

PROBLEMAS ABIERTOS DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO*

Roberto M. Jiménez Cano **

RESUMEN

El presente artículo, partiendo de la concepción de la teoría práctica de las reglas y, en concreto, de la regla de reconocimiento de Herbert Hart, trata de abordar dos problemas iusfilosóficos fundamentales que aún hoy quedan abiertos en el estudio de la regla de reconocimiento, los cuales afectan tanto a sus posibilidades de existencia como a su viabilidad como instrumento normativo. Así, y a pesar de apuntar algunas otras cuestiones, se abordará, por un lado, la viabilidad conceptual de una regla de reconocimiento que incorpore criterios morales de validez y, por otro, los diferentes enfoques desde los que se puede entender que una regla de reconocimiento es una regla obligatoria.

PALABRAS CLAVE

Regla de reconocimiento, Hart, validez, positivismo incluyente, convencionalismo, tesis de la autoridad, tesis de la diferencia práctica, normatividad, razones para la acción.

SUMARIO

1. Introducción. 2. El modelo simple de existencia y normatividad del Derecho. 3. El modelo complejo: la teoría práctica de las reglas. 4. Breve exposición sobre la regla de reconocimiento. 5. Problemas relativos a la existencia de la regla de reconocimiento. 6. Problemas relativos a la normatividad de la regla de reconocimiento. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En toda sociedad compleja, de acuerdo con Herbert Hart, existe una regla de reconocimiento que sirve para reconocer o identificar las reglas sociales (y, por ende, las jurídicas) del grupo por medio de los criterios o características especificados por ella¹. Dicha regla de reconocimiento, una vez aceptada, impone un deber sobre los jueces consistente en considerar tales criterios específicos como identificadores de los estándares jurídicos que deben aplicar en sus decisiones². Con dicha regla maestra³, Hart pretende resolver las dos cuestiones principales de la filosofía del Derecho: las condiciones de existencia del Derecho y el problema de su normatividad, esto es, qué es el Derecho y cómo explicar su

* Fecha de recepción: 31 de mayo de 2009. Fecha de aceptación: 14 de julio de 2009. Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 CSD2008-00007, y del Proyecto DER-2008-03941/JURI del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (2008-2010).

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España).

¹ HART, H., *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 126 y 137.

² HART, H. «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. L. Hierro, F.J. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980, pp. 7-8.

³ La expresión «regla maestra» (*master rule*) fue usada por Ronald DWORKIN en numerosas ocasiones para designar específicamente la regla de reconocimiento, pero también se utiliza para englobar la idea positivista de la existencia de algún criterio que sirva para delimitar lo jurídico. De esta manera, se puede leer dicha expresión —entre otros lugares— en *Los derechos en serio* (1977), 2ª ed., trad. de M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989, p. 99.

normatividad⁴. El presente trabajo, lejos de hacer un exhaustivo estudio tanto de los fundamentos de la validez como de la normatividad del Derecho, pretende exponer y analizar algunos problemas de los que adolece la regla de reconocimiento en los dos ámbitos apuntados y que aún hoy día están abiertos⁵.

Tras unos epígrafes dedicados a explicar lo esencial de la regla de reconocimiento, el trabajo se centra en dos problemas fundamentales que aún hoy no están cerrados y que afectan tanto a las posibilidades de existencia de la regla de reconocimiento como a su viabilidad como instrumento normativo. Así, y a pesar de apuntar algunas otras cuestiones, se abordará, por un lado, la viabilidad conceptual de una regla de reconocimiento que incorpore criterios morales de validez y, por otro, los diferentes enfoques desde los que se puede entender que una regla de reconocimiento es una regla obligatoria.

2. EL MODELO SIMPLE DE EXISTENCIA Y NORMATIVIDAD DEL DERECHO

Una de las aportaciones fundamentales de Hart a la teoría del Derecho ha sido su tesis según la cual las reglas sociales, por un lado, explican un hábito de conducta y, por otro, determinan una actitud normativa. Sin embargo, no será Hart el primer jurista que tome como base para la fundamentación del Derecho los hechos sociales. No en vano para ello utiliza y toma como modelo expositivo del Derecho la teoría de John Austin, quien también pretende responder a las cuestiones de existencia y de normatividad del Derecho. En efecto, la pretensión de Hart al introducir la idea de regla no es otra que superar la teoría de Austin para ofrecer una mejor descripción del Derecho. Para Austin, el problema de la validez jurídica —entendida como la pertenencia de una norma o de un mandato (imperativo) a un sistema jurídico— es resuelto de manera factual. Es decir, una norma —con independencia de su contenido— pertenecerá a un sistema jurídico si ha sido de hecho promulgada por

⁴ BULYGIN, E., «¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?», *Doxa*, 27, 2004, p. 16. La normatividad del Derecho puede verse desde el punto de vista de la obligatoriedad o fuerza vinculante de las normas jurídicas (DELGADO PINTO, J., «Normatividad del Derecho», en Garzón, E. y Laporta, F.J. (eds.): *El derecho y la justicia*, 2ª ed. Madrid: Trotta, 2000, p.425) o desde la consideración de éstas como razones para la acción a la hora de fundamentar un comportamiento (RAZ, J., «Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason», *Ratio*, 12, 4, 1999, p. 354).

⁵ El propio HART ya señaló que algunas de sus ideas tienen muchas oscuridades, ambigüedades y falta de precisión. De hecho, declaró expresamente que «soy, siento decirlo, un escritor algo descuidado, existiendo numerosos ejemplos en mis libros en los que he expresado mis puntos de vista de un modo inadecuadamente ambiguo o demasiado impreciso». Véase esta declaración en PÁRAMO, J.R. de, «Entrevista a H. L. A. Hart», *Doxa*, nº 5, 1988, p. 343.

el soberano o por sus delegados⁶. Ahora bien, la validez jurídica de las normas singulares se reconduce a una validez fáctica en el caso del sistema jurídico en su conjunto. Así, existirá un sistema jurídico por obra de los actos, imperativos o mandatos de un soberano⁷. En cuanto a la normatividad, en el modelo de Austin, una norma es obligatoria si el comportamiento desviado respecto del mandato emanado del soberano es susceptible de ser sancionado. Esto es, la orden emanada del soberano deviene obligatoria en cuanto que, ante su incumplimiento por parte del súbdito, es más probable —y, por ende, predecible— que haya una reacción violenta, sencillamente porque se está ante una relación de dominio entre un superior (soberano) y un inferior (súbdito). Dicha relación de dominio y tal predecibilidad llevan a que los súbditos tengan obediencia habitual a los mandatos del soberano, estableciéndose así una sociedad política independiente⁸.

Hart, al igual que Austin, considera la validez de las normas como una cuestión de pertenencia, lo que supone decir que una norma es jurídicamente válida si pertenece al sistema jurídico⁹. No obstante, del propio sistema no se puede predicar su validez, dado que a su vez no pertenece a otra entidad jurídica superior, sino sencillamente su existencia. El fundamento de dicha existencia será, como en Austin, un hecho, pero no ya la existencia de un soberano, sino la de un determinado tipo de regla social, la regla de reconocimiento. A partir de ahí, el resto del modelo de Austin le parece a Hart una forma simple e insatisfactoria de entender el Derecho. El hábito de obediencia de ese modelo simple obvia el

⁶ Véase esta definición en AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Cambridge: Hackett Publishing, 1998, p. 193.

⁷ Nótese que AUSTIN configura las leyes como una clase de mandatos. Véase, una vez más, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 13.

⁸ AUSTIN entiende que un mandato es la expresión de un deseo, pero un deseo que se diferencia de otro tipo de deseos por la posibilidad de infringir un mal, esto es, de imponer una sanción al responsable de no haber cumplido con tal deseo o mandato. Esta responsabilidad por el incumplimiento del deseo se concibe, desde otro punto de vista, como una obligación o deber de obedecer el mandato o deseo, quedando así tanto el mandado como el deber y la sanción conectados inseparablemente. Cuando los elementos «mandato», «deber» y «sanción» entran en el juego de las relaciones entre soberano y súbdito la ejecución efectiva de la sanción no sólo deviene posible, sino probable por cuanto el soberano es superior a cualquier otro sujeto. Dicha superioridad del soberano y, por ende, la probable sanción en caso de incumplimiento de sus mandatos conducen a un hábito de obediencia de la mayor parte de los súbditos a los deseos del soberano -aquel que no tiene hábito de obediencia a otro y quien recibe obediencia habitual de la mayor parte de una sociedad dada (*The Province of jurisprudence Determined*, cit., pp. 14-17 y 193-194).

⁹ Esta forma de entender la validez en el sentido de pertenencia al sistema se aprecia en HART, H., *El concepto de derecho*, cit., p. 129. No obstante, sobre los diferentes sentidos del término validez en el lenguaje jurídico, véase BULYGIN, E., «Validez y positivismo» (1987), en Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 508-511.

problema de la continuidad de la potestad de creación del Derecho a lo largo de una situación cambiante de legisladores. Y ello porque, por poner un ejemplo, un hábito implica que una persona, de la que se predica el «hábito» de leer el diario durante el desayuno, ha venido leyendo el periódico durante algún tiempo considerable y que probablemente lo seguirá haciendo. Trasladado al ámbito jurídico, este hecho, a juicio de Hart, abre el siguiente problema: para saber si estamos ante un hábito habría que esperar un tiempo para comprobar si efectivamente existe tal. Así, tras un cambio de legislador, es decir, de soberano, se debería esperar un tiempo para comprobar si se produce un hábito de obediencia a sus mandatos. Ello implicaría, de seguir las tesis de Austin, que durante cierto tiempo no existiría ni Derecho ni obligación jurídica¹⁰.

Entender que ante un simple cambio de soberano toda norma dictada por el nuevo soberano no sería verdaderamente jurídica hasta transcurrido un tiempo —el necesario para que hubiera un hábito de obediencia— contrastaría con la realidad, ya que la continuidad del Derecho en un nuevo soberano se asegura, en la práctica, mediante reglas —reglas de sucesión, título, título de suceder, facultad de crear normas jurídicas— que permiten dicha continuidad entre soberanos. En definitiva, la creación y derogación de las normas jurídicas no puede ser descrita en términos de hábitos de obediencia a órdenes coactivas, sino que tiene que haber algo distinto. Durante la existencia del legislador anterior se ha debido producir una práctica social más compleja que la descrita en términos de un mero hábito de obediencia. Para Hart, esta práctica social sería «la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder»¹¹, lo que explicaría la inexistencia de interrupción en la calificación jurídica de las normas emanadas del nuevo legislador. No hace aquí Hart, pues, más que reclamar la existencia de las normas de competencia.

3. EL MODELO COMPLEJO: LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS

La descripción del sistema jurídico sobre la base de mandatos respaldados por amenazas y hábitos de obediencia le pareció a Hart demasiado simple a la hora de describir sistemas jurídicos complejos como los actuales. En un intento de superación de tal modelo simple, propuso usar el concepto de regla como la principal herramienta de un modelo que permitiera una mejor descripción del sistema jurídico.

Las reglas, al menos en un aspecto inicial, no parecen tan diferentes a los hábitos de los que hablaba Austin, ya que ambos son prácticas sociales y poseen un rasgo de generalidad, esto es, una

¹⁰ Véase el desarrollo completo de la crítica de HART en *El concepto de derecho*, cit., pp. 66 y 67.

¹¹ HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., p. 69.

convergencia de la mayor parte del grupo social en tales prácticas. Pese a ello, son tres las diferencias entre ambas prácticas sociales¹².

En primer lugar, para que el grupo social tenga un hábito es suficiente con que su conducta converja de hecho sin necesidad de que la desviación en esa conducta sea criticable, mientras que la existencia de una regla supone que la desviación en la conducta será criticada. Por ejemplo, si alguien no toma café tras la comida ello no suscitará ninguna reacción social crítica, lo que sí ocurriría, en cambio, si un asaltante matara al dueño de la joyería que está atracando por resistirse el segundo a darle las joyas al primero.

En segundo lugar, y frente a lo que sucede en el caso de los hábitos, ante las desviaciones de una regla no sólo se formula una crítica, sino que una buena razón para dicha crítica es precisamente la desviación de la conducta. Es, precisamente, esta desviación la que convierte en legítima o justificada la crítica.

Finalmente, si bien los hábitos sólo tienen un aspecto externo consistente en la conducta regular uniforme que un observador puede reconocer, las reglas poseen además un aspecto interno que se manifiesta en la crítica hecha a uno mismo y a los otros frente a la desviación presente o amenazada. Aspecto interno que se manifiesta, asimismo, en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica. En definitiva, este aspecto interno tendría su expresión características en expresiones del tipo «yo debo», «tú tienes que», «deber», «correcto» o «incorrecto».

Tal y como se ha expuesto, en la teoría de Austin el concepto de obligación quedaría reflejado en la imagen según la cual un empleado de banca entrega el dinero ante la orden respaldada por amenazas de un asaltante. Pero, el empleado ¿se vio obligado a ello o tenía la obligación de hacerlo? A juicio de Hart, parece que lo que mejor describe la situación entre el empleado y el asaltante sería decir que el empleado *se vio obligado* a entregar el dinero y no que *tenía la obligación* de entregárselo. Para Hart, el enunciado «verse obligado» es principalmente un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción, mientras que el enunciado «tener la obligación» es de un tipo muy distinto. En principio, un enunciado del tipo «tener la obligación» es totalmente independiente de si se hizo o no lo que se tenía que hacer, mientras que el enunciado «verse obligado» lleva aparejado que efectivamente se hizo algo. Además, un enunciado del tipo «tener la obligación» implica la existencia de una regla, sencillamente porque denota que

¹² Sobre las semejanzas y las diferencias entre los hábitos y las reglas, vid. HART, H., *El concepto de derecho*, cit., pp. 69-72.

el no hacer algo sobre lo que se tiene obligación de hacer acarrearía una crítica justificada (aspecto interno)¹³.

Si se hace un paralelismo *mutatis mutandis* con la institución de la costumbre jurídica, el aspecto externo de una regla equivaldría al elemento objetivo o material de la costumbre, esto es, al hecho de la repetición uniforme y constante en el tiempo del comportamiento. Por su parte, el aspecto interno se correspondería con el elemento subjetivo o espiritual u *opinio iuris* del Derecho consuetudinario, es decir, con la opinión de que tal comportamiento vale como jurídicamente obligatorio. Esto, en lo concerniente a las reglas, coincidiría con la legitimidad de la crítica a la desviación, así como con la exigencia del comportamiento deseado. Una costumbre en Derecho es mero hábito si falta la *opinio iuris*; en similar sentido, una regla no es regla sino mero hábito si carece de aspecto interno¹⁴. A este paralelismo entre el Derecho consuetudinario y las reglas puede deberse la definición que brinda Hart sobre la regla de reconocimiento como «una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales»¹⁵.

Estas diferencias que Hart presenta de las reglas respecto de los hábitos han configurado lo que se ha venido a denominar la «teoría práctica de las reglas»¹⁶. Esquemáticamente esta teoría se podría resumir de la siguiente manera

1. Hay una regularidad de comportamiento según la regla en un grupo, de tal manera que la mayor parte de los miembros de dicho grupo se conforman regularmente con el patrón de conducta de la regla.

2. La mayor parte de los miembros del grupo manifiestan una actitud normativa hacia la regla; actitud que que Hart calificó como de «aceptación»¹⁷. En la idea de aceptación subyacen dos notas:

¹³ HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., pp. 102-104 y 107.

¹⁴ Este paralelismo con el Derecho consuetudinario ya fue señalado por José Juan MORESO en «La teoría del dret de H. Hart (Herbert versus Hèrcules)», *Working paper*, nº 14, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1990, p. 5.

¹⁵ HART, H., *Post Scriptum al concepto de Derecho* (1994), ed. por P.A. Bulloch y J. Raz, trad. R. Tamayo. México: UNAM, 2000, p. 33.

¹⁶ El propio HART ha escrito que su explicación sobre las reglas sociales «ha llegado a conocerse como la 'teoría práctica' de las reglas en virtud de que trata las reglas sociales de un grupo como constituidas por una forma de práctica social que comprende, tanto patrones de conducta regularmente seguidos por la mayoría de los miembros del grupo, como una distintiva actitud normativa hacia esos patrones de conducta, a la cual he llamado 'aceptación'» (id., p. 32).

¹⁷ La aceptación consiste, para HART, «en la disposición continua de los individuos de considerar tales patrones de conducta como guías de su propia conducta futura y como estándares de crítica los cuales pueden legitimar reclamos y varias formas

(a) Una guía de conducta: Cada miembro del grupo toma el patrón de conducta de la regla como su propia guía de conducta futura.

(b) Una justificación de la crítica y de la presión ante la desviación de la conducta marcada por el patrón: La existencia del patrón de conducta es empleado por los miembros del grupo, por un lado, como una razón para criticar el comportamiento *anormal* y, por otro, como una justificación para ejercer presión social sobre otros miembros del grupo para conformarse al patrón.

Las reglas pueden ser de distintos tipos. Así por ejemplo, reglas son las de etiqueta, pues la desviación de la conducta prescrita en ellas suele ser criticada. Sin embargo, parece más apropiado reservar la idea de obligación para otro tipo de reglas, aquellas en la que «la exigencia general a favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande»¹⁸. Hart se refiere aquí principalmente a las reglas jurídicas. La diferencia entre una regla jurídica y cualquier otra regla social reside en que la actitud normativa, la crítica, la presión social y la sanción ante la desviación del comportamiento prescrito en la regla es más fuerte¹⁹.

Las reglas, además de ser de distintos tipos, pueden ser objeto de puntos de vista diferentes. Uno se puede ocupar de ellas como un mero observador que se limita a constatar la regularidad de conducta en que consiste el aspecto externo de la regla. Esta perspectiva, sin embargo, no contempla la actitud de aceptación en que consiste el aspecto interno. Pero uno se puede comportar como un miembro del grupo que acepta las reglas y que las usa como guías de conducta. De acuerdo con esta diferencia, Hart calificó a la primera perspectiva como la del «punto de vista externo» y a la segunda como la del «punto de vista interno»²⁰.

Un observador eterno —por ejemplo, un sociólogo— puede, sin aceptar la regla, afirmar que un grupo acepta las reglas. O también

de presión para [exigir] conformidad [hacia ellas]». Véase, una vez más, el *Post Scriptum*, cit., p. 32.

¹⁸ HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., p. 107.

¹⁹ En relación con esta diferencia entre las reglas sociales y las jurídicas, Luis RECASÉNS ha definido las reglas del trato social como «normas emanantes de mandatos colectivos anónimos (esto es, de la gente, de los demás, en suma, de la sociedad), como comportamientos debidos en ciertas relaciones sociales, en un determinado grupo o círculo especial y sin contar con un aparato coercitivo a su disposición, que fuerce inexorablemente a su cumplimiento, aunque con la amenaza de una sanción de censura o de repudio por parte del círculo social correspondiente» (*Vida humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*. México: Casa de España en México, 1939, p. 97).

²⁰ Véase la diferencia de puntos de vista en HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 110-111.

puede, simplemente, describir los comportamientos regulares que observa en el grupo y señalar aquellas regularidades hostiles frente a las desviaciones. Esta observación no podrá ser en términos de reglas y obligaciones, puesto que no se abordan las razones de la actuación y la crítica a la desviación, sino simplemente en términos de regularidades de conducta y de castigo o reacción ante la conducta desviada. Por otro lado, quien observe la regla desde el punto de visto externo y no la acepte como guía de conducta usará frases del tipo «me vi obligado» (por miedo al castigo, por ejemplo). Frente a esta perspectiva, estará la característica del punto de vista interno. Según ella, aquel que vea la regla desde el punto de vista interno acepta la regla, la usa como guía de conducta y utilizará, por tanto, expresiones del tipo «tuve la obligación»²¹.

Se trataría ahora de analizar cómo afecta este punto de vista interno a la cuestión de la existencia de un sistema jurídico. Para ello, es decir, para predicar su existencia, no resulta necesario que toda la población comparta este punto de vista interno sobre las reglas. Basta, simplemente, con que lo hagan la mayoría de los operadores jurídicos o de funcionarios del sistema. Con respecto a los ciudadanos, bastaría con que la mayor parte de ellos obedecieran las reglas. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno del que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta. En lugar de ello, quien simplemente obedece puede limitarse a ver en la regla «algo que exige *de él* una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispuesto a la autocritica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación»²².

No obstante la anterior diferencia de perspectivas, existe un tercer punto de vista. Se trataría de lo que Neil MacCormick ha propuesto llamar el *punto de vista hermenéutico*. En sus propias palabras, «lo que debe hacer el teórico de la escuela de Hart, es tomar como su punto de vista el de una persona que comprende y busca describir las reglas jurídicas tal como éstas se tienen por tales desde el punto de vista interno, sin considerar ningún compromiso suyo a favor o en contra de estas reglas en su aspecto interno»²³.

²¹ HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., pp. 112-113.

²² HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., pp. 142-144.

²³ Vid. MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*. London: Edward Arnold Publishers, 1981, pp. 38 y ss; también, del mismo autor, «Reglas sociales», trad. de L. Emilfork, en AA.VV., *H. Hart y el concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales (Facultad de Ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Valparaíso, Chile), n° 28, 1986, pp. 309 y ss.. Quizá el propio HART no excluyera en *El concepto de Derecho* hacer enunciados externos de validez al escribir que «la palabra "válido" es usada con más frecuencia, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos» (*El concepto de Derecho*, cit., p. 128, la cursiva es mía); cosa que admitió —recogiendo el punto de vista hermenéutico propuesto por MACCORMICK—

Este punto de vista podría ser denominado también como desinteresado o desprendido, pues se formula desde el punto de vista de quien acepta la validez de las normas pero sin comprometerse²⁴. Los enunciados realizados desde este punto de vista desinteresado - propios de teóricos del Derecho o abogados-, en los que se informa a otros de lo que deben hacer de conformidad con el Derecho con independencia de que los informadores se comprometan o no con su aceptación o rechazo, son denominados por Raz como «enunciados jurídicos imparciales»²⁵.

4. BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Desestimado por su escasa capacidad explicativa el modelo simple de Derecho basado en los mandatos del soberano, Hart señaló que la mejor forma de estudiar el sistema jurídico era entender éste como el resultado de una unión de reglas primarias y de reglas secundarias. Las reglas primarias son reglas de comportamiento y son, aparentemente, las más importantes de un sistema jurídico. No obstante, un sistema compuesto únicamente de reglas primarias tendría varios defectos. Serán las reglas secundarias las que tengan como misión suplir tales carencias. El primer defecto que se puede observar en un orden jurídico compuesto sólo de reglas primarias sería su falta de unidad. El conjunto de reglas primarias no se vería como un sistema, sino como un agregado de normas de comportamiento separadas o inconexas, sin nada común que las identificara, salvo el ser aceptadas por un grupo. Esta falta de unidad puede conllevar la duda sobre cuáles son las reglas del sistema debido a la inexistencia de un procedimiento -el cual tendría que consagrarse en un tipo de norma que ya no sería primaria- que indicara, por ejemplo, un texto o una autoridad de referencia que en última instancia diera unidad e identificara al sistema. Habría, por tanto, una falta de certeza en un sistema jurídico compuesto únicamente por reglas primarias.

en sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982, pp. 13-14 y en *Post Scriptum*, en el que afirma que no hay nada que «impida a un observador externo, no participante, describir las formas en las cuales los participantes ven el derecho desde ese punto de vista interno [...] Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del derecho de los participantes; pero, puede y debe, describir tal aceptación» (*Post Scriptum*, cit., p. 15). No obstante, con anterioridad a MACCORMICK, ya había puesto de relieve este punto Alf ROSS. El propio ROSS confiesa estar asombrado de que HART no vea o no mencione el lenguaje externo de un observador que como tal ni acepta ni rechaza las reglas, pero que sólo hace un informe sobre ellas, como el caso, del jurista teórico (ROSS, A., «Review: The Concept of Law by H. Hart», *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1961-1962, p. 1189).

²⁴ Estas denominaciones se encuentran en GARZÓN VALDÉS, E., «Algo más sobre la relación entre derecho y moral» [1990], en Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, 1998 [3ª reimp., 2003], p. 148.

²⁵ Vid. RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, 2ª ed., trad. de R. Tamayo, UNAM, 1985, pp. 196 y ss.

La falta de certeza, sin embargo, no representaría el único defecto de órdenes compuestos solamente por normas de conducta. Por un lado, el carácter estático, esto es, la imposibilidad de cambio y adaptación de sus reglas a nuevas circunstancias, y, por otro, la inseguridad en la aplicación de las normas y la ineficacia de su cumplimiento serían los otros dos fallos de los sistemas jurídicos simple compuestos tan sólo de reglas primarias.

Precisamente para suplir estos defectos Hart introduce el concepto de regla secundaria. Mientras que las reglas primarias se ocupan del comportamiento de los individuos, las secundarias son reglas sobre las primeras. Hart identifica tres reglas secundarias: las de reconocimiento, cambio y adjudicación. Así, la regla de reconocimiento serviría para suplir el defecto de falta de certeza o certidumbre, la estaticidad quedaría solucionada con la introducción de reglas de cambio y, finalmente, la ineficacia con presencia de las reglas de adjudicación²⁶.

La regla de reconocimiento servirá, entonces, para reconocer o identificar las reglas del grupo social, pues especificará alguna característica cuya posesión por una regla revelará una afirmación indiscutible de que se trata de una regla del grupo²⁷. La regla de reconocimiento es, pues, el elemento que fundamenta el sistema jurídico, que le otorga unidad y certeza, identifica e individualiza a aquél respecto de otros y, finalmente, lo delimita respecto de otros sistemas normativos²⁸.

Todas las reglas primarias y secundarias del sistema —a excepción de la propia regla de reconocimiento— son válidas, esto es, pertenecen al mismo siempre que cumplan con las características o criterios establecidos por la regla de reconocimiento²⁹. Tal y como se

²⁶ La exposición completa y detallada de las reglas secundarias se encuentra en HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 114 y ss.

²⁷ En palabras de HART, «dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación» (id., p. 125).

²⁸ A este respecto Albert CALSAMIGLIA sostiene que «uno de los objetivos fundamentales de Hart —y también de su escuela— fue establecer los límites del derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye precisamente para identificar el derecho» («Postpositivismo», *Doxa*, n.º 21-I, 1998, p. 211). En palabras de Gregorio ROBLES, «la función identificadora que ésta cumple se complementa con su función delimitadora (del conjunto de las reglas sociales que existen en una sociedad delimita las que forman parte del orden jurídico)» («Hart: algunos puntos críticos», *Doxa*, n.º 21, vol. II, 1998, p. 399).

²⁹ De los diferentes sentidos del término validez (véase ahora BULYGIN, E., «Tiempo y validez», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214 y FARIÑAS, M^a.J., *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 23-37), HART utiliza generalmente este concepto como existencia de una norma y como pertenencia de una norma a un sistema jurídico (*El concepto de Derecho*, cit., p. 129). Entiendo

ha adelantado anteriormente, todas las normas del sistema jurídico fundan su validez en la regla de reconocimiento y, en ese sentido, la regla de reconocimiento es la regla última del sistema. Ahora bien, conviene advertir que de todas las reglas del sistema jurídico se puede predicar validez menos de la propia regla de reconocimiento, por la sencilla razón de que la regla de reconocimiento simplemente existe; su existencia es una cuestión de hecho y, por tanto, comprobable empíricamente³⁰. Sólo existe pues como una práctica compleja, especialmente de los funcionarios, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios³¹.

En cuanto a la eficacia³², en principio no se da relación alguna entre ésta y la validez de una norma salvo que la regla de reconocimiento incluya entre uno de sus criterios de validez una regla de desuso, de tal forma que una regla del sistema deja de ser válida si deja de ser eficaz³³. De este modo, la norma no dejaría de existir por ser ineficaz en sí, sino por no cumplir uno de los criterios de validez contenidos en la regla de reconocimiento, es decir, por ser inválida. No obstante, procede distinguir entre la ineficacia de una norma y la inobservancia general del sistema jurídico³⁴. En este caso, sí habría que decir que el sistema en su conjunto ha dejado de ser el

aquí que satisfacer todos los requisitos de la regla de reconocimiento no significa lo mismo que satisfacer todos los criterios. Si, como más adelante se verá, HART considera que lo normal es que se establezca una jerarquía entre criterios, entonces una norma reconocida de acuerdo con criterios de la regla de reconocimiento sería inválida si contradijera otra norma reconocida conforme al criterio supremo. Lo esencial no es, por tanto, cumplir con todos los criterios, sino con el criterio supremo y con el *requisito* de la jerarquía entre criterios.

³⁰ Así pues, según la opinión de Juan RUIZ MANERO, respecto de la regla de reconocimiento las cuestiones de existencia, validez y pertenencia al sistema se plantean de manera diferente al resto de las reglas jurídicas. Para todas ellas -con excepción de la regla de reconocimiento- estas tres cuestiones son una y la misma; en cambio, en el caso de la regla de reconocimiento «(1) su existencia consiste en el hecho de la aceptación y uso concordante por parte de los jueces y tribunales de unos mismos criterios de validez jurídica; (2) no es jurídicamente válida ni inválida, pues la 'validez jurídica' es una propiedad que las demás reglas tienen en relación con la regla de reconocimiento; (3) pertenece al sistema jurídico porque es señalada directamente por la definición de 'sistema jurídico'» (*Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 120).

³¹ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 137.

³² HART entiende por "eficacia" el «hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida» (id., p. 129). Sobre la indeterminación que plantea esta definición, véase NAVARRO, P.E., «Validez y eficacia de las normas jurídicas», en AAVV, *El derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 210-211.

³³ Véase el planteamiento de esta posibilidad en HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., p. 129.

³⁴ También se encuentra aquí el influjo de KELSEN, al distinguir entre la eficacia de una norma aislada y del sistema en su conjunto. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 1960), 12ª ed., trad. R.J. Vernengo. México: Porrúa, 2002, pp. 219 y ss.

sistema jurídico del grupo³⁵, ya que habría una práctica general de no aceptación.

La regla de reconocimiento puede tomar formas muy distintas y contar con unos criterios de identificación de normas jurídicas muy variados. Se puede referir a un texto, a una autoridad, una práctica consuetudinaria o a una característica general que compartan todas las reglas primarias; y también puede ser muy simple (v. gr., «Lo que el rey manda es Derecho») o compleja (v. gr., «Lo que la constitución manda es Derecho»). En definitiva, cuáles sean tales criterios dependerá del sistema jurídico en cuestión.

Cuando la regla de reconocimiento proporciona varios criterios lo normal es que estén ordenados jerárquicamente, siendo uno de entre ellos el criterio supremo³⁶. Que los criterios estén ordenados jerárquicamente y exista un criterio supremo significa que sólo serán reglas del sistema las reconocidas conforme al criterio supremo, a pesar de que contradigan reglas identificadas respecto a otros criterios; mientras que, por el contrario, estas últimas no serán reconocidas como reglas del sistema si contradicen las reglas reconocidas conforme al criterio supremo³⁷. Parece que el criterio que determina finalmente la validez es el criterio supremo³⁸. No obstante, a este respecto se puede hacer otra objeción: si la regla de reconocimiento proporciona diversos criterios por qué no decir que existe no una regla de reconocimiento, sino tantas reglas de reconocimiento como criterios. A esta objeción puede oponérsele una sencilla respuesta. De ser así, la regla de reconocimiento no serviría como estándar de unidad del sistema. Y recuérdese que evitar la falta de unidad era uno de los defectos a subsanar por esta regla³⁹.

³⁵ Afirmación que puede verse en HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., p. 129.

³⁶ HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., p. 132.

³⁷ A este respecto, según Matthew KRAMER, la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los oficiales no involucra necesariamente su unanimidad respecto de todos los criterios de la regla. Si los oficiales aceptan el criterio supremo de la regla, su desacuerdo sobre criterios subordinados no niega su aceptación de la regla de reconocimiento. Véase, de este autor, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 146. En estas líneas se considera acertada esta opinión de KRAMER.

³⁸ Ante esto puede asaltar alguna duda, consistente en por qué no admitir sencillamente que dicho criterio es el que constituye el contenido de la regla de reconocimiento. En realidad, existen otras normas, a un nivel inferior del de la regla de reconocimiento, que pueden proporcionar criterios de pertenencia del sistema. Por ejemplo, «una norma *N* es válida cuando ha sido promulgada de acuerdo a la competencia concedida por otra norma *N1*». Esta afirmación aparece en CARACCILO, R.A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p.46. En el mismo sentido, vid. ROBLES, G., «Hart: algunos puntos críticos», cit., pp. 401 y 402.

³⁹ Ha sido Carlos NINO quien ha formulado esta respuesta. Véase su trabajo *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 124 y 125.

En esta breve descripción de la regla de reconocimiento interesa tratar, como último punto, su aceptación y obligatoriedad. Aceptan la regla todos aquellos que consideren que, tanto ella como las normas identificadas conforme a ella, provee razones para la acción. Ahora bien, conviene dejar claro que estas razones no tienen por qué ser necesariamente razones morales; pueden ser razones prudenciales, tales como cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud tradicional, o incluso el mero deseo de comportarse como lo hacen los demás⁴⁰. Así pues, que la conducta reiterada en la práctica sea considerada una guía de conducta no implica necesariamente que dicha conducta sea considerada como guía moral. Por último, una vez aceptada, la regla de reconocimiento impone un deber sobre los jueces. Un deber consistente en considerar ciertos criterios específicos como identificadores de los estándares jurídicos que deben aplicar en sus decisiones⁴¹.

5. PROBLEMAS RELATIVOS A LA EXISTENCIA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

La exposición original de la regla de reconocimiento dejó a los teóricos del Derecho multitud de problemas abiertos acerca de su posibilidad conceptual o de existencia. Entre tales problemas se encuentran el de la naturaleza de la regla de reconocimiento —sea jurídica o factual⁴², sea una regla de conducta o una regla

⁴⁰ Vid. HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 250 y 251. Hart, al igual que Austin, abandonan aquí la idea, propia del iusnaturalismo, según la cual existe una obligación de obediencia al Derecho siempre que éste sea conforme con los principios morales o de justicia del Derecho natural (DELGADO PINTO, J., «Normatividad del Derecho», cit., p.426).

⁴¹ Vid. HART, H., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», cit., pp. 7-8. Ciertamente que la aceptación debe ser mayoritaria, puesto que desde el momento en que no se aceptara por la mayoría de los oficiales habría una disolución del sistema jurídico vigente (HART, H. *El concepto de Derecho*, cit., p. 144). Por otro lado, entender que la regla de reconocimiento prescribe un deber a los jueces ha sido objeto de varias críticas. Una de estas objeciones consistiría en explicar la autoimposición por parte de los jueces del deber de aplicar la regla de reconocimiento (los jueces con su comportamiento crean una regla que les autoimpone una obligación de aplicarla). NINO contesta a esta crítica afirmando que la obligación de cada juez no proviene de sí mismo, sino del comportamiento del conjunto de los jueces («El Concepto de Derecho de Hart», en AA.VV., *H. Hart y el concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales, n° 28, primer semestre, 1986, pp. 45-46). A mi parecer, esta respuesta tiene mucho que ver con la visión de la regla de reconocimiento como una convención: una razón para seguir la prescripción de la regla sería precisamente que el resto de los jueces la siguen.

⁴² Para Hart la regla de reconocimiento es una práctica social, es decir, un hecho. Ahora bien, no queda claro que sea sólo un hecho, puesto que —a juicio del propio Hart— hay argumentos para considerarla también como una característica definitoria del Derecho. El primer problema acerca de la naturaleza de la regla de reconocimiento es, por tanto, la de determinar si ésta es un simple hecho social o, por el contrario, una norma jurídica. Hart intenta solventar la cuestión otorgando a la regla de reconocimiento un carácter mixto. Por un lado, el argumento en favor de

conceptual⁴³—, el de si otros órdenes normativos distintos al jurídico también poseen una regla de reconocimiento⁴⁴, o el de la circularidad

llamar «Derecho» a la regla de reconocimiento proviene del hecho de que al proporcionar los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede la regla de reconocimiento muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico; y, por ello, digna de ser llamada Derecho. Por otro, el argumento en favor de llamarla «hecho» procede de que cuando se afirma que ella existe se formula un enunciado externo sobre un hecho efectivo. Véase la exposición detallada de ambos argumentos en HART, H., *El concepto de Derecho*, cit., p. 139.

⁴³ Como ya se señaló, Hart entiende que la regla de reconocimiento impone un deber sobre los jueces de considerar ciertas características específicas como identificadoras de los estándares jurídicos que deben aplicar a la decisión de los casos. Ahora bien, si la regla de reconocimiento impone deberes es una regla de conducta y, entonces, sería una regla primaria, pero Hart la considera una regla secundaria. Esta, al menos aparente, contradicción ha sido puesta de manifiesto por BULYGIN, en cuya opinión la unidad de un orden jurídico está constituida por una regla conceptual —que define un concepto— y no por una norma de conducta —aquella que prohíbe, permite u ordena algo— («Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, nº 9, 1991, p. 268). De esta diferencia se sigue que la regla de reconocimiento es una regla conceptual y no una genuina norma de conducta —nótese que de las reglas de conducta se puede predicar su obediencia o desobediencia, mientras que de las reglas conceptuales sólo su conocimiento o ignorancia—. A su juicio, sin un criterio conceptual que permita identificar las normas del sistema, no se puede hablar de deberes que establezcan tales normas; así, primero vendrá el criterio de identificación, es decir, la regla conceptual, y después las normas de conducta que establecen deberes («Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», cit., pp. 269-271).

⁴⁴ En opinión de HART, únicamente los sistemas jurídicos poseen reglas de reconocimiento. Los argumentos serían los siguientes. El primero de ellos tiene que ver con el elemento de la importancia de las normas. En el caso de las normas morales su importancia resulta esencial para su estatus, lo que quiere decir que todas las normas morales son importantes dentro, obviamente, del sistema moral en cuestión. Esto no tiene por qué ser así en el caso de las normas jurídicas. De esta manera, una norma jurídica podría seguir siendo válida y, por tanto, jurídica hasta que no se la derogue. Y ello aunque careciera de toda importancia y perdiera su eficacia. Es decir, que sería válida siempre que fuera reconocida o identificada según los criterios de la regla de reconocimiento del sistema. Sin embargo, sería absurdo seguir considerando válida una norma moral que ya no se estimara importante o digna de ser conservada o no se practicara (*El concepto de Derecho*, cit., p. 217). Un segundo argumento que se podría utilizar contra la posibilidad de existencia de reglas de reconocimiento morales tiene que ver con el distinto origen de la obligatoriedad de las normas jurídicas y morales. Así, mientras que la obligatoriedad de las normas jurídicas depende en última instancia de una práctica de aceptación a la regla de reconocimiento que las identifica, la obligatoriedad de las normas morales surge de la aceptación del propio contenido de tales y cada una de las normas morales (*El concepto de Derecho*, cit., p. 95). Finalmente, un tercer argumento que, a mi juicio, podría utilizarse contra la posibilidad de reglas de reconocimiento en sistemas normativos como el moral o el de las reglas del trato social sería la ausencia en estos sistemas de reglas de cambio y de adjudicación; reglas que también son identificadas según la regla de reconocimiento. En definitiva, lo que caracteriza y delimita al sistema jurídico con respecto a los restantes sistemas normativos sería esa institucionalización en sentido fuerte que diseñó, desde el punto de vista teórico, HART (*El concepto de Derecho*, cit., pp. 101 y ss).

y autoreferencia en la explicación del fundamento del sistema jurídico⁴⁵. Sin embargo, el problema más relevante en cuanto a las posibilidades de existencia de la regla de reconocimiento es, sin duda, la idea de una regla de reconocimiento suave o incluyente.

5.1. El problema de una regla convencional de reconocimiento suave

Tras la crítica de Ronald Dworkin, de acuerdo con la cual la regla de reconocimiento —la cual, a su juicio, únicamente suministra criterios formales de validez, es decir, criterios relativos al origen o pedigrí de las normas— es incapaz de identificar los principios —que son normas que obligan jurídicamente y parte esencial del Derecho—

⁴⁵ De acuerdo con lo visto hasta ahora la regla de reconocimiento sólo existe si los jueces u oficiales del sistema actúan de una determinada manera. Pero entonces, ¿cómo antes de que haya regla de reconocimiento puede haber jueces? Si no hay regla de reconocimiento, en consecuencia no hay normas jurídicas, es decir, reglas de adjudicación que crean la figura del juez. Se plantean pues ciertas dudas: ¿cómo se sabe quiénes son los jueces?; o también ¿no se necesita el Derecho para explicar el Derecho?; y, en definitiva, ¿no hay una autoreferencia y un problema de circularidad? Algunos autores han puesto de manifiesto la existencia de un argumento circular en la explicación de HART sobre la identificación de los jueces. Véase un ejemplo en RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, cit., pp. 124 y ss.. Si la regla de reconocimiento consiste en una práctica social convergente de los jueces de aceptar y usar unos criterios para identificar y aplicar las normas jurídicas y sólo sabemos quiénes son los jueces a través de las reglas de adjudicación pero éstas se reconocen sólo mediante la regla de reconocimiento esto quiere decir que sólo sabemos quiénes son los jueces a través de una práctica de los jueces. A estas preguntas puede responderse diferenciando entre los dos papeles diferentes que el mismo grupo de individuos puede jugar en el proceso hacia la regla de reconocimiento. En un primer momento, un grupo de individuos —a los que no se llama jueces u oficiales y que no se necesita identificar con referencia a normas jurídicas— elige guiar su conducta por cierta regla; dicho en otras palabras, ellos toman la regla como una buena razón para la acción. Si esa regla establece los criterios de pertenencia a un sistema de reglas y sus reglas se cumplen con generalidad de manera que, sucesivamente, se van creando ciertas instituciones, entonces parece correcto afirmar que un sistema jurídico existe. Llegados a este momento, parece correcto describir aquella regla inicial como la regla de reconocimiento del sistema jurídico. Y también sería correcto concebir como «oficiales» a todos aquellos individuos que guiaron su conducta conforme a la regla original. Ellos son, en un sentido, jueces u oficiales en virtud de esa regla, pero no son —en sentido lógico— oficiales antes que ella. Su conducta hace la regla posible, pero es la regla la que los hace oficiales. Esta forma de responder a la crítica de la circularidad se encuentra en COLEMAN, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 101. Ahora bien, se ha intentado dar otra respuesta al problema de la circularidad. Se puede entender que las autoridades que iniciaron la regla no eran autoridades jurídicas, sino autoridades de facto. Es decir, personas que no estaban sujetas a reglas y usaban su poder de acuerdo con el Derecho, sino que utilizaban su poder porque, de hecho, tenían ese poder (NINO, C.S., *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Valdivia: Universidad de Carabobo, 1979, p. 60). Esta opinión fue crítica por RUIZ MANERO en *Jurisdicción y normas*, pp. 130-132.

⁴⁶, puesto que éstos no se reconocen por criterios formales relativos a su pedigrí, sino por criterios de contenido moral⁴⁷, Hart contestó que en algunos sistemas jurídicos la conformidad con ciertos principios morales —por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales— es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los legisladores pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios. Por el contrario, en aquellos sistemas jurídicos que no los incorporasen, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante. Tal incorporación puede ser realizada por ley o por un documento o enmienda constitucional escritos. También puede ser realizada en países donde no hay constitución escrita, a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como una prueba de validez jurídica. La conclusión sería, entonces, que no hay razón alguna por la que una regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que sean tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica⁴⁸.

Ahora bien, el empeño de Hart por defenderse de esta crítica le lleva a conclusiones nada gratuitas. En efecto, la posibilidad de que la

⁴⁶ DWORKIN llama principio a una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de otra dimensión de la moralidad (*Los derechos en serio*, cit., p. 80). Lo que Dworkin sostiene, dicho en términos simples, es que en algunas comunidades los principios morales tienen fuerza jurídica y lo que les hace Derecho es su verdad (moral) para la resolución de conflictos, en lugar de su promulgación por las autoridades pertinentes.

⁴⁷ En este sentido, DWORKIN escribe lo siguiente: «dije que la tesis de que existe algún criterio de derecho comúnmente reconocido es plausible si consideramos solamente las normas jurídicas simples, del tipo de las que aparecen en las leyes o que en los libros se destacan con negrita. Pero cuando abogados y jueces discuten y deciden un proceso, no apelan sólo a las normas jurídicas, sino también a otro tipo de estándares, que yo llamo principios jurídicos» (*Los derechos en serio*, cit., p. 102). Debido a que la llamada tesis del pedigrí —según la cual sólo son fuentes del Derecho aquellas que tienen su origen en una autoridad jurídica que ha promulgado con anterioridad a la concreta decisión judicial una ley o ha dictado una sentencia (LEITER, B., «American Legal Realism», en Golding, M.P., y Ddmundson, W.A. (eds.), *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, p. 63)— no funciona con respecto a los principios, DWORKIN entiende que es erróneo suponer que en todo sistema jurídico ha de haber algún criterio fundamental y comúnmente reconocido que permita determinar qué normas cuentan como Derecho y cuáles no. Así, si la regla de reconocimiento no sirve para identificar los estándares jurídicos es sencillamente porque éstos no se pueden distinguir en último término de otras normas sociales, como son las morales (DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 99 y 102).

⁴⁸ HART, H.L.A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», cit., pp. 7 y 8. En su *Post Scriptum* reiterará esta idea al afirmar que «además de tales cuestiones de pedigrí, la regla de reconocimiento puede proporcionar pruebas referidas no sólo al contenido fáctico de las normas sino a su conformidad con valores o principios morales sustantivos» (*Post Scriptum*, cit., p. 37).

regla de reconocimiento proporcione criterios materiales de validez sitúa a este autor en la perspectiva teórica de lo que él mismo ha denominado como «positivismo suave»⁴⁹. Se trata de un positivismo caracterizado por entender que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales sustantivos de validez jurídica. Nótese bien que *poder* contenerlos no quiere decir que tenga que *ser* necesariamente así. Habrá sistemas jurídicos donde se contengan y sistemas donde no aparezcan estos criterios materiales de validez. Es este último dato el que permite sostener a Hart que no es necesario, sino meramente contingente, que la moral sea un criterio de validez jurídica⁵⁰.

La concepción de la regla de reconocimiento como una práctica social convencional⁵¹, en la cual se profundizará con posterioridad, propiciará una crítica que mantendrá la imposibilidad de mantener, por un lado, la existencia de una regla de reconocimiento que proporcione criterios morales de validez jurídica y, por otro, el considerar tal regla como una regla convencional⁵². La crítica se centraría, en términos generales, en destacar el hecho de que si resulta posible discutir sobre la determinación de los principios morales, entonces la inclusión de criterios materiales de validez jurídica en la convención social de reconocimiento imposibilitaría *ab initio* la convencionalidad del Derecho, puesto que los operadores jurídicos —quienes desarrollarían esta supuesta convención— discutirían continuamente acerca de la determinación del contenido de tales criterios.

Como presupuesto de actuación esta crítica partiría de que la base de una convención es un acuerdo. En consecuencia, la existencia de una convención es básicamente incompatible con controversias sustanciales sobre su contenido. En efecto, si convención equivale a acuerdo es imposible que un grupo —por ejemplo, los jueces— lleguen a un concierto sobre una materia —como

⁴⁹ Escribía HART que «mi aceptación explícita de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos es por lo que mi doctrina es lo que se ha denominado "positivismo suave" y no, en la versión que DWORKIN tiene de ella, positivismo de "meros hechos"» (*Post Scriptum*, cit., p. 26). Sobre el positivismo suave o incluyente puede verse JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 189-270.

⁵⁰ Señala HART que «de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (por ejemplo, legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho». Esta definición del llamado positivismo suave se encuentra en el *Post Scriptum*, cit., p. 51.

⁵¹ HART, H., *Post Scriptum*, cit., p. 33.

⁵² Vid. la elaboración de esta crítica en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 116-118; y, principalmente, en *La justicia con toga* (2006), trad. M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.207-213.

los asuntos morales— que suscita controversia *per se*. Así, una regla de reconocimiento suave sería una regla de reconocimiento «polémica»; y, por tanto, no serviría ni para identificar las normas que pretendan pertenecer al sistema ni para suplir aquel defecto de falta de certeza de los sistemas jurídicos simples. En definitiva, una regla de reconocimiento de este tipo no cumpliría con las funciones con las que fue diseñada según Hart⁵³.

La réplica a esta crítica consideró que la tesis según la cual para que exista Derecho tiene que haber una regla convencional de reconocimiento es una tesis conceptual, esto es, una tesis sobre las condiciones de existencia del Derecho, por lo cual, y limitándose a estos objetivos conceptuales, poco importa si la regla de reconocimiento es polémica ni, tampoco, cómo de polémica sea. En definitiva, los asuntos sobre la controversia de la regla de reconocimiento interesarán desde el punto de vista de su eficacia, pero no desde el punto de vista de la posibilidad de existencia del Derecho⁵⁴.

Desde estas premisas, se ha distinguido entre dos tipos de desacuerdos acerca de la regla de reconocimiento. En primer lugar, desacuerdos sobre los criterios que constituyen dicha regla; y, en segundo lugar, desacuerdos sobre las proposiciones que satisfacen dichos criterios. Un ejemplo del primer tipo se daría ante discrepancias sobre si, por ejemplo, la dignidad humana es o no uno de los criterios de validez de las normas recogidos en la regla de reconocimiento. En cambio, un ejemplo del segundo tipo tendría lugar cuando, convenido que la dignidad humana es uno de los criterios de

⁵³ En *La justicia con toga* DWORKIN insiste en que una convención se construye sobre un acuerdo general y no sobre el desacuerdo (*La justicia con toga*, cit., p. 208) y en sentido similar ESCUDERO, R., «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas», en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 307; y «Arguments against Inclusive Legal Positivism», en Moreso, J.J. (ed.), *Legal Theory / Teoría del Derecho, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beihefte n° 106, 2007, p. 44. Sin embargo, esta idea es criticable, puesto que, como ya adujo MARMOR, las convenciones no tienen tal base consensual. En ellas no hay un acuerdo tácito o implícito, sino más bien todo lo contrario: las convenciones sociales tienden a surgir con precisión en aquellos casos donde un acuerdo es difícil de alcanzar. Véase esta respuesta en su trabajo *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 6. No obstante, si bien la convención no es un acuerdo en sí mismo ni se genera desde el acuerdo, lo que sí es cierto es que no puede existir una discrepancia mayoritaria acerca de los extremos en que consiste la práctica social convencional.

⁵⁴ Compruébese esta argumentación en COLEMAN, J., «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis» (1998), en Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 133.

validez jurídica de la regla de reconocimiento, existan divergencias sobre el contenido del propio concepto de dignidad humana.

La tesis convencionalista, a juicio de sus defensores incorporacionistas, sostendría la imposibilidad de una convención únicamente en el caso de desacuerdo sobre los criterios que constituyen la regla de reconocimiento. Con arreglo a esto, siguiendo el ejemplo anteriormente citado, no existiría convención únicamente en el caso de que hubiera discrepancias sobre si la dignidad humana es un criterio de la regla de reconocimiento, esto es, si existiera un desacuerdo sobre los criterios que componen la regla. Una vez superada con éxito esta primera cuestión, en el sentido de comprobar que efectivamente existe una convención sobre los propios criterios, entonces cierto grado de desacuerdo sobre las proposiciones que satisfacen los criterios sería compatible con la tesis convencionalista y, por ende, con el positivismo jurídico incluyente⁵⁵.

Esta distinción entre desacuerdos sobre los criterios de validez y sobre el contenido de dichos criterios permite a los autores seguidores del positivismo suave, incluyente o incorporacionista referirse a los criterios mismos de validez de la regla de reconocimiento y a la aplicación del contenido de tales criterios como de cosas diferentes a la hora de generar acuerdos que posibiliten una convención. En este sentido, a juicio de los incorporacionistas, es posible que en ocasiones pueda saberse en qué consiste la regla de reconocimiento de un sistema —por ejemplo, llegar a un acuerdo sobre que la justicia de las normas forma parte del contenido de la citada regla— pero discrepar sobre lo que tal cosa requiere —y, así, mantener divergencias sobre la aplicación concreta de la justicia como contenido de tal regla⁵⁶—.

⁵⁵ Sobre los posibles tipos de desacuerdo, así como sobre la viabilidad de desacuerdos acerca del contenido de los criterios de validez, pueden verse los argumentos de COLEMAN en «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», cit., p.130, y en *The Practice of Principle*, cit., p. 116. A este respecto, ya el propio HART había considerado que la crítica de DWORKIN se debía a un malentendido, puesto que evidentemente puede haber desacuerdos sobre lo que el Derecho es en ciertos casos. Sin embargo, a pesar de tales desacuerdos, la regla de reconocimiento tiene como función determinar las condiciones generales de las resoluciones judiciales y no la de establecer por completo los resultados jurídicos en todos y cada uno de los casos particulares. Vid. HART, H.L.A., *Post Scriptum*, cit., p. 36. Esto supone, en su opinión, que la regla de reconocimiento debe fijar los criterios generales de validez jurídica, pero no determinar sin controversia alguna qué proposiciones particulares satisfacen tales criterios. De ahí que, en este último caso, pueda haber desacuerdos sobre tales proposiciones.

⁵⁶ Dicha distinción entre el contenido y la aplicación de la regla de reconocimiento ha sido sostenida por COLEMAN en *The Practice of Principle*, cit., pp. 116-118. Una clara explicación de la incompatibilidad entre el incorporacionismo y el convencionalismo puede verse en GIORDANO, V., «Accordi e disaccordi: note critiche sul positivismo "debole"», en V. OMAGGIO (ed.), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2005, pp. 79-94.

Esta distinción no hace sino seguir lo que se ha denominado como una «estrategia de abstracción». De acuerdo con dicha estrategia, se puede considerar que existe una convención siempre que los participantes estén de acuerdo en lo más abstracto de la misma. En el caso ahora analizado, existiría una convención sobre una regla de reconocimiento incluyente siempre que los jueces estuvieran de acuerdo sobre los términos morales en abstracto de los propios criterios de validez jurídica⁵⁷. Se trataría de algo similar a un acuerdo de rótulos. Por ejemplo, habría una convención siempre que los jueces consideraran que es Derecho todo aquello que es justo, es decir, siempre que estuvieran de acuerdo en que el criterio de validez jurídica es la justicia en abstracto. Para la existencia de tal convención es indiferente lo que signifique en concreto la justicia para cada uno de estos jueces. Si los significados fueran diferentes, en ese caso no habría un desacuerdo en la convención, sino, a lo sumo, en la aplicación del contenido del concepto abstracto de la convención, es decir, sobre cuándo una norma es justa.

Frente a la estrategia de la abstracción empleada por los autores incluyentes se han manejado dos respuestas. Ambas pretenden poner de manifiesto que la diferencia entre los contenidos de la regla convencional de reconocimiento y la aplicación de dichos criterios es errónea o que, al menos, conduce a resultados muy poco positivistas. En primer lugar, se ha objetado que resulta imposible diferenciar entre los contenidos (o criterios) de la convención y la aplicación de la misma. Se aduce, como prueba de esta afirmación, que las convenciones lo son porque existe una práctica social de aplicar la regla a ciertos casos. Por esta razón es la aplicación de la regla lo que constituye su misma existencia. De esta manera, si la aplicación de una convención a una materia no está clara, entonces no existe ninguna convención al respecto. Dicho en términos muy simples, si la mayoría de la personas no sigue una regla, es decir, una práctica social, porque discrepan en cuanto a la decisión a adoptar, entonces no existe convención alguna a este respecto⁵⁸.

Con esta argumentación se intenta sostener que no puede haber una discrepancia mayoritaria a la hora de la aplicación, puesto que esto equivaldría a decir que en realidad no se sigue una convención, que no existe tal convención y, por consiguiente, que tampoco existiría un sistema jurídico. Por ello, si los criterios morales

⁵⁷ Respecto a la estrategia de la abstracción, compruébese su exposición en DWORKIN, R., *La justicia con toga*, cit., pp. 209-213.

⁵⁸ Ha sido MARMOR el autor que ha realizado esta serie de objeciones al positivismo jurídico incluyente. Al respecto pone un ejemplo muy sencillo tomado de la realidad cotidiana: si no está claro si a las doce y media del mediodía se debe decir «buenos días» o «buenas tardes», no se puede afirmar que exista una convención sobre qué decir a las 12:30 hh. Vid., de este autor, *Positive Law and Objective Values*, cit., p. 58. Quizá en España la duda surgiría en una hora algo más tardía.

de validez son polémicos y la mayoría de los jueces no están de acuerdo en cómo deben aplicarse, entonces no existe convención alguna sobre tales criterios morales. Por ejemplo, si uno de los criterios de la regla de reconocimiento prohíbe las penas inhumanas y la mayoría de los jueces no se ponen de acuerdo sobre si una condena por asesinato consistente en la pena capital por medio de una silla eléctrica es una pena inhumana, entonces no se puede afirmar que existe una convención sobre la prohibición de las penas inhumanas en abstracto ya que dicho rótulo, sin concreción, nada significa.

Si pese a ello se insiste en que en tales casos polémicos hay Derecho que resuelva el caso, entonces lo que se está concluyendo es que el Derecho realmente no deriva su validez de una convención. Llegados a este punto el incorporacionismo se enfrenta a un dilema, o bien se afirma que en dichos casos controvertidos sigue existiendo Derecho y, por lo tanto, se admite que el convencionalismo es falso; o bien se afirma que en tales casos no existiría Derecho, pese a que el lenguaje de los jueces diga lo contrario, pero salvándose, entonces, el convencionalismo⁵⁹. Evidentemente, plantear este debate implica una no adhesión al carácter objetivo de la moral y admitir que ésta sea esencialmente controvertida, puesto que si la moral no fuera polémica no existirían casos discutibles sobre su aplicación salvo que el desacuerdo proviniera no de la moral en sí, sino de casos de error en el acceso a su contenido. Este último caso revelaría que, incluso, en el caso de la aplicación de la moral objetiva caben desacuerdos o equivocaciones⁶⁰.

La estrategia de la abstracción, finalmente, puede conducir hacia una convención del tipo «los jueces deben interpretar la constitución de la manera "justa"». Siendo esto así entonces parece que la solución más apropiada sería decir que «los jueces deben interpretar la constitución de acuerdo con la mejor teoría política y

⁵⁹ Véase, de nuevo, MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., p. 60 y, en especial, la nota 16 de la misma página. Argumentos similares se exponen por BAYÓN, quien afirma que para que exista convención es necesario algún tipo de acuerdo. Si existe acuerdo sobre los criterios morales eso quiere decir que estos criterios tienen que ser convencionales; si, por el contrario, dicho acuerdo no existe, entonces no es posible la existencia de una convención, puesto que una convención consistente en seguir criterios no convencionales sólo es una convención aparente o una convención que se autoanula. Esto lleva al positivismo jurídico incluyente, siempre según su opinión, al dilema de abandonar el convencionalismo o de hacerse indistinguible del positivismo excluyente. Véase esta conclusión en «Derecho, convencionalismo y controversia», cit., p. 75, y en «El contenido mínimo del positivismo jurídico», cit., p. 48.

⁶⁰ Sobre las situaciones de error en el acceso a la moral objetiva y su irrelevancia puede verse HIMMA, K.E., «Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 15-16; y JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pp. 236-238.

moral posible». Esto no es más que afirmar lo que Dworkin, según sus propias palabras, ha venido sosteniendo durante los últimos treinta años. Y así, situado este punto final de la estrategia, un punto en el que Dworkin ya estaba hace tiempo, se entrevería que el positivismo jurídico incluyente puede ser difícilmente calificado de positivismo⁶¹. Es cierto que tal vez la mayoría de los autores incluyentes —al diseñar una regla de reconocimiento incorporacionista— no tuvieran en mente una regla que proporcionara un criterio moral como condición suficiente de juridicidad; también es cierto que quizá no quisieran reconocer dicha posibilidad para evitar que se les pudiera sacar a relucir algún tipo de iusnaturalismo o una cercanía excesiva y, para un positivista, insoportable con Dworkin⁶². Sin embargo, no es menos cierto que una vez que se abren las puertas a los principios morales como condiciones de validez jurídica, resulta difícil encontrar el límite y, aún más, la justificación de dicho límite.

5.2. El problema autoritativo de una regla de reconocimiento incorporacionista

El ataque conceptual frente a la posibilidad de una convención incorporacionista de reconocimiento no se detiene aquí. Como se adelantó más arriba, los autores incluyentes intentan zanjar la cuestión sobre la controversia de la regla de reconocimiento amarrándose a que la tesis convencionalista es una tesis conceptual y, por ende, que tal asunto polémico afectaría a la eficacia del Derecho, pero no a las condiciones de existencia del mismo. Pues bien, imagínese ahora una sociedad con una regla de reconocimiento que autorice y obligue a los jueces a resolver las disputas a través de normas que surjan de sus presentimientos. Debido a que los presentimientos de los jueces son heterogéneos, las decisiones de los mismos podrían ser contradictorias. Tales decisiones no establecerían ni siquiera un mínimo de regularidad para posteriores resoluciones sobre casos similares. En este caso, resultaría muy dudoso que

⁶¹ Véase, una vez más, DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 206, 207 y 216. El desarrollo de la estrategia de la abstracción que hace DWORKIN es muy similar a la explicación que ofrece LEITER al considerar al positivismo incluyente compatible con lo que denomina un "escenario extremo". El extremismo vendría dado porque el incorporacionismo es compatible con un escenario en el cual la práctica o la convención de los operadores jurídicos consiste en decidir todas las disputas con referencia al Derecho natural (vid. LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 126).

⁶² En todo caso parece que la posibilidad de tal regla de reconocimiento no sólo estaba en la mente de algún incorporacionista, sino que en alguna ocasión llegó a plantearse expresamente. En este sentido escribe COLEMAN, manifestando claramente tal pretensión, que «nosotros debemos defender la posibilidad de "cláusulas de suficiencia" en la regla de reconocimiento». Vid. *The Practice of Principle*, cit., p. 127.

existiera un sistema jurídico allí donde no hay un mínimo de regularidad en el contenido de las decisiones judiciales. Con esta argumentación pretende probarse que este tipo de regularidad pertenece al ámbito de la propia existencia del Derecho, y no sólo al de su eficacia. Es cierto que los estados de existencia y eficacia no son idénticos, pero, en el caso de las convenciones, dichos estados no están tan separados. Un grado de regularidad no sólo es esencial para la eficacia, sino también para la propia existencia del sistema jurídico si éste se fundamenta sobre bases convencionales⁶³. En definitiva, una regla de reconocimiento según los parámetros del incorporacionismo adolecería, en primer lugar, de severos problemas de incertidumbre y falta de regularidad y, en segundo término, no produciría la suficiente cohesión y uniformidad como para hacer posible la existencia de un sistema jurídico⁶⁴.

De todo esto parece concluirse un error conceptual al intentar compatibilizar la concepción de una regla de reconocimiento suave con la de que ésta es una convención. Ahora bien, puede que la regla de reconocimiento no sea, en realidad, una regla convencional. Aun así, una regla de reconocimiento suave tendría que enfrentarse, desde el punto de vista conceptual a otros problemas.

⁶³ Como ya señaló HART, para que la regla de reconocimiento exista ella debe ser un criterio común y público de decisiones judiciales y no algo que cada juez obedece simplemente por su cuenta. Esto no es algo que incumbe sólo a la eficacia, sino que es una condición para poder hablar de la existencia de un sistema jurídico. Vid. *El concepto de Derecho*, cit., p. 144.

⁶⁴ Toda esta crítica ha sido elaborada, curiosamente, por un autor incluyente, como es KRAMER. Véase su *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 25-28. No obstante, si bien se ha utilizado aquí su argumento para criticar a todo el positivismo incluyente, hay que señalar que este autor lo usó sólo para atacar lo que denomina como versión incorporacionista «robusta», que establece que el mérito moral es una condición suficiente para el estatus de una norma como norma jurídica (íd., p. 25). Y esto porque considera que las normas de un sistema jurídico pueden incluir principios morales siempre que la incertidumbre sembrada entre los operadores jurídicos no sea tan severa y persistente como para privar al sistema de la regularidad que exige el Estado de Derecho (íd., p. 84). COLEMAN responde a estas objeciones afirmando que tal vez ciertos criterios sean demasiado polémicos, en una sociedad dada, para producir una práctica convergente suficiente entre oficiales, pero que tales objeciones no son conceptuales, sino empíricas. Que los criterios morales de juridicidad sean capaces de funcionar como parte de un sistema jurídico real en una u otra sociedad no es realmente una pregunta de interés filosófico, aunque sí sea una pregunta de considerable interés sociológico. Véase esta respuesta en «Constraints on the Criteria of Legality», *Legal Theory*, vol. 6, 2000, p. 182. En mi opinión, esta respuesta no es más que una forma de rehuir la cuestión. Si COLEMAN parte de que no hay restricciones en los criterios de validez jurídica, pero admite que ciertos criterios morales de validez pueden ser tan controvertidos que imposibilitarían una convergencia de aceptación y regularidad por parte de los operadores jurídicos, entonces la conclusión adecuada sería que no existen tales criterios de validez. No se trata de que valga «filosófica» o «conceptualmente» cualquier criterio de validez, sino de que valgan aquellos sobre los que sea ontológicamente posible la práctica social convergente.

Es una constante entre los autores positivistas considerar que el Derecho tiene como carácter específico ser un medio de control social que pretende guiar la conducta de los sujetos y órganos aplicadores del mismo, así como las actividades de los ciudadanos en la vida ordinaria (la regla de reconocimiento implica la existencia de tal guía de conducta)⁶⁵. Para estos autores, la función de regulación social es algo intrínseco al Derecho y sin ella ni siquiera podría afirmarse la propia existencia del Derecho. Si la función del Derecho es, así pues, guiar la conducta, se puede afirmar entonces que el Derecho tiene que ser capaz de representar un cambio en el comportamiento o en las deliberaciones prácticas de los ciudadanos y los operadores jurídicos. Dicho con otras palabras, debe poder determinar el comportamiento de aquellas personas a quienes las normas jurídicas se dirigen.

A partir de estas premisas, se han esbozado dos tesis, ambas desde las filas excluyentes, que pretenden dar cuenta de esta capacidad del Derecho para representar un cambio en el comportamiento de los individuos. La primera de estas tesis es conocida como la tesis de la autoridad y ha sido elaborada por Joseph Raz. La segunda de las tesis es denominada como la tesis de la diferencia práctica y su principal exponente es Scott Shapiro. Conviene advertir que ambas no son más que concreciones de la tesis general según la cual el Derecho debe ser capaz de determinar la conducta de los ciudadanos.

La tesis de la autoridad, ante todo, intenta explicar la normatividad del Derecho, esto es, las razones por las cuales el Derecho representa obligaciones para las conductas de las personas⁶⁶. Por tanto, la autoridad que en este punto interesa no es más que la denominada «autoridad práctica», es decir, una persona o institución con aptitud para emitir instrucciones que constituyen razones para la acción para las personas a quienes van dirigidas. A

⁶⁵ Baste citar como ejemplo las posiciones de AUSTIN, KELSEN y HART, para quienes la existencia del sistema jurídico se condiciona de una u otra forma a la eficacia del mismo. Puede verse a este respecto, *The Province of jurisprudence Determined*, cit., pp. 14-17 y 193-194; *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 219-225; y *El concepto de Derecho*, cit., pp. 129-131; trabajos de los tres autores mencionados respectivamente. La posición de RAZ, aunque aceptando la eficacia como condición de existencia al afirmar que «la existencia de un sistema jurídico es una función de su eficacia social» (*La autoridad del derecho*, cit., p. 194; y *El concepto de sistema jurídico*, cit., pp. 194 y 243-249), también entiende que la condición de eficacia sólo permite distinguir entre Derecho efectivo y no efectivo (de una comunidad dada), pero no sirve para distinguir entre órdenes jurídicos y órdenes no-jurídicos, ni sirve tampoco para clarificar la naturaleza del Derecho (*La autoridad del Derecho*, cit., p. 62).

⁶⁶ A juicio de RAZ las reglas no obligan porque sean prácticas sociales, sino porque constituyen razones para la acción, las cuales explican, valoran y guían las conductas. Véase a este respecto, RAZ, J., *Razón práctica y normas* (1975), trad. J. Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 18, 37 y 58.

partir de esta premisa, según Raz son tres las condiciones que una persona o una institución debe cumplir para ser una autoridad práctica; a saber, la condición de la dependencia, la de la exclusividad y la de la justificación normal.

En primer lugar, la condición o tesis de la dependencia significa que las instrucciones emanadas de la autoridad deben basarse, entre otras cosas, en las razones que habrían conducido la conducta de los individuos en ausencia de una intervención por parte de la autoridad. Tales razones son denominadas razones dependientes, subyacentes o de primer orden. Por tanto, las directivas dotadas de autoridad tienen que basarse en tales razones. Esta tesis explicaría las expectativas que las autoridades tienen de que sus directivas sean obedecidas.

En segundo término, la condición o tesis de la exclusividad exige que las instrucciones de la autoridad sean razones excluyentes para la acción. Aquí cabe diferenciar entre razones de primer orden y razones de segundo orden. Una razón de primer orden es una razón para actuar. Una razón de segundo orden es una razón para actuar de acuerdo con otra razón. Las razones excluyentes son un tipo de razones de segundo orden, puesto que son razones para la acción de acuerdo con las instrucciones de la propia razón excluyente y no de las posibles razones subyacentes o de primer orden. De esta forma, en definitiva, la única razón para actuar es la ofrecida por la propia razón excluyente. Una directiva está dotada de autoridad entonces sólo porque exige que una persona realice la acción descrita en la directiva porque ella así lo exige, sin importar los juicios personales acerca del comportamiento a realizar. Así las cosas, la razón excluyente siempre es superior a cualquier razón de primer orden, eliminando, entonces, cualquier posible balance de razones a la hora de actuar; es una razón de segundo orden para no actuar de acuerdo con el propio balance de razones⁶⁷. Entendidas de esta manera las razones excluyentes, se ha considerado que las normas jurídicas son razones excluyentes para la acción, esto es, razones para excluir cualquier otra razón. Es decir, las instrucciones de la autoridad (normas jurídicas) son razones protegidas que no se suman a las razones subyacentes -razones que habrían conducido la conducta de los individuos en ausencia de una intervención de parte de la autoridad-, sino que las excluyen y las sustituyen o reemplazan por las propias razones de la norma⁶⁸.

Finalmente, la condición o tesis de la justificación normal requiere que para afirmar que un individuo o una institución goce de

⁶⁷ Sobre las razones excluyentes puede verse, de nuevo, RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 44-47.

⁶⁸ Juan VEGA denomina a esta tesis como la tesis de la prevención, en cuanto que el objetivo de las instrucciones o directivas es prevenir el peso que pudieran tener algunas razones propias. Vid. «El positivismo excluyente de Raz», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 110, mayo-agosto, 2004, p. 725.

autoridad legítima o moral es necesario que demuestre que sus instrucciones permiten a los que están sometidos a su autoridad guiarse mejor por éstas que si prescindieran de ellas. Una autoridad es legítima, por tanto, cuando las probabilidades de que su decisión sea la solución correcta a la controversia son mayores que las probabilidades de que la solución correcta sea localizada prescindiendo del recurso a la autoridad⁶⁹.

De acuerdo con lo visto hasta ahora, la tesis de la autoridad considera que el Derecho cuenta necesariamente con autoridad *de facto*, lo que implica que tiene la pretensión de poseer autoridad legítima, mientras que posee autoridad legítima siempre que se verifique la tesis de la justificación normal⁷⁰. Por tanto, de acuerdo con la tesis de la autoridad, es una condición necesaria del Derecho, es decir, es una verdad conceptual que el Derecho tiene autoridad *de facto* y exige o pretende autoridad moral o legítima⁷¹.

El cumplimiento de estas condiciones se verá más claramente con un ejemplo. Una norma jurídica que prohíbe el asesinato solamente está dotada de autoridad si cumple con tres condiciones. La primera condición es que dicha norma se base en las razones que los ciudadanos tendrían para no matar de no existir tal norma prohibitiva (condición de la dependencia). Estas razones que tienen los individuos para no matar pueden ser de muy variado tipo; pueden ser razones morales o razones prudenciales. La segunda condición que debe cumplir la norma que prohíbe el asesinato consiste en

⁶⁹ Véase también la descripción de estas tres tesis en RAZ, J., «Autoridad, derecho y moral» (1985), en *íd.*, *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melon, Barcelona: Gedisa, 2001, p. 231. Sobre la consideración de estas tesis de RAZ acerca de la autoridad práctica como condiciones puede verse SCHIAVELLO, A., *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 121.

⁷⁰ Así lo considera RAZ en *La autoridad del Derecho*, cit., pp. 45-46; y en «Autoridad, derecho y moral», cit., p. 232. Esta pretensión de autoridad legítima por parte del Derecho se manifiesta en hechos tales como que las instituciones jurídicas son denominadas oficialmente como «autoridades», en que tales instituciones se consideran con derecho a imponer obligaciones a sus ciudadanos, o también en la afirmación de que sus gobernados les deben obediencia (*íd.*, p. 233). Escribe RAZ en otro lugar que «el derecho necesariamente pretende tener autoridad legítima. De ello, por supuesto se sigue que donde se encuentra en vigor un sistema jurídico, muchos, sobre todo los funcionarios, creen que la pretensión es justificada. Lo que no se sigue es que sea justificada. De todas formas este hecho es de suma importancia para entender el tipo de institución que el derecho es y - desde la perspectiva moral- fija los estándares bajo los cuales se debe juzgar («On the Nature of Law», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, nº 82, 1996, p. 16).

⁷¹ Respecto a la autoridad legítima RAZ escribe que «ningún sistema es un sistema jurídico a menos que incluya una pretensión de autoridad legítima o moral. Esto significa que pretende que las exigencias jurídicas obliguen moralmente, es decir, que las obligaciones jurídicas sean reales (morales) obligaciones surgidas del Derecho» («Hart on Moral Rights and Legal Duties», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, nº. 1, spring 1984, p. 131).

excluir las razones (morales o prudenciales) dependientes que tenían los súbditos antes de que existiera la norma, así como en reemplazarlas por las propias razones de la norma. Póngase por caso que la razón excluyente que reemplaza a cualesquiera otras razones para no matar es el castigo de la privación de la libertad (condición de la exclusividad). Por último, la norma que prohíbe el asesinato sólo es legítima si se demuestra que, cumpliendo con ella, los ciudadanos guían mejor su comportamiento que si prescindieran de la misma, es decir, si se demuestra que se cumple la norma -se guía la conducta- mejor debido a la razón excluyente que debido a las razones subyacentes. Ello supone afirmar, en conclusión, que la norma que prohíbe el asesinato sólo sería legítima si se probara que gracias a la norma los ciudadanos se comportan mejor (por ejemplo, que matan menos).

Así entendida, se ha considerado que la autoridad del Derecho respalda la tesis de las fuentes sociales del Derecho, de manera que sirve como instrumento teórico útil para rechazar las teorías que incorporan al Derecho criterios morales de validez⁷². Son dos las razones que se han aportado en apoyo de esta última afirmación. Por un lado, puesto que las normas jurídicas están dotadas de autoridad porque han sido emanadas de una persona o institución que representa una autoridad jurídica, si se quiere localizar una norma jurídica dotada de autoridad se tiene que identificar la autoridad que la dictó. De esta manera, la comprobación de la atribución de una norma jurídica a la autoridad que la dictó sólo puede ser fáctica, es decir, ateniéndose a hechos sociales. Desde esta perspectiva, el argumento moral sólo entraría en juego cuando se quiere establecer qué es lo que las instituciones jurídicas deberían haber expresado, pero nunca para determinar lo que en realidad expresaron⁷³.

Por otro lado, de acuerdo con la tesis de la exclusividad, sólo es autoridad quien emita normas que funcionen como razones excluyentes para la acción. Esto supone, desde otro punto de vista,

⁷² Joseph RAZ ha argüido que todo el Derecho, esto es, toda norma jurídica, proviene y está imbuido de hechos sociales. De entre estos hechos sociales, los más importantes serían la eficacia, el carácter institucional y las fuentes (*La autoridad del Derecho*, cit., p. 61). Así, cuando se dice que toda norma jurídica tiene su origen en una fuente se quiere decir que tiene su origen en un hecho, un hecho que valida e identifica el contenido de la norma (*El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (2ª ed., 1980), trad. R. Tamayo, UNAM, México, 1986, p. 75). En este sentido, Raz muestra una versión fuerte de la tesis de las fuentes que a la sazón no es otra que la versión tradicional del positivismo jurídico. Así, de acuerdo con BULYGIN, la versión tradicional de la tesis de las fuentes considera que «la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales, como actos de legislación, costumbre o precedentes judiciales, es decir, de actos o actividades de los miembros del grupo social» (*El positivismo jurídico*. México: Fontamara, 2006, p. 110).

⁷³ Véase esta argumentación en RAZ, J., «Autoridad, derecho y moral», cit., pp. 246 y 250.

que sólo son normas dotadas de autoridad las que proporcionen una razón excluyente para la acción. Una norma es una razón excluyente para la acción únicamente cuando excluye los juicios de los sujetos, ajenos a la propia norma, sobre cómo comportarse. Pues bien, las normas o principios morales son incapaces de reemplazar los juicios de los sujetos sobre cómo comportarse. De hecho, exigen todo lo contrario. Debido a ello, incorporar criterios morales de validez jurídica implica que el sujeto delibere cómo debe comportarse según la moral para deducir cómo debe comportarse según el Derecho. Entonces, los criterios morales de validez no funcionan como razones excluyentes para la acción, sino que requieren investigar sobre las razones dependientes que precisamente el Derecho, como autoridad, desplaza. Si el Derecho incorporara la moral, éste no proporcionaría razones excluyentes para la acción porque no reemplazaría las razones morales de primer orden que aplica un agente. El Derecho, entonces, sólo diría al agente que, en efecto, aplicara sus propias razones subyacentes. En definitiva, si los estándares morales incorporados al Derecho no cumplen con la condición de exclusividad, no pueden estar dotados de autoridad, esto es, les faltaría algo esencial a la propia naturaleza del Derecho y, por ende, no podrían ser Derecho. La conclusión, una vez llegados a este punto, parece clara. El positivismo jurídico incluyente, con su pretensión de incorporar al Derecho criterios morales de validez, es incompatible con la tesis de la autoridad del Derecho que forma parte esencial del concepto de Derecho.

Para hacer frente a esta conclusión, los autores incluyentes han organizado su réplica alrededor de dos argumentos muy ligados entre sí. El primero de estos argumentos afirma que en los sistemas jurídicos actuales existen normas jurídicas que no funcionan como razones excluyentes para la acción. Por su parte, el segundo de tales argumentos niega que la pretensión de autoridad legítima caracterice esencialmente al Derecho⁷⁴. El primero de ellos intenta contrastar la tesis de la autoridad con los hechos, mientras que el segundo niega el carácter conceptual de la tesis de la autoridad en los términos establecidos por Raz como algo esencial del Derecho.

Desde el primero de estos argumentos se sostiene, por parte del positivismo jurídico inclusivo, que la necesidad de autoridad

⁷⁴ Para un tratamiento más completo —y también desde otros puntos de vista— de las críticas a la tesis de la autoridad de RAZ, véase HIMMA, K., «Law's Claim of Legitimate Authority», en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 299-309; y también WALUCHOW, W., *Positivismo jurídico incluyente* (1994), trad. M.S. Gil y R. Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 158-170; y «Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Concept of Authority», *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 6, nº 2, Spring 2007, pp. 22 y 23.

práctica del Derecho no es totalmente incompatible con la inclusión de principios morales⁷⁵. Para los autores incluyentes el incorporacionismo sería coherente con la autoridad del Derecho porque dicha autoridad no consiste necesariamente en proporcionar razones excluyentes para la acción⁷⁶. Y ello porque en los sistemas jurídicos —sobre todo en los constitucionales contemporáneos— existen normas que no funcionan como razones excluyentes y que, por tanto, según la tesis de la autoridad no serían normas jurídicas. Tal cosa, negar la juridicidad de determinadas normas constitucionales, chocaría con la realidad⁷⁷. Existen, pues, normas jurídicas que reemplazan algunas razones dependientes y normas jurídicas que requieren recurrir a algunas razones subyacentes para su identificación⁷⁸.

Es claro que la concepción del Derecho como autoridad se enfrenta a un verdadero problema a la hora de tener en consideración las normas jurídicas que introducen conceptos morales. Dichas normas requieren acudir a la moral, sea del tipo que sea, para dilucidar el contenido de dichos conceptos y, por tanto, tales normas actuarían como razones dependientes y no como razones excluyentes⁷⁹. Tal cosa conduciría a la tesis de la autoridad a un dilema sin solución: o tales normas no son normas jurídicas, o se ha de rechazar la naturaleza autoritativa del Derecho⁸⁰. Es necesario hacer aquí una breve aclaración. De acuerdo con el artículo 1.255 del

⁷⁵ Esta vía de crítica a la tesis de la autoridad ha sido seguida por WALUCHOW. Vid. «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, vol. 6, 2000, p. 50. En este sentido, un concepto de autoridad compatible con criterios morales de validez ha sido también propuesto por HIMMA en «The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism», *Law and Philosophy*, vol. 20, nº 1, 2001, pp. 76-79. Para un desarrollo de la tesis de la compatibilidad entre incorporacionismo y la tesis de la autoridad de RAZ, puede verse BRESLIN, J.M., «Making inclusive positivism compatible with Razian Authority», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, 2001, pp. 136-142.

⁷⁶ Así lo considera WALUCHOW en «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», cit., p. 46.

⁷⁷ Véase esta crítica en WALUCHOW, W., *Positivism jurídico incluyente*, cit., pp. 128-155.

⁷⁸ Compruébese esta conclusión en MORESO, J.J., «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en Navarro, P.E. y Redondo, M.C. (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 105. MORESO pone un ejemplo: la norma que justifica la legítima defensa excluye varias razones subyacentes (las razones para considerarla jurídicamente justificada), pero no excluye el razonamiento sobre si el bien jurídico protegido era de igual o distinto valor al bien sacrificado (íd., p. 106).

⁷⁹ A esta misma conclusión no sólo han llegado WALUCHOW y MORESO —al entender que las decisiones judiciales sí son ajenas a las razones subyacentes, pero no así las normas legislativas («En defensa del positivismo jurídico inclusivo», cit., p. 106)—, sino también el propio DWORKIN (*La justicia con toga*, cit., pp. 217-229).

⁸⁰ De esta opinión es ESCUDERO en *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 224-225.

Código civil español, la moral constituye un límite a la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, en ausencia de una decisión dotada de autoridad que concrete qué pactos son contrarios a la moral, parece dudoso afirmar que el artículo 1.255 es una razón excluyente para la acción, puesto que hasta que no se concrete el significado del término «moral» no ofrece guía de conducta alguna. Ello obliga, al menos hasta que haya una decisión dotada de autoridad al respecto, que las partes y los operadores jurídicos acudan a lo que ellos entiendan por moral. Puede ser cierto que una vez que la autoridad concrete el contenido del artículo 1.255 o dé cierto patrón de conducta tal instrucción junto con el artículo 1.255 constituyan razones excluyentes, pero no antes.

De acuerdo con el segundo argumento contra la tesis de la autoridad, si bien el Derecho pretende autoridad no es en absoluto necesario, conceptualmente hablando, que dicha autoridad sea legítima ni tan siquiera que por tener autoridad *de facto* se pretenda que dicha autoridad sea moral. En este sentido, puede decirse que un sindicato del crimen organizado, como la mafia, que ejerce el control sobre la mayoría de los aspectos de la vida en una región a través de mandatos generales y duraderos en el tiempo y que cuente con regularidad institucional en su aplicación configura una autoridad y un sistema jurídico, aunque los ciudadanos se guíaran mejor por otros mandatos diferentes a los de ese grupo y las autoridades del grupo entiendan que sus instrucciones no están moralmente justificadas⁸¹.

Es cierto que la tesis de la autoridad ha suscitado una enorme literatura con argumentos a favor y en contra⁸². Sin embargo, ahondar en mayores debates sobre la tesis de la autoridad parece infructuoso porque, en lo que respecta a las implicaciones de dicha tesis sobre el concepto de Derecho, ésta considera como esencial al mismo no sólo su función, sino una determinada función: la de guía de conducta. Es cierto que el Derecho sólo es un instrumento útil si sirve como vehículo para los intereses humanos, pero no es obvio que como un asunto conceptual todas las normas, en su calidad de normas jurídicas, deban ser capaces de guiar la conducta, es decir, de cumplir los requisitos de la llamada autoridad práctica⁸³. Aun en el supuesto de que se considerase que el fundamento del Derecho se encuentra en una regla de reconocimiento, ni siquiera la existencia de

⁸¹ Puede verse este argumento en KRAMER, M.H., *In Defense of Legal Positivism*, cit., pp. 96-101.

⁸² Un ejemplo más de esta literatura se encuentra en los argumentos de COLEMAN para hacer compatible la tesis de la autoridad con el positivismo jurídico incluyente y negar que aquélla constituya una razón a favor del positivismo jurídico excluyente. Al respecto puede verse *The Practice of Principle*, cit., pp. 126-133.

⁸³ Ésta es la argumentación seguida por COLEMAN en *The Practice of Principle*, cit., p. 124 y 133. Similares argumentos de COLEMAN pueden verse también en «Authority and Reason», en George, R.P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 306-314.

tal regla supondría –como un asunto conceptual– el necesario cumplimiento de su función. En definitiva, se puede afirmar que la existencia del Derecho es una cosa y su función o su eficacia otra⁸⁴. Condicionar la existencia del Derecho a que éste sea eficaz o sirva como herramienta de control social representaría importar una de las ideas básicas del iusnaturalismo como es la de introducir en el concepto del Derecho elementos teleológicos⁸⁵.

Contra la crítica a la tesis conceptual funcionalista se ha utilizado el siguiente razonamiento: decir que algún tipo de entidad k tiene una función conceptual f solamente es afirmar que algo o alguien debe ser capaz de llevar a cabo f para contar como una k ⁸⁶. De tal forma que la tesis conceptual funcionalista del Derecho es verdadera siempre que haya alguien que sea capaz de llevar a cabo tal función, aunque ésta no se cumpla efectivamente. Sin embargo, a mi juicio este argumento no parece muy convincente en cuanto que no atribuye *necesariamente* al concepto de Derecho su función de eficacia, sino únicamente la de *posibilidad* de eficacia. Es decir, de acuerdo con esta crítica, el Derecho lo es mientras pueda ser eficaz. Imagínese que un sistema jurídico sea, a día de hoy, ineficaz. Que hoy sea ineficaz no significa que dentro de un año el mismo sistema siga siendo ineficaz. Por tanto, el sistema jurídico que hoy es ineficaz es, potencialmente, eficaz. Según el argumento crítico mencionado, el sistema jurídico hoy ineficaz –pero que puede ser eficaz en el futuro– podría ser mañana un sistema jurídico (eficaz), puesto que en ningún momento pierde su posibilidad de eficacia. De ser esto así, la conclusión parece obvia: un sistema jurídico ineficaz es un sistema jurídico; y ello con independencia de su eficacia o ineficacia, presente o futura. Aunque no fuera así, habría que replantearse la idea de

⁸⁴ Para una profundización de esta explicación véase TAMANAHA, B., «Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, nº 1, 2001, pp. 9-13 y 20; y *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 133-170.

⁸⁵ En este sentido BOBBIO, al referirse al positivismo metodológico, ha señalado que «la mentalidad que el positivismo jurídico rechaza es la de quien incluye en la definición del derecho elementos finalistas; por ejemplo: la obtención del bien común, la actuación de la justicia, la protección de los derechos de libertad, la promoción del bienestar, y que debido a esta inclusión está luego obligado -si quiere ser coherente (pero afortunadamente a menudo los antipositivistas no lo son)- a rechazar como no jurídicas aquellas normas que no obstante emanar de los órganos competentes, de acuerdo con los procedimientos establecidos, no sirven para obtener el bien común, para actuar la justicia, para garantizar la libertad, para promover el bienestar» (*El problema del positivismo jurídico* (1965), trad. E. Garzón Valdés. México: Fontamara, 2004, p. 42). Por ello, «es inexacto considerar incompleta la definición iuspositivista basada únicamente en el requisito de validez» (*El positivismo jurídico*, cit., p. 152).

⁸⁶ Esta defensa de la tesis conceptual funcionalista ha sido realizada por HIMMA, K.E., «Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, nº 4, 2004, p. 731

eficacia respecto del sistema y quizá hablar de algo así como «eficacibilidad».

Cosa diferente es que para comprender completamente el concepto de Derecho haya que explicar la función que desempeña en la sociedad aquella institución, al igual que por ejemplo para comprender bien el concepto de «tijeras» haya que explicar su función⁸⁷. Pero el Derecho y las tijeras no tienen una única función y ni mucho menos dejan de existir por no cumplir su función, teniendo en cuenta que en un futuro siempre podrán cumplir ésa u otras funciones⁸⁸. El Derecho no deja de ser Derecho aunque no se obedezca o se aplique, del mismo modo que las tijeras no dejan de ser tijeras aunque no se usen para cortar⁸⁹.

Por último, de acuerdo con la tesis de la diferencia práctica, todas las normas jurídicas deben ser capaces de asegurar la obediencia o conformidad representando una diferencia en el razonamiento práctico del agente. Se puede decir que una norma hace una diferencia práctica cuando dicha norma motiva a un agente a actuar de una manera diferente de como hubiera actuado de no haber contado con la norma en su razonamiento práctico. De esta manera, una norma es capaz de hacer una diferencia práctica —una diferencia en el comportamiento del sujeto— si pese a no adherirse voluntariamente a la conducta prescrita en la norma tal sujeto cumple con ella⁹⁰.

⁸⁷ En este sentido, Philip SOPER también ha diferenciado entre el concepto y la función del Derecho, aunque afirme que para comprender bien el Derecho haya que conectar ambos elementos: concepto y función (*Una teoría del Derecho*, trad. R. Caracciolo y S. Vera. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 161). Sobre que el concepto de Derecho integra necesariamente el elemento funcional puede verse ASÍS, R. de, «Sobre los rasgos de lo jurídico», en VV.AA., *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, nota 10, pp. 637-638.

⁸⁸ Se utiliza aquí el ejemplo de las tijeras pues es el que usa HIMMA en comparación con el Derecho para evidenciar que la posibilidad de llevar a cabo sus funciones son tesis conceptuales acerca de la naturaleza misma del Derecho y de las tijeras. Véase esta comparación en «Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law», cit., p. 732.

⁸⁹ En ocasiones es el propio Derecho el que rehúsa su propia eficacia y se interesa no de que sus normas se cumplan o apliquen, sino del símbolo de poder que supone la mera creación y existencia de normas jurídicas para, por ejemplo, calmar intereses públicos. Como ha señalado Mauricio GARCÍA VILLEGAS: «en el ordenamiento jurídico existen normas que son creadas con el único objetivo de ser promulgadas, de ser enunciadas, y no con el de ser aplicadas. El poder del Derecho es el poder de decir el Derecho» (*La eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes, 1993, p. 239).

⁹⁰ Véase la definición detallada de la tesis de la diferencia práctica en SHAPIRO, S.J., «Law, Morality, and the Guidance of Conduct», *Legal Theory*, n° 6, 2000, pp. 129 y 132.

Por ejemplo, si ante un semáforo en rojo un conductor detiene su automóvil por el simple hecho de que ha tomado en consideración la existencia de una norma que prohíbe bajo sanción saltarse los semáforos en rojo, mas si no existiera tal prohibición o no se hubiera tenido en cuenta dicho conductor no se habría detenido, entonces puede afirmarse que la regla ha cumplido una diferencia práctica. Si el conductor se hubiera detenido igualmente en el semáforo en rojo, con independencia de que existiera una norma jurídica sancionadora al respecto, la norma no habría sido capaz de generar una diferencia práctica.

Una vez definida esta tesis de la diferencia práctica durante las líneas que componen este epígrafe se pretenden exponer los elementos de la misma que han servido a algunos autores para criticar ciertas versiones del positivismo jurídico incluyente⁹¹. Posteriormente, se analizará también cuál ha sido la respuesta por parte del incorporacionismo a tales críticas.

En efecto, la tesis de la diferencia práctica ha servido a algunos autores para concluir que las normas jurídicas que son válidas únicamente en virtud de su contenido no pueden guiar la conducta de los jueces ni la del resto de los ciudadanos⁹². Imagínese un sistema jurídico en el que los jueces se guíen por una regla incluyente de reconocimiento que establece que sólo son Derecho las actuaciones judiciales justas. Para probar si tal regla de reconocimiento puede

⁹¹ Conviene matizar que las objeciones de SHAPIRO no se han dirigido contra todas las versiones de positivismo jurídico incluyente, sino sólo sobre aquellas que quieren sostener que una de las funciones del Derecho es que éste represente una diferencia práctica. En un principio COLEMAN no defendió la tesis de la diferencia práctica, y como tal lo ha manifestado expresamente en su trabajo «Constraints on the Criteria of Legality», cit., p. 177, nota 13. Entonces, tal y como también ha señalado SHAPIRO, sus argumentos no afectan a la versión incluyente de dicho autor. Véase esta advertencia en «Law, Morality, and the Guidance of Conduct», cit., pp. 129 y 130.

⁹² En este sentido véase SHAPIRO, S.J., «Law, Morality, and the Guidance of Conduct», cit., p. 131. Las críticas de este autor tuvieron como blanco original a HART. A juicio de SHAPIRO, HART sostuvo el positivismo jurídico incluyente, el convencionalismo y la tesis de la diferencia práctica y, por tanto, mantuvo una posición incoherente; una posición que le fuerza a abandonar el positivismo jurídico incluyente, ya que -en opinión de SHAPIRO- su tesis convencionalista y su tesis de la diferencia práctica eran más importantes y centrales que su tesis incorporacionista. SHAPIRO trató dicha incoherencia de HART en «On Hart's Way Out» (1998), en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 149-191. Por el contrario, para HIMMA esta interpretación de la tesis de HART es errónea. Las críticas de HIMMA se pueden encontrar en «H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, n° 6, 2000, pp. 34-43. SHAPIRO, por su parte, contesta a estas críticas en «Law, Morality, and the Guidance of Conduct», cit., pp. 134-145. Por último, la exposición completa de las críticas a SHAPIRO puede seguirse en HIMMA, K.E., «Inclusive Legal Positivism», en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 157-165.

guiar la conducta de los jueces habría que preguntarse si éstos hubieran actuado de manera diferente de no haber tomado en consideración esa regla de reconocimiento. Esto significa, dicho con otras palabras, que para verificar si la regla de reconocimiento ha generado un cambio en su conducta se debe preguntar si los jueces, en el caso de que no hubieran tomado en consideración tal regla de reconocimiento, hubieran actuado de manera injusta. Sin embargo, parece claro concluir que los jueces, de no existir dicha regla de reconocimiento incluyente, tal vez se hubieran comportado igualmente de forma justa y no de manera injusta. Entonces, si los jueces se comportaran en sus actuaciones siempre de manera justa con independencia del contenido de la regla de reconocimiento, puede concluirse que la referencia a la justicia o a la moral que hace ésta es superflua⁹³.

El problema de las normas jurídicas que contienen referencias a la moral reside en que tales normas no generan ninguna diferencia en el comportamiento de los individuos, puesto que, a pesar de que tales normas jurídicas no existieran, seguirían existiendo las normas morales a las que hacen referencia. Cuando se trata de normas jurídicas que incorporan principios morales, los ciudadanos pueden guiar su comportamiento por lo que dice la norma jurídica, pero si lo hacen guiados por lo que prescribe la norma moral, entonces, la norma jurídica no añade nada nuevo a la motivación de su comportamiento, esto es, la norma jurídica no guía en nada la conducta del individuo.

Toda esta explicación ha tenido su correspondiente respuesta desde las filas incluyentes; respuesta que, por su parte, se ha diseñado desde dos estrategias diferentes. En primer lugar, se ha aducido que no es una verdad conceptual sobre el Derecho que éste pretenda obtener una diferencia práctica. En otras palabras, que para responder a la pregunta sobre qué es el Derecho no es necesario responder en términos funcionalistas ni tampoco sostener que necesariamente el sistema jurídico tiene una función de guía de la conducta humana. Según esta estrategia de respuesta, el incorporacionismo es incompatible con la tesis de la diferencia práctica. Entonces, ante el dilema de tener que abandonar o bien la tesis de la diferencia práctica o bien el carácter incluyente de su positivismo el incorporacionismo ha optado por abandonar la primera y mantener el segundo⁹⁴.

⁹³ Esta referencia a la superficialidad ha sido tomada de MORESO, frase con la que este autor resume la posición de SHAPIRO. Vid. MORESO, J.J., «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», cit., p. 108.

⁹⁴ Esta línea de contestación al diseño de la tesis de la diferencia práctica desarrollado por SHAPIRO ha sido la elegida en un primer momento por COLEMAN en su trabajo «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», cit., pp. 144 y 145. Sin embargo, el rechazo que hace este autor de la

La segunda estrategia diseñada para evitar la crítica de la tesis de la diferencia práctica consiste en rechazar que esta tesis pueda predicarse de todas y cada una de las normas que componen el sistema jurídico, y no de éste en su conjunto⁹⁵. Con esta precisión no hay ninguna razón para preocuparse por la compatibilidad entre una regla de reconocimiento incluyente y la tesis de la diferencia práctica porque ha de ser, no cada norma individual y concreta, sino el sistema jurídico en su conjunto quien tenga que producir necesariamente una diferencia práctica. Como se recordará, ésta es una de las estrategias que se usó para rechazar la tesis de la autoridad, de manera que no resultará extraño que se traiga ahora a colación de nuevo.

Aunque es cierto que puede verse una incompatibilidad de una regla de reconocimiento incorporacionista tanto con la tesis de la autoridad como con la de la diferencia práctica —lo cual podría tomarse no como una simple incompatibilidad de una norma jurídica, sino de todo el sistema en su conjunto (en cuanto que es la regla de reconocimiento la que le otorga validez)— lo cierto es que para llegar a una incompatibilidad conceptual se necesitaría, en todo caso, defender una versión de la regla de reconocimiento que mantuviera como una verdad conceptual acerca del Derecho que éste deba tener como función generar una diferencia práctica. Además, no parece que pueda mantenerse de todas y cada una de las normas jurídicas el que cumplan éstas con la función de guiar el comportamiento humano. Por último, no cabe desconocer que en muchos casos la diferencia práctica depende de la estructura institucional que tenga el Derecho⁹⁶. En definitiva, las razones que se arguyeron en contra de

tesis de la diferencia práctica no es completo, ya que entiende que dicha tesis puede contener, al menos, dos proposiciones diferentes pero relacionadas. La primera, que el Derecho necesariamente pretende hacer una diferencia práctica; y la segunda, que el Derecho necesariamente debe, en principio, ser capaz de hacer una diferencia práctica. COLEMAN entiende que existe una diferencia importante entre estas dos pretensiones. En su opinión, se puede aceptar la segunda proposición sin asumir la primera, pero no se puede aceptar la primera proposición sin adherirse a la segunda. En su rechazo a la tesis de la diferencia práctica, COLEMAN opta por abandonar la primera proposición, aunque no la segunda (Íd., p. 146).

⁹⁵ Esta estrategia ha sido seguida por WALUCHOW en «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», cit., p. 76. A esta crítica se han sumado también MORESO («En defensa del positivismo jurídico inclusivo», cit., p. 108) y COLEMAN (*The Practice of Principle*, cit., p. 147). En este sentido es significativa la definición que ofrece COLEMAN de la tesis de la diferencia práctica en la que alude no ya a las normas jurídicas, sino al Derecho: en su opinión, es el Derecho en su conjunto el que debe poder representar una diferencia en las razones para la acción que tienen aquellos a quienes el Derecho se dirige (*The Practice of Principle*, cit., p. 69). COLEMAN, además, sostiene que la mayor parte de los positivistas aceptan la tesis de la diferencia práctica en este sentido (id., p. 68).

⁹⁶ De acuerdo con esta estructura institucional del Derecho, como ha señalado MORESO, en el caso español, por ejemplo, si un juez considera que una pena del

tomar en consideración la tesis de la autoridad como defensa del positivismo jurídico excluyente y, a su vez, como ataque del positivismo jurídico incluyente pueden extenderse y por las mismas razones a la tesis de la diferencia práctica.

6. PROBLEMAS RELATIVOS A LA NORMATIVIDAD DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

La concepción de la idea de obligación descrita en la teoría práctica de las reglas fue objeto de una crítica por Ronald Dworkin, quien, reconociendo que la provisión de razones y el establecimiento de deberes son rasgos de normatividad, mostró que ésta no puede provenir de un mero estado fáctico de cosas —como es la regularidad y cierta actitud de comportamiento compartida—, sino de un concreto estado «normativo» de cosas o, en su visión, de la existencia de razones morales que son las que realmente definen la tenencia de un deber de aceptar la regla. En opinión de Dworkin, el deber que fundamenta la obligación de los jueces de seguir la regla no puede ser, por ejemplo, el deseo de comportarse como lo hacen los demás, sino la afirmación de que los jueces tienen precisamente tal deber⁹⁷.

El error de Hart sería, al parecer de Dworkin, no distinguir entre dos tipos de obligación, la obligación por convicción y la obligación por convención. De acuerdo con la primera, los agentes de una comunidad verán una regla como obligatoria por convicciones morales, con independencia de que haya concurrencia de convicciones. Sin embargo, en el caso de la segunda, los agentes de una comunidad verán una regla como obligatoria cuando concuerdan en este hecho y precisamente lo ven así porque coinciden en ello (se acepta porque todos los demás la aceptan, con independencia de su verdad sustantiva). Si para la teoría práctica de las reglas la obligatoriedad de una regla proviene, exactamente, de una concurrencia de actitudes, entonces dicha teoría no puede explicar todas las reglas sociales, sino sólo las convenciones. De esta manera, la teoría práctica se debilita, ya que podría ser que por lo menos parte de los jueces se sintieran obligados más por convicción que por convención⁹⁸.

Código penal prevé una pena cruel o degradante no puede limitarse a inaplicarla, sino que tendría que interponer la denominada cuestión de inconstitucionalidad — regulada en fuentes de carácter constitucional y legal— ante el Tribunal Constitucional. Tribunal que deberá, en su caso, declarar la inconstitucionalidad de tal pena y su invalidez por alguna de las vías también recogidas en fuentes constitucionales y legales. Véase esta argumentación en «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», cit., p. 109.

⁹⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 107-111; *Law's Empire* (1986). Oxford: Hart Publishing, 1998, pp. 135-136.

⁹⁸ DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., pp. 111.

6.1. Regla de reconocimiento y razones para la acción

Tras estos embates a la normatividad de las reglas sociales como reglas obligatorias y con el renovado auge de la teoría de las razones para la acción en los últimos años de la década de los setenta y primeros de la de los ochenta del pasado siglo se empezó a concebir la normatividad de las reglas no en clave de deberes y obligaciones, sino en términos de razones para la acción. Esta idea se basa en que los individuos actúan de manera racional, deliberando, oponiendo o ponderando las razones o motivos que tienen para hacer o abstenerse de hacer algo. Si el elemento normativo de las reglas sociales, la aceptación, no puede ser satisfactoriamente comprendido en términos de obligación, dicha aceptación puede verse como el reconocimiento de los individuos de tratar la regularidad de comportamiento de la regla como una razón para la acción⁹⁹. O, dicho de otro modo más sencillo, la aceptación sería una actitud interior del agente que permite convertir las reglas en razones para la acción. Si en efecto la aceptación no es más que la asunción voluntaria por parte de un individuo de que la existencia de la regla cuenta entre sus deliberaciones prácticas o de comportamiento, entonces la cuestión de la normatividad se ha convertido en un asunto de razones para la acción.

De hecho, parece que la existencia de una regla supone para un individuo aceptar que dicha regla cuenta en su consideración o deliberación para actuar en tres cursos de acción diferentes. En primer lugar, significa aceptar que cuenta en su deliberación o balance de razones para guiar su conducta de acuerdo con el patrón de comportamiento de la regla. En segundo lugar, es tomada en consideración como una razón para criticar el comportamiento desviado. En tercer y último lugar, es tomada como una razón que justifica el ejercicio de una presión social sobre los miembros del grupo para que conformen su conducta con la regla¹⁰⁰.

Este paralelismo entre reglas sociales y razones para la acción fue puesto de manifiesto por Hart al afirmar que «el reconocimiento general en una sociedad de las palabras del superior como razones perentorias para la acción es equivalente a la existencia de una regla social»¹⁰¹. Es decir, que una sociedad reconozca a una persona (o institución) como autoridad práctica, es decir, tome sus palabras como razones para actuar conforme a esas palabras¹⁰² equivale a que dicha sociedad toma las conductas prescritas en sus palabras o directivas como guías de su propio comportamiento; las utiliza como

⁹⁹ SCHAUER, F., *Las reglas en juego* (1991), trad. C. Orunesu y J.L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004, 183-188.

¹⁰⁰ MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., pp. 2-3.

¹⁰¹ HART, H., «Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad» (1982), trad. J.L. Pérez, *Isonomía*, 6, 1997, p. 96.

¹⁰² RAZ, J., «Autoridad, derecho y moral», cit., p. 229.

críticas ante la conducta desviada; y las usa como justificaciones de la presión social ante el desvío. Desde el punto de vista de las razones para la acción, las reglas sociales serían, pues, razones perentorias para la acción, esto es, razones que excluyen toda deliberación, debate o argumento. El concepto de razón perentoria no es otro que el de razón excluyente (razón de segundo orden negativa) que usa Raz, esto es, una razón para no actuar según otras posibles razones¹⁰³. Pero, además de perentorias, las reglas sociales son razones independientes de contenido, es decir, razones que pretenden funcionar al margen de las razones que se tuvieran para llevar a cabo la acción¹⁰⁴.

Ahora bien, las razones que proporcionan las reglas sociales en la configuración de Hart están siempre basadas en una regularidad de comportamiento. Dicha regularidad de comportamiento será la razón para, como se ha señalado líneas atrás, guiar la propia conducta, criticar el comportamiento desviado y legitimar el ejercicio de una presión social sobre éste. No obstante, tal razón no le parece a Raz suficiente para explicar la normatividad de todas las reglas sociales, sino sólo de las convenciones, coincidiendo, así, aunque por otros motivos con la crítica dworkiniana¹⁰⁵.

La teoría práctica de las reglas, recuérdese que se trata de la explicación de las reglas como un tipo de prácticas sociales, no obstante, parecía insatisfactoria para explicar la normatividad de todas las reglas sociales bien sea por la tradicional vía de la idea de obligación, bien por vía de razones para la acción. Serán estas críticas las que lleven a Hart a matizar, con posterioridad, que su teoría práctica no sirve para explicar todas las reglas sociales, sino sólo una categoría de éstas: las convenciones sociales.

6.2. La regla de reconocimiento como regla convencional

La diferencia entre una convención y cualquier otra regla social es clara. Las reglas sociales no convencionales están constituidas por el hecho de que los miembros de un grupo han concurrido en su comportamiento, pero por diferentes razones. Sin embargo, en las reglas sociales convencionales los miembros han concurrido en su conducta al menos por una misma razón: porque otros individuos también se comportan así¹⁰⁶. Esta rectificación añade un dato importante a la teoría, consistente en mostrar que una razón necesaria para seguir una convención social consiste en que los otros

¹⁰³ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 39-ss; *La autoridad del Derecho*, cit., p. 32.

¹⁰⁴ Hart, H., «Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad», cit., pp. 92-93; BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 38.

¹⁰⁵ RAZ, J., *Razón práctica y normas*, cit., pp. 60-65.

¹⁰⁶ HART, H., *Post Scriptum*, cit., p. 33.

también la siguen. En conclusión —y dicho en términos de Marmor—, sólo en algunas circunstancias especiales una razón para seguir la regla sería que los otros también la siguen: «a saber, en aquellos casos donde la regla en cuestión es una convención social. Pero, desde luego, no todas las reglas sociales son convenciones»¹⁰⁷.

El reconocimiento de Hart de que todas las reglas sociales no son convenciones y que, por tanto, su teoría práctica sólo es aplicable a las segundas podía poner en peligro la regla de reconocimiento. Sin embargo, será el propio Hart quien la pondrá a salvo al señalar, explícitamente, que la regla de reconocimiento es, en efecto, una regla convencional¹⁰⁸. Las preguntas relevantes son, ahora, qué tipo de convención es y cómo se concibe su normatividad.

Básicamente han sido tres las opciones que se han sostenido sobre el tipo de convención en que consiste la regla de reconocimiento; opciones que pasan por entenderla como una convención de coordinación, como una convención constitutiva o como una actividad cooperativa compartida.

Los autores partidarios de considerar la regla de reconocimiento como una convención de coordinación han sostenido que su propósito sería resolver problemas recurrentes de coordinación. De este modo lo entendió Jules Coleman en un primer momento, haciendo extensiva esta opinión al propio Hart, aunque este último no caracterizara expresamente a la regla de reconocimiento como una convención de este tipo¹⁰⁹.

A continuación, se intentará explicar el concepto y la función de una convención de coordinación. Imagínese que una persona llama por teléfono a otra. En medio de la conversación, la comunicación se interrumpe. Piénsese que ambos prefieren esperar a que el otro llame o, por el contrario, que ambos prefieren llamar. En ambos casos, si cada agente involucrado actúa por su propia preferencia, la comunicación será infructuosa, bien porque ninguno llamaría al otro, bien porque, al llamarse al mismo tiempo, ambos tendrían la línea ocupada. Este caso es un ejemplo de un comportamiento que necesita ser coordinado. Otro ejemplo clásico es el de la circulación en automóvil. En una carretera de dos carriles y doble sentido, si cada agente circula por el carril y sentido que prefiera podría ocurrir un accidente¹¹⁰.

¹⁰⁷ MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., pp. 4-5.

¹⁰⁸ HART, H., *Post Scriptum*, cit., p. 33.

¹⁰⁹ COLEMAN, J., «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis» cit., p. 117.

¹¹⁰ LEWIS, D., *Convention. A Philosophical Study*. Oxford: Basil Blackwell, 1969, pp. 78-ss.; POSTEMA, G., «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 165-203; NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la*

Por tanto, un problema de coordinación puede darse cuando varios agentes tienen posibles modos de actuar o distintas preferencias respecto al modo de conducta mutua y cada agente elige su propio modo de actuar. En este sentido, entre varias alternativas de comportamiento abiertas ante ellos en una circunstancia determinada, cada agente tiene una preferencia más fuerte para actuar según su propio criterio que para hacerlo según los criterios de los demás. Sin embargo, los problemas de coordinación son fácilmente resueltos eligiendo, más o menos arbitrariamente, una alternativa y afianzando una uniformidad de acción entre ellos. Por ejemplo, que el que llamó primero vuelva a hacerlo mientras que el otro espera o que todos los que van en el mismo sentido circulen por la derecha. Se entiende, de esta manera, que es instrumentalmente racional coordinar la acción de los agentes entre sí¹¹¹.

Ahora bien, cuando un concreto problema de coordinación es recurrente, es decir, se repite, y el acuerdo es difícil de obtener, debido principalmente al gran número de agentes involucrados, es muy probable que surja una convención social. Las convenciones aparecen, pues, como soluciones a problemas recurrentes de coordinación precisamente en aquellos casos en que los acuerdos son difíciles o imposibles de obtener¹¹². Ante la falta de un acuerdo, y debido a los problemas que acarrearía comportarse como cada uno prefiere —por ejemplo, no hablar por teléfono o colisionar con otro vehículo que circula en la misma dirección pero en sentido contrario—, los individuos tienen una preferencia no ya por su propio modo de actuar, sino por comportarse tal y como los otros individuos lo hacen. Es, entonces, de esa preferencia por actuar coordinadamente y de esa regularidad de comportamiento de la que surge la coordinación.

De esta explicación pueden extraerse tres aspectos de las convenciones. En primer término, que una convención es una regularidad en el comportamiento de los individuos que se mantiene, en parte, por la creencia en que tal regularidad se seguirá manteniendo. En segundo lugar, que dicha creencia, junto con otras creencias y deseos, genera la preferencia de comportarse manteniendo la regularidad. Y, en tercer y último lugar, que el comportamiento coordinado es fruto de esa regularidad de la conducta, y no su causa ni su justificación¹¹³.

Otros autores, sin embargo, consideran que las opciones y problemas que se encuentran en una regla de reconocimiento son

teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 309-341.

¹¹¹ GREEN, L., «Positivism and Conventionalism», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, p. 41.

¹¹² MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., p. 7.

¹¹³ NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho*, cit., p. 299.

mucho más complejos que los que se dan en un problema de coordinación. Por ello, lo conveniente es aplicar a la regla de reconocimiento no la idea de convención de coordinación, sino la de convención constitutiva. Para que haya una convención de coordinación se debe conocer el problema de coordinación y las preferencias de los agentes. Sin embargo, estas condiciones no se dan en las prácticas sociales convencionales más comunes. Por ejemplo, sería una torpeza considerar a las reglas (constitutivas) del ajedrez como una solución a un problema recurrente de coordinación, puesto que antes de contar con las reglas que crean el juego de ajedrez no existiría problema de coordinación alguno en este juego. No obstante, es cierto que una vez comenzado el juego podrían aparecer algunos problemas de coordinación que pueden ser salvados por convenciones adicionales. De la misma forma que en el ajedrez, antes de la regla de reconocimiento no había ningún problema a resolver, no habría nada que coordinar pues no existiría el Derecho. Por ello, la idea de convención aplicable a la regla de reconocimiento sería la de una convención constitutiva, esto es, una convención que determina lo que es la práctica y cómo uno debe comprometerse con ella¹¹⁴.

En este sentido, la regla de reconocimiento, al determinar lo que la práctica es, resulta similar a las reglas del ajedrez¹¹⁵ o de cualquier otro juego. La comparación entre las reglas del ajedrez y el concepto de Derecho vigente ya fue establecida por Alf Ross¹¹⁶. La misma opinión parece desprenderse de las palabras de Gregorio Robles, para quien antes de la convención el juego de ajedrez no existe; éste sólo existe tras la convención. En este sentido, la convención que crea el juego es una convención creadora del ser del juego, por eso la denomina convención *óntica*¹¹⁷.

Un último argumento contrario a ver en la regla de reconocimiento una convención de coordinación sería que ésta no puede explicar por qué la conducta de algunos jueces es o podría ser una razón para el actuar de otros. Dicha explicación, no obstante, podría encontrarse en otro tipo convencional como el de la «actividad cooperativa compartida»¹¹⁸. Una forma de explicar la normatividad de

¹¹⁴ MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, cit., pp. 12-14; «How Law is Like Chess?», *Legal Theory*, 12, 2006, pp. 347-371; VILAJOSANA, J.M., «Hechos sociales y Derecho», en Diciotti, E. y Velluzzi, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Torino: Giappichelli, 2003, pp. 58-60; *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 44-45.

¹¹⁵ MARMOR, A., «The Conventions of a Legal Order», *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 5, 2, 2006, pp. 3-4.

¹¹⁶ ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. G.R. Carrió, 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997, pp. 34-40.

¹¹⁷ ROBLES, G., *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 35-36.

¹¹⁸ COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., p. 94.

las convenciones sociales ha tenido, pues, como base la denominada «actividad cooperativa compartida». Serían tres los rasgos que caracterizarían la presencia de una actividad cooperativa compartida¹¹⁹ :

1. La sensibilidad mutua: en una actividad cooperativa compartida cada agente participante intenta ser sensible a las intenciones y acciones del otro, sabiendo que el otro también intentará ser sensible. O, dicho de otra manera, cada uno busca guiar su conducta con un ojo puesto en la conducta del otro, sabiendo que el otro busca hacer lo mismo.

2. El compromiso a una actividad conjunta: en una actividad cooperativa compartida cada uno de los participantes tiene un compromiso apropiado, aunque quizá, por razones diferentes a la actividad conjunta. Su mutua sensibilidad se encuentra en la persecución de ese compromiso.

3. El compromiso de apoyo mutuo: en una actividad cooperativa compartida cada agente se compromete a apoyar los esfuerzos del otro para jugar su papel en la actividad conjunta. Estos compromisos en apoyarse mutuamente les sitúan en una posición de realizar la actividad conjunta con éxito, aun cuando sea cierto que necesiten ayuda. Lo que permite ese compromiso mutuo es una intención a favor de la actividad conjunta, pese a que cada agente pueda tener tal intención por razones diferentes (en el caso de pintar una casa conjuntamente, uno puede tener la intención de tener la casa recién pintada y otro la de hacer ejercicio).

Desde estas premisas se ha pretendido aproximar dicha estructura de las actividades cooperativas compartidas a la figura de la regla de reconocimiento. Así, una regla convencional de reconocimiento es un tipo de la clase de prácticas en que consisten las actividades cooperativas compartidas. Y ello porque es la práctica de los operadores jurídicos de comprometerse en un conjunto de criterios de juridicidad la que exhibe estos rasgos de la actividad cooperativa compartida. En efecto, los jueces coordinan su conducta entre sí, por ejemplo a través de los precedentes jurisprudenciales, que es la manera en la que ellos son sensibles entre sí (la vinculación de los tribunales de apelación hacia los jueces y tribunales inferiores). No en vano lo que un juez hace en un caso particular depende de lo que han hecho otros jueces, esto es, un juez es sensible a las intenciones y acciones de otros¹²⁰.

¹¹⁹ BRATMAN, M.E., «Shared Cooperative Activity», *The Philosophical Review*, 101, 2, 1992, p. 328.

¹²⁰ COLEMAN, J., *The Practice of Principle*, cit., pp. 96-98; HIMMA, K.E., «Inclusive Legal Positivism», cit., p. 132. Como crítica puede verse DWORKIN, R., *La justicia con toga*, cit., pp. 213-216.

Otro argumento a favor de esta forma de articular la regla convencional de reconocimiento consiste en entender que la noción de una actividad cooperativa compartida podría contribuir a una explicación de cómo una práctica social puede dar lugar a obligaciones. Desde esta perspectiva no habría ningún misterio en comprender cómo los compromisos conjuntos pueden dar lugar a obligaciones en la medida en que éstos inducen a la confianza y a un juego justificado de expectativas¹²¹. En este sentido, tales compromisos podrían equivaler a una promesa. Una promesa se satisface cuando un sujeto hace algo en el futuro precisamente porque prometió hacerlo. El sujeto crea (y acepta) un motivador externo (una razón para la acción) que le obliga¹²².

Tal vez la idea de obligación, tal cual, no esté presente en las convenciones, pero sí al menos la de razones para la acción que revela el concepto de aceptación de la regla de reconocimiento tal y como se vio anteriormente y, en este sentido, la de normatividad. En efecto, se puede decir que se está ante una regla convencional cuando parte de las razones para seguir (o aceptar) una regla es que otros también la siguen. Como señala Marmor, seguir una regla, algo diferente a actuar de acuerdo con ella, trae consigo que el agente considere la regla como una razón para la acción y quizás una razón para ejercer presión sobre otros para obedecer la regla¹²³. De esta manera, dicha razón se configura como una razón social y entre las razones para seguir una regla esta razón social siempre tiene que estar presente («yo intento» sólo como parte de «nuestro intento»).

Esto quiere decir que cuando unas personas actúan por la misma razón social en el contexto de una práctica social deben creer (a) que los otros actúan de forma similar y (b) que esto es mutuamente creído por todos¹²⁴. En este sentido, una práctica social consiste en «hacer algo juntos». Ese «hacer algo juntos» que define a las prácticas sociales queda reservado no para hacer algo al mismo tiempo (como cuando las personas que esperan en el andén de una estación suben todas juntas al tren cuando éste llega y abre sus puertas), sino para aquellos casos en que se da algún tipo de *unidad sistemática* en la actividad que se realiza juntos¹²⁵. Esa unidad sistemática viene cubierta por la ya mencionada razón social. Entre

¹²¹ HIMMA, K.E., «Inclusive Legal Positivism», cit., p. 132.

¹²² SEARLE, J., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, trad. L.M. Valdés. Oviedo: Nobel, 2000, pp. 25 y 226; «What is an Institution?», *Journal of Institutional Economics*, 1, 2005, pp. 11 y 21; JIMÉNEZ CANO, R.M., «El Derecho como institución social: Searle y Hart», en AA.VV., *Homenaje a Gregorio Peces-Barba, tomo II, Metodología y Teoría del Derecho*. Madrid: Dykinson, pp. 683-701.

¹²³ MARMOR, A., «How Law is Like Chess?», cit., p. 354.

¹²⁴ TUOMELA, R., *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 78-93

¹²⁵ SMITH, M.N., «The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?», *Legal Theory*, 12, 2006, p. 269.

las otras razones («razones primarias») para seguir una regla convencional puede, como se apuntó anteriormente, haber razones prudenciales o razones morales, pero las razones que sean no vienen determinadas por la propia regla convencional¹²⁶.

Para finalizar, se volverá por un instante a la idea haitiana de aceptación. La aceptación implica (a) que cada miembro del grupo toma el patrón de conducta de la regla como su propia guía de conducta futura y (b) una justificación de la crítica y de la presión ante la desviación de la conducta marcada por el patrón. Ahora bien, la fuerza obligatoria de la convencionalidad no procede de la aceptación misma (aspecto interno), es decir, la aceptación equivale a obligación, pero no es el fundamento de tal obligación. El fundamento de la obligación tampoco se encuentra en una mera concurrencia, de hecho, en el comportamiento del grupo (aspecto externo). El fundamento de la normatividad de la convención se encontraría en las razones de la aceptación. Mas, dentro de éstas, no cualquier razón para aceptar la regla conforma a ésta como una regla convencional obligatoria, sino sólo aquella razón que consiste en que otros también la siguen o aceptan: yo acepto porque otros también aceptan. Esta idea está, de alguna manera, presente en el *Post Scriptum*, donde Hart entiende que la concurrencia de actitudes presente en la regla de reconocimiento es parte de las razones que los individuos tienen para su aceptación¹²⁷. Sin embargo, como hace notar Julie Dickson, no hay nada en la explicación original de Hart sobre la regla de reconocimiento en *El concepto de derecho* de 1961 que apoye la idea de que él la estaba concibiendo como una regla convencional, puesto que ni señaló que una de las razones que siempre debe estar presente para aceptar la regla de reconocimiento sea que otros también la siguen ni que la práctica común de los jueces constituye parte de las razones que tiene cada juez para tratarla como obligatoria¹²⁸. Recuérdese que, como razones para la aceptación, y dejando atrás razones morales, Hart apuntaba, en concreto, cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud tradicional, o incluso el mero deseo de comportarse como lo hacen los demás¹²⁹. Si «el mero deseo de comportarse como lo hacen los demás» puede ser indicativo de una razón convencional no hay nada que señale que dicha razón deba estar presente en todo caso.

En conclusión, la exposición de la regla de reconocimiento como una regla convencional ha podido conseguir una satisfactoria

¹²⁶ MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, cit. pp. 32-33.

¹²⁷ Véase, una vez más, HART, H., *Post Scriptum*, cit., p. 33.

¹²⁸ DICKSON, J., «Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 3, 2007, pp. 379-383.

¹²⁹ Véase, de nuevo, HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 250 y 251.

descripción de su carácter normativo, pero tal vez a expensas de sacrificar la explicación original de tal regla social.

BIBLIOGRAFÍA

ASÍS, R. de, «Sobre los rasgos de lo jurídico», en VV.AA., *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al Profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 635-647.

AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Cambridge: Hackett Publishing, 1998.

BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico* (1965), trad. E. Garzón Valdés. México: Fontamara, 2004.

BRATMAN, M.E., «Shared Cooperative Activity», *The Philosophical Review*, 101, 2, 1992, pp. 327-341.

BRESLIN, J.M., «Making inclusive positivism compatible with Razian Authority», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 14, 2001, pp. 133-142.

BULYGIN, E., «Tiempo y validez», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214.

— «Validez y positivismo» (1987), en Alchourrón, C.E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

— «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, nº 9, 1991, pp. 247-279.

— «¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?», *DOXA*, 27, 2004, pp. 15-26.

— *El positivismo jurídico*. México: Fontamara, 2006.

CALSAMIGLIA, A., «Postpositivismo», *DOXA*, nº 21-I, 1998, pp. 209-230.

CARACCIOLO, R.A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

COLEMAN, J., «Authority and Reason», en George, R.P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 287-319.

— «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis» (1998), en Coleman, J. (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 99-147.

— «Constraints on the Criteria of Legality», *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 171-183.

— *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DELGADO PINTO, J., «Normatividad del Derecho», en Garzón, E. y Laporta, F.J. (eds.): *El derecho y la justicia*, 2ª ed. Madrid: Trotta, 2000, pp.425-440.

DICKSON, J., «Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 3, 2007, pp. 373-402.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (1977), 2ª ed., trad. de M. Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

— *Law's Empire* (1986). Oxford: Hart Publishing, 1998.

— *La justicia con toga* (2006), trad. M. Iglesias e I. Ortiz. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ESCUADERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas, 2004.

— «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas», en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 303-319.

— «Arguments against Inclusive Legal Positivism», en Moreso, J.J. (ed.), *Legal Theory / Teoría del Derecho, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte nº 106*, 2007, pp. 43-52.

FARIÑAS, M^a.J., *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991,

GARCÍA VILLEGAS, M., *La eficacia simbólica del Derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes, 1993.

GARZÓN VALDÉS, E., «Algo más sobre la relación entre derecho y moral» [1990], en Vázquez, R. (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, 1998 [3ª reimp., 2003], pp. 138-159.

GIORDANO, V., «Accordi e disaccordi: note critiche sul positivismo "debole"», en V. OMAGGIO (ed.), *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2005, pp. 63-94.

GREEN, L., «Positivism and Conventionalism», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12, 1999, pp. 35-52.

HART, H., *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

- «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. L. Hierro, F.J. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980, pp. 3-18.
- *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- «Mandatos y razones jurídicas dotadas de autoridad» (1982), trad. J.L. Pérez, *Isonomía*, 6, 1997, pp. 83-105.
- *Post Scriptum al concepto de Derecho* (1994), ed. por P.A. Bulloch y J. Raz, trad. R. Tamayo. México: UNAM, 2000.
- HIMMA, K.E, «H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, n° 6, 2000, pp. 1-43.
- «Law's Claim of Legitimate Authority», en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 271-309.
- «The Instantiation Thesis and Raz's Critique of Inclusive Positivism», *Law and Philosophy*, vol. 20, n° 1, 2001, pp. 76-79.
- «Inclusive Legal Positivism», en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 125-165.
- «Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 4, 2004, pp. 717-738.
- «Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 1-45.
- «Revisiting Raz: Inclusive Positivism and the Concept of Authority», *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 6, n° 2, Spring 2007, pp. 20-27.
- JIMÉNEZ CANO, R.M., «El Derecho como institución social: Searle y Hart», en AA.VV., *Homenaje a Gregorio Peces-Barba, tomo II, Metodología y Teoría del Derecho*. Madrid: Dykinson, pp. 683-701.
- *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 1960), 12ª ed., trad. R.J. Vernengo. México: Porrúa, 2002.
- KRAMER, M.H., *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 1999,
- *Where Law and Morality Meet*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LEITER, B., «American Legal Realism», en Golding, M.P., y Ddmundson, W.A. (eds.), *The Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, pp. 50-66.

— *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

LEWIS, D., *Convention. A Philosophical Study*. Oxford: Basil Blackwell, 1969.

MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*. London: Edward Arnold Publishers, 1981.

— «Reglas sociales», trad. de L. Emilfork, en AA.VV., *H. Hart y el concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales (Facultad de Ciencias jurídicas, económicas y sociales, Universidad de Valparaíso, Chile), n° 28, 1986, pp. 297-319.

MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

— «How Law is Like Chess?», *Legal Theory*, 12, 2006, pp. 347-371.

— «The Conventions of a Legal Order», *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 5, 2, 2006, pp. 2-5.

MORESO, J.J., «La teoría del dret de H. Hart (Herbert versus Hèrcules)», *Working paper*, n° 14, Institut de Ciències Polítiques i Socials, 1990.

— «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en Navarro, P.E. y Redondo, M.C. (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 93-116.

NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

NAVARRO, P.E., «Validez y eficacia de las normas jurídicas», en AAVV, *El derecho y la justicia*, ed. de E. Garzón Valdés y F.J. Laporta, Trotta, Madrid, 1996, pp. 209-218.

NINO, C.S., «El Concepto de Derecho de Hart», en AA.VV., *H. Hart y el concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales, n° 28, primer semestre, 1986, pp. 33-54.

— *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Valdivia: Universidad de Carabobo, 1979.

PÁRAMO, J.R. de, «Entrevista a H. L. A. Hart», *DOXA*, n° 5, 1988, pp. 339-361.

POSTEMA, G., «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 165-203.

RAZ, J., *Razón práctica y normas* (1975), trad. J. Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

— *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (2ª ed., 1980), trad. R. Tamayo, UNAM, México, 1986.

— *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, 2ª ed., trad. de R. Tamayo, UNAM, 1985.

— «Hart on Moral Rights and Legal Duties», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 4, n.º. 1, spring 1984, pp. 123-131.

— «Autoridad, derecho y moral» (1985), en íd., *La ética en el ámbito público*, trad. M.L. Melon, Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 227-257.

— «On the Nature of Law», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n.º 82, 1996, pp. 1-25.

— «Explaining Normativity: On Rationality and the Justification of Reason», *Ratio*, 12, 4, 1999, pp. 354-379.

RECASÉNS, L., *Vida humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*. México: Casa de España en México, 1939.

ROBLES, G., *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

— «Hart: algunos puntos críticos», *DOXA*, n.º 21, vol. II, 1998, pp. 371-402.

ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. G.R. Carrió, 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

— «Review: The Concept of Law by H. Hart», *The Yale Law Journal*, vol. 71, 1961-1962, pp. 1185-1190.

RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

SCHAUER, F., *Las reglas en juego* (1991), trad. C. Orunesu y J.L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHIAVELLO, A., *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, 2004.

SEARLE, J., *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, trad. L.M. Valdés. Oviedo: Nobel, 2000.

SHAPIRO, S.J., «On Hart's Way Out» (1998), en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 149-191.

— «Law, Morality, and the Guidance of Conduct», *Legal Theory*, n.º 6, 2000, pp. 127-170.

SMITH, M.N., «The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?», *Legal Theory*, 12, 2006, pp. 265-292.

SOPER, P., *Una teoría del Derecho*, trad. R. Caracciolo y S. Vera. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

TAMANAH, B., «Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, n.º 1, 2001, pp. 1-32.

— *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

TUOMELA, R., *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

VEGA, J., «El positivismo excluyente de Raz», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 110, mayo-agosto, 2004, pp. 709-739.

VILAJOSANA, J.M., «Hechos sociales y Derecho», en Diciotti, E. y Velluzzi, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Torino: Giappichelli, 2003, pp. 41-63.

— *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

WALUCHOW, W., *Positivismo jurídico incluyente* (1994), trad. M.S. Gil y R. Tesone. Madrid: Marcial Pons, 2007.

— «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 45-81.