptación. Su perspectiva destaca la complejidad de la relación entre el sistema legal y la sociedad, subrayando que el derecho no es simplemente un conjunto de órdenes coercitivas, sino un fenómeno social dinámico que evoluciona en respuesta a las necesidades y valores cambiantes de la sociedad. En este sentido, las objeciones formuladas por Hart a la noción de "norma jurídica" han generado una revolución en la conceptualización y comprensión del derecho en la sociedad contemporánea. Su enfoque integral ha redefinido la manera en que abordamos la filosofía jurídica, destacando la complejidad inherente a las normas legales y su interacción dinámica con los individuos y las autoridades.

Las contribuciones de Hart continúan siendo relevantes en la actualidad y siguen inspirando a académicos y estudiosos en su búsqueda de una comprensión más profunda y precisa del derecho. Su enfoque ha influido en las discusiones contemporáneas sobre la interpretación del derecho, la dinámica de los sistemas legales y la relación entre el derecho y la sociedad. En última instancia, Hart ha dejado un legado duradero que ha enriquecido la filosofía jurídica y ha contribuido a moldear la forma en que abordamos las cuestiones legales en la sociedad moderna.

## Bibliografía

- Alchourrón, C y Bulygin, E. (1996). "Norma jurídica". En Garzón Valdés, E. y Laporta, F. (coord.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, pp. 133-147.
- Bulygin, E. (1996). "Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho". En *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp.331-338.
- Guarinoni, R. V. (2006). *Derecho, Lenguaje y Lógica*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law*. 13ª edición. Oxford: Oxford University Press, caps. II a V [*El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1ª edición, 1968].