

Alberto Puppo

Reglas últimas y convenciones profundas: una relectura de Hart y Kelsen

Universidad Pompeu Fabra, 18 de marzo 2009

Primer Draft

El positivismo jurídico ha desarrollado una interpretación de la teoría de Hart poniendo acento sobre la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento. El objeto de este trabajo no es contribuir directamente a este debate, es decir no se tomará una posición en el debate convencionalista, sino una posición acerca de las normas últimas en las teorías de Hart y Kelsen. Sin embargo, en la medida en que la interpretación propuesta se funda sobre el concepto de convención profunda (CP) elaborado por Marmor, es necesario introducir rápidamente unas ideas básicas acerca del debate convencionalista (1). La lectura que propondré de Hart y Kelsen presupone una definición previa del concepto de CP (2). Nuestra interpretación será presentada en la tercera parte con respecto a Kelsen (3) y en la cuarta con respecto a Hart (4).

1. La origen del concepto de convención en las ciencias sociales y su recepción en la teoría del derecho

Sin que sea necesario hacer una genealogía del concepto de convención, es suficiente constatar que la obra de referencia es el trabajo de Lewis¹. No todas las convenciones corresponden al concepto de convención elaborado por Lewis, sin embargo muchos autores se refieren a su definición².

Este origen genera dos problemas.

El primero es que no siempre es claro si cuando alguien afirma que una regla es una convención, esto signifique que es una convención en el sentido de Lewis o en otro sentido. La ventaja de utilizar el concepto de Lewis es que su definición es muy exigente, y desde entonces afirmar que algo es una convención significa afirmar algo interesante, quizá falso, pero interesante. Cuando se deja de lado la definición de Lewis, tal vez afirmar que algo es una convención no significa mucho más que decir que la regla no es una regla moral. Desde

¹ Lewis, David K. (1969), *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Harvard University Press.

² En este sentido Celano por ejemplo habla del concepto de Lewis-convención

este punto de vista es posible afirmar que casi todas las reglas sociales, en un sentido débil, son convencionales³.

El segundo problema deriva del contexto. Las convenciones tienen algo particular cuando intervienen en un contexto en donde algunos actores representan o tienen una cierta autoridad. Hay que citar el esfuerzo de Scott Shapiro para dar cuenta de esta situación caracterizada por la autoridad⁴. Es posible desde ahora precisar que la convención puede intervenir antes o después, es decir, la convención puede generar instituciones que representan la autoridad, o puede ser el producto de los comportamientos de estas instituciones. Volveré sobre este punto cuando profundizare las utilidades de las expresiones 'regla de reconocimiento' en Hart y 'norma fundamental o básica' en Kelsen.

Con respecto a estos dos puntos es posible observar lo que sigue.

La origen del concepto de convención en la teoría del derecho post-hartiana está vinculado a la interpretación de Hart, y a algunas afirmaciones del propio Hart, en el Postscript. Desde luego es necesario formular el problema convencionalista limitándose al objeto que se trata explicar, es decir la teoría de Hart e indirectamente el objeto de la teoría de Hart, es decir, los conceptos esenciales de la teoría de Hart, como "actitud crítica reflexiva", "aceptación", "punto de vista interno", todos relacionados a la existencia de la regla de reconocimiento. Hay que distinguir dos cuestiones: ¿es una teoría convencionalista una buena teoría? ¿es una teoría convencionalista una buena interpretación de la teoría de Hart?. La diferencia es importante, porque una teoría convencionalista podría ofrecer una muy buena explicación de la normatividad del derecho y al mismo tiempo ser una pésima interpretación de la teoría de Hart. Por supuesto la distinción tiene fronteras móviles, en la medida en que nadie sabe exactamente cuál es la teoría de Hart. Dicho de otra forma. Hart hace de la regla de reconocimiento y de su aceptación un punto central de su teoría. Sin embargo no es muy claro lo que entiende por regla de reconocimiento y lo que entiende por aceptación. Por esta razón

³ De manera muy sencilla puede afirmarse que son tres las posiciones teóricas defendidas: a) La RR es una convención en el sentido de Lewis, es decir una convención de coordinación; la convención desde este punto de vista nace para solucionar problemas recurrentes de coordinación. b) La RR es una convención pero de otro tipo: una convención constitutiva. Es decir, la práctica no es la respuesta a un problema de coordinación; la convención traduce la preferencia para un valor. c) La RR no es una convención en ningún sentido interesante, es decir, si lo fuera lo sería en el sentido muy banal de "regla social". Coleman sostuvo la primera, Marmor la segunda, la tercera la sostuvieron algunos autores, por ejemplo Raz, Green o recientemente Dickson.

⁴ Shapiro, Scott J. (2002), "Law, Plans, and Practical Reason", *Legal Theory*, 8, pp. 387-441.

intentaremos proceder de una forma muy prudente. Nunca afirmaremos que Hart sostiene tal concepción de la regla de reconocimiento y que desde entonces una u otra de las teorías convencionalistas ofrecen una interpretación adecuada de su teoría. Nuestro punto de partida es que quizá Hart desarrolla dos conceptos (si un concepto es definido por su función en una teoría de "sociología descriptiva"). Desde este punto de vista, no se trata de descubrir la auténtica cara de la regla de reconocimiento sino de dibujar las caras posibles y ver cual son las intuiciones teóricas que pueden contribuir a perfeccionar el retrato. Por supuesto ya no podemos esperar que el propio Hart nos diga: este es el retrato mas fiel, o los dos retratos son fieles cada uno por un aspecto relevante de mi teoría. Al fin y al cabo lo unico que hizo en el Postscript fue decir: el retrato de Dworkin no soy yo. En ultimo análisis el reto no es decir algo que pretende ser una mejor interpretación de Hart sino, mas modestamente, mostrar que algunas teorías se oponen porque estan interpretando dos elementos distintos de la teoría de Hart, aunque los dos, desafortunadamente, como fue el caso de la norma basica kelseniana, son designados por la misma expresión.

Por otro lado, es posible elaborar cualquier concepto de convención, el concepto de convención profunda es un ejemplo. No es esencial escoger un concepto "vigente". Es decir, no existe ninguna necesidad de calificar una convención de convención constitutiva o de coordinación. Esta exigencia existe si y solamente si se toma una posición dentro del debate convencionalista contemporáneo. Si el objetivo es desarrollar una reflexión que, como herramienta, incluya un concepto de convención, simplemente basta definir este concepto. En este sentido introduciremos el concepto elaborado por Marmor, como herramienta que podria explicar un aspecto de la teoría de Hart, una interpretación posible de la regla de reconocimiento. Para que la tesis sea de antemano enunciada: quizá existen en el discurso de Hart, dos reglas, una de las cuales funda la autoridad o la normatividad de la otra. Una de las dos puede tener la naturaleza de una convención profunda en el sentido de Marmor. Dicho de manera mas explicita una regla define los criterio de validez, otra regla impone aplicarlos, es decir impone aplicar las normas identificadas utilizando tales criterios de validez. La confusión surge porque la practica a la origen de las dos reglas es al final la misma

Sise admite que el concepto de convención entró en la teoría del derecho para contribuir a la solución del problema fundamental, es decir como explicar desde un punto de vista positivista la normatividad del derecho sin recurrir a una fundación moral o a una fundación puramente

formal o ficticia, entonces es necesario reconstruir rápidamente las ventajas del concepto de convención.

Dicho de otra forma, sin entrar en el merito de la cuestión de si las teorías convencionalistas son exitosas, es posible preguntarse en que sentido serian exitosas. En que sentido permitirían a la teoría de Hart de evitar algunas dificultades.

Estas dificultades se concentran entorno de la naturaleza de la regla de reconocimiento. Existen diversas interpretaciones de la regla de reconocimiento, y según la interpretación que se elige, esta regla falla en cumplir con algunas exigencias fundamentales, tratase de exigencias "positivistas" o "teóricas".

La regla de reconocimiento como regla conceptual

Si la regla de reconocimiento es una mera regla conceptual, la definición de los criterios para identificar los miembros de la categoría *normas validas*, es decir, el contenido de un sistema jurídico momentáneo en el sentido de Raz o las normas pertenecientes al sistema jurídico en el sentido de Bulygin, entonces, se evita toda critica (la regla de reconocimiento estaria relacionada con el concepto de validez relativa o sistematica). Sin embargo tal regla no puede explicar la normatividad del derecho, la supone o la ignora. Si se trata exclusivamente de definir la regla que permite decir: esta norma es valida, como podria ser la regla del futbol que permite decir "ste gol es valido"... quedamos sin explicación del porque deberíamos de jugar al futbol. Con el futbol esta claro, no existe ninguna obligación. La verdadera pregunta sobre el derecho es porque deberíamos jugar al juego de la autoridad jurídica, porque deberíamos actuar tomando en cuenta (que sea epistemicamente o motivacionalmente⁵) el derecho. Los criterios de validez, es decir la regla de reconocimiento, serian puramente convencionales, y dependerían del comportamiento de los jueces, en primer lugar, y en general de todos los que contribuyen a la aplicación del derecho. Como he precisado antes, en este momento no me pregunto si "empíricamente" el comportamiento de los jueces genera una practica social que corresponde a una definición de convención. Es suficiente constatar que desde este punto de vista la regla de reconocimiento, es una definición la cual como toda definición puede ser utilizada de manera correcta o incorrecta, a pesar de que la definición misma pueda cambiar

⁵ Shapiro, Scott J. (2001), "On Hart's Way Out", in J. Coleman (ed.) (2001).

conforme a sus aplicaciones "incorrectas". Es posible imaginar casos paradigmáticos en los cuales existiría un acuerdo sobre el hecho que alguien no ha aplicado correctamente la regla.

La regla de reconocimiento como regla que impone obligaciones

Si la regla de reconocimiento es una auténtica regla de conducta, debemos precisar dos elementos: cuál es la conducta debida y quienes son sus destinatarios. La mayoría de las interpretaciones "normativas" de la regla de reconocimiento, con razón, tienden a identificar la conducta debida con la obligación de aplicar el derecho válido y nada más que el derecho válido, y los destinatarios con los órganos de la aplicación. Esta regla de conducta no puede ser una norma del sistema porque es la norma que predica la validez absoluta del sistema, es decir, que impone tratar el sistema jurídico como fuente de razones para la acción de un cierto tipo, excluyentes según Raz por ejemplo.

Hart dice que la regla de reconocimiento existe en la medida en que es aceptada por los jueces. Hay que distinguir dos expresiones que Hart utiliza a menudo de manera conjunta. La regla existe si es utilizada y aceptada.... La regla criterio conceptual, por supuesto, existe si y solo si es utilizada para identificar el derecho válido. Pero que significaría utilizar la regla que impone de utilizar esos criterios de validez? En este caso el verbo más adecuado parece ser el verbo aceptar. La regla de reconocimiento RCD (regla de conducta) existe desde el punto de vista interno de quienes la aceptan, de quienes aceptan que solo hay que utilizar los criterios de validez (la regla de reconocimiento regla conceptual, RCP) para identificar las normas aplicables a casos concretos⁶.

El problema es desplazado hacia el concepto de aceptación. Por esta razón este concepto es central en la teoría de Hart.

Si la adopción del punto de vista interno, la aceptación de la norma que impone aplicar el derecho válido, implica adhesión moral, entonces, el fundamento de la normatividad del derecho, de su capacidad de guiar las conductas, se encuentra en algo moral. Algunas normas o valores superiores. La tesis convencionalista puede intervenir para mostrar que no hay ninguna implicación moral, que el deber de aplicar el derecho válido es puramente convencional, que se funda sobre una práctica judicial. Sin embargo esta respuesta olvida que

⁶ Bulygin, Eugenio (1976), « Sobre la regla de reconocimiento », Bulygin, Eugenio (1991), « Regla de reconocimiento : ¿Norma de obligación o criterio conceptual ? Réplica a Juan Ruiz Manero », *Doxa*, 9.

si existen jueces es porque ya tenemos el concepto de autoridad del derecho. Para tener criterios de validez sistémica necesitamos órganos que aplican el derecho, pero estos órganos no pueden tener su autoridad de los criterios de validez que aplican, no tendría sentido afirmarlo, y en ese caso no tendría tampoco sentido que prestemos atención a lo que dicen los jueces si no tienen autoridad ninguna.

Los jueces no pueden ser identificados, como autoridades jurídicas, por las reglas que ellos mismos generan. Es el problema clásico del círculo vicioso en el cual cae Hart al no distinguir las dos reglas de reconocimiento. La teoría convencionalista podría en parte ofrecer respuestas más sofisticadas a este problema. En este sentido introduciré el concepto de convención profunda como convención que instituye o constituye el juego mismo de la autoridad jurídica. Y por supuesto los participantes no pueden ser los jueces. Los que inventan un juego todavía no son jugadores. Sin embargo si el juego fue inventado "jugando", es posible retrospectivamente reinterpretar los comportamientos que generaron el juego, como comportamientos de jugadores.

Lo que precede puede ser expresado recurriendo al concepto de regla eidético constitutiva de Conte⁷. Ex ante son condiciones necesarias de concebibilidad, ex post de percibibilidad, de lo a que se refieren. Conte utiliza este concepto para dar cuenta de la norma fundamental de Kelsen. Análogamente se puede utilizar el concepto de convención profunda de Marmor.

2. El concepto de convención profunda

Según una definición minimalista tres son las condiciones para que pueda hablarse de una regla convencional⁸.

- 1) La existencia de un grupo social que normalmente sigue una regla R en las circunstancias C

⁷ Conte, Amedeo G., « Materiali per una tipologia delle regole », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, pp. 345-368, 1985., p. 345, « sono condizione eidetica di concepibilità e percepibilità di ciò su cui esse vertono » ; son, p. 346, « ex ante, condizione necessaria di concepibilità e, ex post, condizione necessaria di percepibilità di ciò su cui esse vertono ».

⁸Marmor, Andrei, "How Law is Like Chess", *Legal Theory*, 12, 4, 2006 (LLC), pp. 354-355: "A rule, R, is conventional, if and only if all the following conditions obtain:

1. There is a group of people, a community, P, that normally follow R in circumstances C.1
2. There is a main, or primary, reason (or a combination of reasons), call it A, for members of P to follow R in circumstances C or members of P widely believe that there is such a reason.
3. There is at least one other potential rule, S, that if members of P had actually followed in circumstances C, then A would have been a sufficient reason for members of P to follow S instead of R in circumstances C. The rules R and S are such that it is impossible to comply with both of them concomitantly in circumstances C.

- 2) La existencia de una razón que los miembros del grupo tienen para seguir R, o la creencia en la existencia de tal razón
- 3) La existencia de otra regla potencial, que el grupo podría seguir por la misma razón, y sin embargo tal que las dos reglas no podrían ser seguidas simultáneamente.

La idea es que existen convenciones sociales que determinan y, al mismo tiempo, resultan de, los comportamientos de los participantes a una práctica social. Una característica principal de una convención es que la regla convencional es arbitraria, en el sentido que otras reglas, diferentes, podrían cumplir el mismo papel. Simplemente, a un momento dado de la vida en sociedad, algunos individuos sin ponerse formalmente de acuerdo, llegan a desarrollar una práctica social conforme a una regla. El ejemplo más clásico es el ejemplo de la circulación. Manejar a la derecha o a la izquierda es puramente convencional.

En los últimos años, algunos autores, pienso sobre todo en Marmor, hicieron el esfuerzo de moderar su posición, de dos maneras. Y es de esta reciente evolución que nace el tema del presente trabajo. En primer lugar Marmor acepta que una convención pueda surgir como solución a un problema de coordinación⁹. De manera un poco cínica puede afirmarse que la cuestión, en último análisis, no es tan importante. Una convención puede en algunos casos ser la respuesta a un problema de coordinación y en otros o, porque no, en los mismos, ser constitutiva de la práctica misma y tener un valor para los participantes. No entraré en este debate.

Lo que nos interesa más es el segundo punto. Marmor distingue, en el contexto del fenómeno jurídico, las convenciones superficiales (CS) de las convenciones profundas (CP). Según Marmor, la regla de reconocimiento es una CS.

⁹ LLC, p. 357: "we need to realize that social conventions tend to emerge as a response to many types of social needs, the need for coordination being only of them. Second, in many cases, the social conventions have a constitutive function in actually creating social practices that we are engaged in by following those conventions".

Nuestra tesis es, a partir de la definición, que tomaremos tal cual, es decir sin desarrollar ninguna crítica interna, de la noción de CP, de Marmor¹⁰, que es posible proponer una relectura de Hart y Kelsen¹¹.

2. La noción de convención profunda

La distinción entre convenciones profundas y superficiales permite decir algo interesante sobre el fundamento del juego "derecho".

2.1. Marmor y la distinción entre convenciones profundas y convenciones superficiales

Para distinguir CP y superficiales, lo más simple es tomar, como lo hace Marmor, el ejemplo de un lenguaje.

Dice Marmor: algunos aspectos del lenguaje son claramente convencionales, es decir que el hecho de llamar a un perro, "perro", es una mera convención. Pero algunas reglas de la gramática por ejemplo, según algunos lingüistas, no son convencionales, en el sentido que no existen alternativas.

Esta última afirmación podría ser falsa, no importa, pero dice Marmor: es cierto que entre los dos extremos, existen reglas que no parecen tan "arbitrarias" y sin embargo siguen siendo convencionales, en el sentido que existen alternativas.

Estas convenciones son las CP.

Si tomamos como ejemplo un juego, el fútbol, podríamos distinguir de esta manera: Las reglas que nos permiten cambiar los jugadores, o determinar que es un gol válido, o determinar si un comportamiento merece el cartón rojo o el amarillo, bueno son reglas típicamente convencionales. La prueba es que cambian mucho y con facilidad. El árbitro como un juez dice si hay una violación y en algunos casos aplica sanciones. Si un jugador comete una falta, ningún comentario que se haga afirmará que se ha dejado de jugar al fútbol.

¹⁰ A partir de esta reconstrucción sería posible criticar algunas observaciones del mismo Marmor sobre la teoría de Kelsen y su interpretación de la RR de Hart. La crítica es una consecuencia de la propia distinción de Marmor, es decir que la reconstrucción que él propone parece pasar por alto la distinción, fecunda, entre los dos tipos de convenciones. Mas precisamente lo que Marmor dice de la teoría de Kelsen es criticable porque ignora unos elementos esenciales de la teoría. Lo que dice de Hart, no es falso, sino incompleto. No es inútil precisar que el problema radica quizá en la ambigüedad del vocabulario de los dos grandes teóricos del derecho; sin embargo una lectura atenta permite aclarar los conceptos.

¹¹ Sería igualmente interesante dibujar una tesis sobre la naturaleza de la convención profunda del derecho internacional (esta tesis supone que el juego derecho y el juego derecho internacional no tengan como base la misma convención profunda).

Cuál sería la CP ? La CP podría ser la regla según la cual hay que luchar para ganar. Es una competición, y la regla profunda es tomar en serio la competición. Podríamos afirmar que esta CP es común a todos los deportes competitivos donde existen partidos, puntos y un ganador.

Preguntémosnos: qué pasaría si durante un partido importante un equipo intentara hacer un autogol desde los primeros minutos ? La primera imagen, en mi opinión, sería la de un gran silencio. Como un silencio que sigue una profanación. Qué decir ? Cómo reaccionar ?

Un comportamiento parecido no constituye la violación de una regla como podría ser el hecho de realizar un gol con una mano. Bueno, en este caso el árbitro se entera, el gol es anulado y se sigue jugando.

Este comportamiento sería la negación misma del juego. Sería una violación de la CP que define la naturaleza del juego competitivo. El equipo estaría dejando de jugar.

Aunque sea algo profundo sigue siendo una convención porque podría ser de manera diferente. La pregunta es: cuál interés, o cuál deseo, o cuál necesidad justifica esta CP ? Probablemente existe la idea de satisfacción del público, la idea de actividad física con una finalidad, es decir la idea de excelencia; no importa, pero hay que hacer el esfuerzo de imaginar un mundo en el cual las mismas necesidades y los mismos valores serían satisfechos de manera diferente. Es difícil imaginarlo, porque esta convención es profunda.

La primera diferencia, que puede constatarse con facilidad, según Marmor, es que las reglas convencionales superficiales son a menudo codificadas. Las CP no.

Es interesante entonces profundizar más en la noción misma de convención para comprender como puede surgir y mantenerse una CP

Primer punto: no importan las razones para seguir la regla. Alguien podría estar completamente equivocado pero no por eso cesaría de seguir la regla. Dicho de otra forma: una comunidad podría pensar en estar cumpliendo con una norma moral, que no es

convencional, por ejemplo hablando un lenguaje que cree universal. Pero el lenguaje de esta comunidad sigue siendo convencional aunque ningún miembro de esta comunidad lo crea¹².

Inversamente, algunas reglas pueden ser consideradas como convencionales, como si existieran alternativas, y en realidad no hay alternativas. Es decir: no son convencionales.

Este aspecto es más importante para las CP que Marmor define de la siguiente manera:¹³

- Surgen como una respuesta normativa a necesidades sociales y psicológicas básicas

- Permiten a un conjunto de CS de surgir. Muchas CS no son nada más que concretizaciones de CP

- En circunstancias normales, las CP son practicadas siguiendo las CS que le corresponden

- Las CP duran mucho y resisten al cambio

- Contrariamente a las superficiales, las CP resisten a la codificación

La noción podría ser criticada porque al fin y al cabo estas convenciones parecen ser meras abstracciones teóricas de las razones que tienen los participantes para seguir las CS. Podrían ser simples creencias compartidas.

Pero como diría Marmor, son actuaciones, comportamientos que son posibles sin las creencias que les corresponden¹⁴. No es inútil llamar la atención sobre algunas intuiciones del último Wittgenstein¹⁵: este autor afirma la posibilidad que una proposición pueda funcionar como

¹² LLC, p. 355: "People may follow conventional rules for various misconceived reasons or, in fact, for no reason that is apparent to them at all. The conventionality of a rule does not depend on the subjective conception of the reasons for following the rule by those who follow it. (...)A reason to follow a rule does not entail all things considered judgment that one ought to follow it. Second, it might be the case that the reason to follow the convention is just not a good reason. But this is problematic: according to a plausible view about the nature of reasons, there is no such thing as a bad reason (just as there is no such thing as a bad value). Either there is a reason, or there isn't. If this is correct, a convention that ought not be followed is one where people *believe* that there is a reason to follow R, and this widely shared belief explains why they follow R, but in fact, there is no such reason and therefore the convention should not be followed".

¹³ LLC, p. 363: "1. Deep-conventions emerge as normative responses to basic social and psychological needs. They serve relatively basic functions in our social world.
2. Deep-conventions typically enable a set of surface conventions to emerge, and many types of surface-conventions are only made possible as instantiations of deep-conventions.
3. Under normal circumstances, deep-conventions are actually practiced by following their corresponding surface-conventions.
4. Compared with surface-conventions, deep-conventions are typically much more durable and less amenable to change.
5. Surface-conventions often get to be codified and thus replaced by institutional rules. Deep-conventions typically resist codification (of this kind)".

¹⁴ Y cuando las creencias son conscientes, Marmor toma el caso del arte visual, claro son creencias, pero también convenciones que los artistas siguen.

¹⁵ Wittgenstein, Ludwig, *On Certainty [Über Gewissheit]*, Oxford, Basil Blackwell, 1969, secciones 87 y 204

hipótesis, como principio fundamental (*Grundsatz*¹⁶) de la investigación y de la acción y, sobre todo, que este principio no se cuestiona, ni siquiera se formula. ¿Como probar la existencia de este principio? La prueba, dice Wittgenstein, no es una forma de *ver*, sino una forma de *actuar*: es nuestra acción que se encuentra a la base del juego lingüístico.

Las CP no se manifiestan de manera explícitas en los comportamientos convencionales. Lo que se manifiesta es la CS. Por esta razón las CP no son codificadas. Las CP implican la creación de instituciones dotadas de autoridad, y estas instituciones codifican las CS. Las instituciones no juegan ningún papel en la formación de las CP que seguimos, en parte porque son las mismas CP las que constituyen las instituciones que tenemos¹⁷.

Si aplicamos esta distinción al derecho, resulta evidente que la regla de reconocimiento en la medida en que determina lo que cuenta como derecho válido es una CS. Desde este punto de vista la interpretación de Marmor parece correcta. Sin embargo como lo hemos anticipado y lo profundizaremos en la cuarta parte, en Hart se encuentra otra regla, que no puede ser considerada como una convención superficial.

2.2. La convención profunda del juego derecho

Si analizamos los criterios de validez, observamos que los cambios se dan fácilmente, y, por ejemplo en los Estados constitucionales contemporáneos, puede afirmarse que las constituciones rígidas codifican estas convenciones. Las instituciones constitucionales pueden introducir cambios..

La cuestión es, cual sería la CP ? Probablemente el juego derecho supone algo como la obediencia, algo como una idea de autoridad. Sin deber seguir a Raz y su teoría de las razones excluyentes, creo que podríamos afirmar que una formulación posible de la CP de todo sistema jurídico, sería algo así: hay que obedecer al derecho. O, eventualmente, hay que aplicar el derecho para solucionar conflictos sociales.

Si no existiera esta CP no tendría sentido informarse sobre el contenido del derecho. Es decir la actividad que consiste en codificar la regla de reconocimiento tiene sentido porque, desde

¹⁶ No me parece una mera coincidencia que en esta ocasión el vocabulario de Wittgenstein y lo de Kelsen coinciden.

¹⁷ Marmor, Andrei, "Deep Conventions", *Philosophy & Phenomenological Research*, 74, 3, 2007, p. 609: "Institutions have no role to play in determining the deep-conventions that we follow partly because it is the deep-conventions we follow that constitute the institutions we have".

algunos siglos por lo menos, las sociedades están organizadas de una cierta forma. Podemos pensar al principio de legalidad por ejemplo como protección de los individuos contra los abusos del soberano.

Si los jueces aplican criterios de validez, reconstruidos a partir de una lectura, aunque sea discrecional, de los textos constitucionales y de otras fuentes a las cuales los textos constitucionales se refieren, es porque se está siguiendo una CP que impone actuar conforme al derecho.

La dificultad de muchas teorías radica en el momento de fundamentar esta obligación. El deber de obedecer al derecho parece no poder ser justificado sino desde una perspectiva moral. Esta sería la posición del positivismo ideológico, justamente acusado de ser una forma, y quizá la más peligrosa, de iusnaturalismo.

La otra alternativa es la de decir que claro no existe ninguna obligación moral de obedecer al derecho y que en realidad los jueces no obedecen al derecho. El derecho es una mera creación de los jueces.

La intuición de Marmor permite introducir algo entre las creencias morales y las meras CS.

Los comportamientos de los jueces, cuando identifican el derecho válido, quizá están completamente libres. Es decir que los jueces pueden cambiar la regla de reconocimiento como y cuando quieran. Sin embargo, cuando de hecho los jueces introducen cambios significativos en la regla de reconocimiento no lo hacen invocando creencias morales, o por lo menos se esfuerzan de invocar argumentos jurídicos aunque esto signifique pagar el precio de una interpretación improbable de algunos textos.

Siguiendo a Marmor podemos decir que los jueces dejan de seguir la regla de reconocimiento, o dicho de otra manera, que la cambian por otra. Pero los jueces continúan siguiendo la CP, que impone argumentar como si los mismos jueces que están creando derecho estuvieran aplicando un derecho preexistente. Es decir, la CP los obliga a desarrollar una práctica discursiva que permite a los observadores afirmar que los jueces están obedeciendo al derecho.

Como lo dice Marmor, si esta institución creadora existe es porque una CP la creó para concretizarse en CS.

La violación de la CP por los jueces tendría como consecuencia que los jueces desaparecerían como jueces. Pensemos al derecho como a un juego. Si los jugadores, los participantes, por ejemplo los profesionistas del futbol, no respetaran a la CP que impone hacer lo posible para ganar y para divertir el público, correrían el riesgo que el juego desaparezca y ellos con él.

Por esta razón cuando se dan en el futbol casos de partidos comprados, las sanciones son muy graves. Pero no tendría sentido codificar estas convenciones. Imaginemos un instante el reglamento de la federación del fútbol que diga: al equipo se le quitaran 3 puntos por cada millón de euros que recibirá a cambio de renunciar a ganar...

Si las CS del fútbol aceptaran reglas de este tipo, ya sería la negación misma del juego.

Si regresamos al derecho, podemos fácilmente imaginar que el derecho es una respuesta a una exigencia social fuerte, que es de vivir de manera mas o menos organizada, de poder hacer planes de vida individual en una situación de relativa seguridad. Y el derecho o, mas precisamente, la obligación de obedecer a la autoridad jurídica, es una de las respuestas posibles. Otras convenciones sociales profundas podrían satisfacer a la misma exigencia.

En este sentido el derecho o la autoridad del derecho es algo importante. Algo que tiene valor. Pero no por esta razón es algo "moralmente importante". Quizás las razones para contribuir a la formación de una CP como la de la autoridad jurídica, pueden ser morales. Pero si nos acordamos de lo que dice Marmor de las convenciones en general, no hay que dar demasiada importancia a las razones para seguir una regla. Algunos pueden hacerlo sin razones, otros por razones prudenciales. Lo mas importante es que exista esta convergencia dentro de una comunidad que permita a una convención surgir. Y claro hay que mantener que esta convergencia supone que los demás hagan mas o menos el mismo esfuerzo¹⁸.

Esta condición ha sido juzgada demasiado exigente por algunos autores, puedo citar a Celano. Es un problema empírico lo de saber si sí o no los jueces actúan tomando en cuenta el comportamiento de los demás jueces¹⁹. Quizá esta critica escéptica puede funcionar con respeto a las CS. Podría desde entonces ser plausible que la regla de reconocimiento, en tanto

¹⁸ Vease las dudas de Bayón Mohíno, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 458, "aunque conceptualmente sea posible que una regla social subsista en esas condiciones, lo que no me resulta tan claro es que pueda llegar a formarse meramente con ellas"; y: "aunque su subsistencia en ausencia total de aceptantes sea conceptualmente posible (en términos de teoría de juegos), empíricamente no parece que ese caso sea demasiado frecuente".

¹⁹ G. Postema (2007), p. 296, "the compliance of others with the norm is part of the very point of the norm".

conjunto de criterios para identificar las normas validas, no sea, en ultimo análisis, una convención. Me permito dejar abierta esta posibilidad, en la medida en que no es fundamental para nuestra tesis, cuyo objeto son las CP, e intentaré sin embargo decir algo sobre la obligación de limitarse a aplicar normas jurídicas. Podemos tomar el ejemplo de un juez constitucional o de una corte internacional de derechos humanos. Bueno, jueces colegiados cuyas decisiones son inapelables y cuyos textos de referencia contienen principios. El problema puede plantearse de dos formas. Desde el interior de la jurisdicción, es decir entre los jueces. O desde el exterior, es decir entre las diferentes jurisdicciones. Por cierto cada juez tiene sus creencias morales sobre el asunto. Sin embargo, es algo verosímil que la discusión entre ellos no se funde sobre argumentos de tipo moral. Mejor dicho: si hay una discusión entre los miembros, y si cada miembro no sabe si su creencia moral es mayoritaria o minoritaria, entonces la discusión intentará evitar argumentos morales²⁰. Puede ser que algunos piensen de verdad que hay que decidir aplicando el derecho y nada mas que el derecho. Pero, me parece verosímil que la discusión tome el camino de los argumentos jurídicos, de las jurisprudencias de otras Cortes, aunque cada participante a la discusión tenga razones morales fuertes y ningún sentimiento de deferencia hacia el derecho. En ultimo análisis los jueces actúan como si existiera una norma que impone aplicar solamente normas jurídicas. Insisto sobre este punto: el hecho de que tal norma exista o no, de que los jueces creen o no que exista y las razones para tener esas creencias, se quedan "fuera", no son relevantes. Estos comportamientos de los jueces son una manifestación de la CP, la cual, por definición, no puede encontrar un lugar dentro del juego²¹. Pero sin ella el juego no sería pensable. Los jugadores, los jueces, no serian jugadores.

En lo que sigue haré una reconstrucción sucinta de las teorías de las reglas ultimas de Kelsen y Hart, intentando mostrar que es posible identificar, a la vez, una CS y una CP.

²⁰ Vease sobre este punto R. Sartorius (1987), pp. 51-52: "Each official might in his or her heart reject the values that the system embraces and wish for its downfall, but (mistakenly believing that the other officials are all good Nazis) continue to 'play along' by enforcing the system's rules from basically the same motive which both Hart and MacCormick admit could explain why citizen obey the very same rules — fear".

²¹ En este sentido ya Raz, Joseph, "The Purity of the Pure Theory", *Revue internationale de philosophie*, 35, 1981, pp. 458: "those norms which make them [los jueces] accept the binding force of the rule of recognition are not themselves part of the law".

3. Fundamento de la validez sistémica y fundamento de la normatividad en Kelsen: la norma fundamental como CP

Marmor insiste sobre el contenido de la norma básica, y se refiere a Kelsen con respeto al hecho que una revolución exitosa, por ejemplo produce un cambio radical en el contenido de la regla de reconocimiento/norma básica. La conclusión de Marmor es que como la norma básica depende totalmente de la práctica, entonces Kelsen está derivando la validez de las normas de un conjunto de prácticas, y renuncia por ende a la ley de Hume²².

Creo que Kelsen no necesite una defensa sobre este punto. Marmor insiste sobre el contenido de la norma básica. Y Kelsen insiste sobre la existencia y la validez de las normas no sobre sus contenidos.

Pero sí existe una confusión en Kelsen, es decir que Kelsen llama "norma básica" dos entidades muy diferentes.

El pequeño libro *Contribuciones a la Teoría Pura del derecho* permite aclarar este punto sobre todo el artículo de 1965 en el cual Kelsen defiende su teoría contra los ataques del Profesor Stone²³.

Digamos que este artículo es como una interpretación auténtica de la teoría pura. Y de manera muy clara se desprende de la lectura de este artículo la existencia de dos normas básicas. Quizá una merece el título de norma básica, la otra de norma fundamental.

La norma fundamental es el fundamento mismo de la obligatoriedad es decir de la normatividad del derecho. En Kelsen, se identifican los dos sentidos de validez: validez como pertenencia formal al sistema jurídico (relativa o sistémica) y validez como obligatoriedad (es decir validez absoluta que implica el deber de obedecer a las normas válidas, la normatividad del derecho).

²² LLC, p. 350: "Because the specific content of any particular basic norm is crucially determined by actual practice. As Kelsen himself repeatedly argues, a successful revolution brings about a radical change in the content of the basic norm"; p. 351: "Thus the impression one gets is that there are countless potential normative systems, such as law, religion, morality, and so on, that one can either accept or not just by presupposing their respective basic norms. But without any rational or objective grounding of such evaluative systems, the choice of any basic norm remains rather whimsical, devoid of any reason"; p. 352: "Even if, in certain respects, the basic norm is a presupposition, its content is always determined by practice"; p. 353: "The basic norms of, say, the U.S. legal system and that of the U.K. differ precisely because judges and other officials actually apply different criteria in determining what the laws in their respective legal systems are. The content of the basic norm is entirely practice-dependent".

²³ Kelsen Hans, "El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho" (1965), in Id., *Contribuciones a la Teoría Pura del derecho*, México, Fontamara, 1991.

La norma básica es la base del sistema, es decir la norma que confiere validez a la primera constitución o mejor dicho que autoriza validamente el constituyente originario para que éste produzca normas validas. Al fin y al cabo es una norma de habilitación. Se autoriza al primer constituyente a crear normas válidas.

3.1. La norma básica como norma fundamental (fundamento de la validez absoluta).

Dice Kelsen: "la norma básica se refiere a un orden social coercitivo que, en general, es eficaz. Esto significa: presuponemos la norma básica solamente si existe un orden social coercitivo generalmente eficaz". (p.67)

En la misma pagina Kelsen cita la Teoría Pura²⁴, y tenemos un primer sentido de la norma básica: "La razón de la validez objetiva de un orden jurídico es... la norma básica presupuesta de acuerdo con la cual se debe obedecer una constitución efectivamente sancionada y generalmente eficaz".

La ambigüedad de Kelsen es que identifica los dos sentidos de validez. La norma básica que impone la obediencia al derecho es una CP, cuyo contenido es puramente formal: la obligación de obedecer al derecho.

Por supuesto esta norma sólo es presupuesta por la ciencia del derecho, existe en la conciencia jurídica como lo dice Kelsen en algunas ocasiones, lo que significa que la ciencia del derecho sólo puede existir como ciencia si en una comunidad dada el derecho es generalmente eficaz. Si no fuera así no tendría sentido especializarse en una actividad cuya finalidad es describir las normas válidas, informar sobre el contenido de un orden jurídico.

La eficacia de un orden jurídico es la condición de existencia de la ciencia del derecho. No tanto de la norma fundamental. Pero si la ciencia de derecho quiere existir como ciencia del derecho debe presuponer la obligación de obedecer al derecho, esta obligación debe estar profundamente radicada en la conciencia jurídica, es decir socialmente radicada en la comunidad de los juristas. Es en este sentido, que en la *Teoría general de las normas* Kelsen habla de ficción²⁵. Es decir, la ciencia del derecho sabe muy bien que tal norma no existe, y si existiera debería de ser una norma moral. Pero la ciencia del derecho produce proposiciones

²⁴ La segunda edición de 1960.

²⁵ Capitulo 59, I, b, y en particular la nota 174.

que describen normas. Y la norma fundamental es en realidad la proposición fundamental de la ciencia del derecho que describe una convención profunda, que por supuesto no puede ser una norma válida.

La idea de Marmor es por ende interesante en la medida que nos permite plantear la existencia de la norma fundamental como CP. Hemos visto que tal CP tiene algo parecido con las normas morales, en el sentido que esta profundamente radicada en las prácticas sociales, que resiste al cambio. Que traduce exigencias morales y sociales fuertes. Sin embargo en si misma no es una norma moral, y no presupone tampoco en los actores, los participantes en esta práctica, una creencia moral. En otras palabras, si Kelsen opta para la teoría de la ficción, es que parece ser la única manera de no atribuir creencias sobre la existencia de esta norma que impone obedecer al derecho. Porque si estas creencias fueran necesarias, esto significaría exigir un ingrediente moral. Y los enunciados producidos por la ciencia del derecho siguiendo a Scarpelli, serían enunciados genuinamente normativos, es decir normas.

Una crítica a Marmor podría ser la siguiente: por qué no analizar la teoría de la norma fundamental a la luz de su concepto de CP ? Una respuesta podría ser: al fin y al cabo si la norma fundamental es una CP, el fundamento de validez es una convención, en último análisis un hecho.

Este sería un error muy ingenuo: cuando la ciencia del derecho presupone la CP, está describiendo con una proposición esta realidad. No es una afirmación sociológica que identifica la causa empírica de la normatividad del derecho. Esto sería negar simplemente el método elegido por Kelsen. Kelsen no desarrolla una teoría de la normatividad del derecho, no en la teoría pura. Simplemente reconstruye la normatividad de las proposiciones de la ciencia del derecho. Esto presupone dos cosas: la CP para que la ciencia del derecho exista (es decir para que exista el objeto de su conocimiento), y la norma básica como criterio último de validez, para que la ciencia del derecho pueda emitir juicios de validez. En este sentido hay que distinguir el fundamento de la normatividad del derecho del fundamento de validez de las normas que pertenecen, de manera contingente, al sistema.

3.2. La norma básica como criterio último de validez (fundamento de la validez relativa)

En el mismo artículo Kelsen afirma: "la norma básica es la razón última de validez del orden jurídico porque otorga competencia al primer legislador histórico" (p.71).

Este criterio último de validez, por supuesto, es contextual, es decir superficial, cambia con los órdenes jurídicos. En este sentido la norma básica es la norma básica de un orden jurídico y su contenido cambia. Si hoy en día el legislador autorizado es un parlamento democrático, después de un golpe de estado, este legislador autorizado podría ser el jefe militar.

Pero la CP no cambia: en los dos casos se debe obedecer al derecho.

Y por supuesto, si este deber no dependiera de una norma ficticia, solamente pensada, podríamos acusar a Kelsen de positivismo ideológico. Kelsen afirma que la norma básica es la norma básica de un orden jurídico, es decir que hay tantas normas básicas cuantos son los ordenes jurídicos. Esta afirmación no tiene sentido con respecto a la norma fundamental cuya función es imponer la obligación de obedecer al derecho.

Si se tomara en consideración exclusivamente la norma básica, entonces la teoría de Kelsen no sería una teoría general. Lo que sí es general, e idéntico para todos los ordenes jurídicos, es la teoría de la norma fundamental como parte de la teoría del conocimiento del derecho.

4. Contenido de los criterios de validez y fundamento de su aplicación: la aceptación de la autoridad del derecho como CP

En Hart se encuentra la misma ambigüedad, quizá de manera más problemática porque su teoría es una teoría del derecho y no de la ciencia del derecho.

La regla de reconocimiento, según Hart, es el criterio de validez, que se desprende de una práctica social. En el *Postscript* utiliza la expresión norma consuetudinaria judicial²⁶.

Esta práctica puede ser una CS, no creo que sea necesario un análisis más profundizado. Sin embargo la regla de reconocimiento es también la regla que los jueces *deben*, o *tienen que*, usar para identificar las normas válidas.

El debate sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento, entre la versión conceptual, y la versión normativa, es muy conocido. Según la versión conceptual la RR es una definición, una regla conceptual que permite definir que es el derecho válido²⁷.

Esta es la CS; como cualquiera convención social, el significado de la expresión derecho válido es determinado por una práctica social de tipo convencional. Decir "esta norma es

²⁶ CL, 1994, p. 256.

²⁷ Tamayo, in Hart, *Postscript*, p. XXV.

valida" es como decir "este vestido es elegante". El concepto de elegancia como lo de validez son convencionales.

Pero no sabemos porque los jueces, antes de aplicar una norma, averiguan su validez es decir su pertenencia al sistema. Como no sabemos porque por ejemplo alguien, a la entrada de un restauran muy chic, averigua la elegancia de un vestido.

Si los jueces plantean la cuestión de la validez de las normas es porque aceptan una norma que impone aplicar las normas validas. Esta norma Hart la llama regla de reconocimiento, pero ahora no estamos hablando de la definición del concepto de validez. Estamos hablando de una norma de conducta que impone a los jueces aplicar normas validas. La interpretación fuerte, normativa, de la regla de reconocimiento se funda sobre este aspecto.

Hart mismo parece ocultar la existencia de una norma de conducta que permite a la regla conceptual de ser aplicada. Cuando, en una nota, Hart analiza el concepto de norma fundamental de Kelsen, su conclusión es que esta norma seria un inútil duplicata de la regla de reconocimiento. Sin embargo las mismas palabras de Hart confirman la confusión que éste autor produce entre los criterios de validez y la norma que impone aplicarlos.

Hart dice que no hay lugar para la regla "la constitución debe ser obedecida" como suplemento a la regla según la cual algunos criterios de validez tienen que ser utilizados en la identificación del derecho"²⁸.

Hart no distingue la regla de reconocimiento como conjunto de criterios que permiten identificar las normas validas de la regla de reconocimiento que resulta de la aceptación, por los jueces, que estos criterios deben de ser aplicados. Claro Hart diría: es suficiente observar que de hecho estos criterios son aplicados. Desde este punto de vista, "el uso de la Regla de Reconocimiento como instrumento conceptual depende de su existencia como echo social"²⁹; esta frase refleja lo que Hart quiere mostrar. La realidad es, desde el punto de vista aquí adoptado, un poco diferente: la regla de reconocimiento como instrumento conceptual depende de la existencia de una convención profunda que impone utilizar tal instrumento. Dicho de otra forma: este echo social existe en la medida en que existe una convención

²⁸ CL, p. 246, nota p. 100: "here there seems no place for the rule 'that the constitution is to be obeyed' in addition to the rule that certain criteria of validity [...] are to be used in identifying the law".

²⁹ Páramo Argüelles, Juan Ramon de, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 100.

profunda. El problema de esta postura "empírica", es que la normatividad queda sin ser explicada³⁰. Además, el propio lenguaje de Hart no es sociológico, es normativo. Sería verosímil imaginar la situación en la cual los jueces, en un primer momento aplican correctamente los criterios de validez para identificar las normas, y en un segundo momento deciden la controversia aplicando normas morales. Si fuera siempre así, quizá Hart contestaría que se trata de una patología del sistema. Sin embargo si su teoría es una teoría del derecho y no una teoría del "derecho no patológico", es necesario que los jueces actúen conforme a la CP que impone aplicar normas validas, es decir obedecer al derecho. Hart³¹ parece implícitamente utilizar la noción de CP cuando dice que en presencia de una desobediencia generalizada a las normas del sistema, el contexto normal o background para formular enunciados internos en los términos de las reglas del sistema (es decir juicios de validez) es ausente. La CP es lo que, según Marmor, constituye el background para que sea pensable una CS, es decir una regla de reconocimiento como regla que permite identificar las normas validas pertenecientes al sistema. El mismo Hart dice que este background nunca es afirmado; simplemente esta presupuesto, podríamos decir, por los participantes al juego "identificación de las normas validas"³². Hart parece ir aun mas lejos con la idea de CP cuando afirma que lo que es así presupuesto puede ser establecido, mirando a la practica de los tribunales y de las instituciones del sistema cuando identifican el derecho que tienen que aplicar³³. Aquí encontramos dos ideas esenciales: el hecho que las CP no son enunciadas, y que se manifiestan a través la practica que consiste en seguir las CS, y la presencia de un deber: los

³⁰ La normatividad del derecho no puede fundarse sobre la simple utilización de un criterio conceptual. En este sentido Green, Leslie, "The Concept of Law Revisited", *Michigan Law Review*, 94, 1996, p. 1697: "The obligation to play by the rules – that is, to follow the law, if there is one – must come from moral and political considerations. The reasons for obeying the law cannot be derived from the norms that determine what the law is". Como lo subraya Raz, art. cit., p. 459, con respecto a esta cuestion: "Kelsen's right in pointing out that these judicial social practices do not confer binding force on the ultimate legal rules and are not generally believed to do so".

³¹ CL, p. 100: "the normal context or background for making any internal statements in terms of the rules of the system is absent".

³² CL, p. 105: "What is thus left unstated forms the normal background or context of statements of legal validity and is thus said to be 'presupposed' by them. But it is important to see precisely what these presupposed matters are, and not to obscure their carácter".

³³ CL, p. 245, nota a la p. 97: "If challenged, what is thus presupposed but left unstated could be established by appeal to the facts, i.e. to the actual practice of the courts and officials of the system when identifying the law which they are to apply". LLC, p. 366: "Deep conventions typically come to our attention when we face some deviant behavior or some doubts about the practice we are engaged in". Esto significa que son las patologias del sistema juridico que obligan a plantear la cuestion de la convencion profunda.

jueces "tienen que aplicar". El problema de Hart es que nunca distingue los dos niveles convencionales, el profundo y el superficial. Y, de manera inevitable, deja abierta la posibilidad que los enunciados internos, en último análisis, sean enunciados que expresan una adhesión moral al sistema. Es decir, el hecho de no construir una teoría de la CP, obliga a elegir entre la pura casualidad, y en este caso solo queda una posición realista fuerte, y la moralidad, y es este caso el positivismo hartiano fracasa³⁴.

La existencia de la regla de reconocimiento puede ser observada desde el punto de vista externo: se observa la existencia de una práctica. Sin embargo, desde el punto de vista interno tal regla no es ni observada ni enunciada, su existencia se desprende de la utilización de enunciados internos, típicamente los que formulan juicios de validez.

Es decir, si los jueces afirman que una norma es válida, es porque aceptan una regla de reconocimiento que impone aplicar el derecho válido. Cuando un juez formula un enunciado deontico: "esta prohibido fumar", está diciendo, de manera elíptica, como lo explica Kelsen, que la norma N "esta prohibido fumar" es válida.

No está diciendo que la norma N "esta prohibido fumar" es moralmente preferible o económicamente adecuada. Esto presupone que los jueces acepten que para resolver un caso práctico hay que fundarse sobre normas válidas. Si la validez en un orden jurídico es definida por algo muy primitivo, por ejemplo "lo que dice el dictador es derecho válido", sería lo mismo. Los criterios de validez cambian, pero no la regla que impone aplicar el derecho válido. Si retomamos el vocabulario de Marmor, esto significa que la CS cambia, pero no la CP.

Podríamos imaginar que los criterios de validez jurídica coinciden con los de validez moral. En este caso el contenido de las convenciones que permiten identificar las normas válidas, jurídicas o morales, coincidirían. Pero tiene una importancia fundamental el hecho de saber si los jueces están aplicando criterios de validez jurídica o criterio de validez moral. Una teoría positivista solo puede aceptar que se apliquen criterios de validez jurídica. Si de manera contingente los criterios de validez jurídica incluyen valores morales, como es el caso en las CS de los Estados constitucionales contemporáneos, esto no significa que se está dejando de

³⁴ Vilajosana, Josep M. (2008), *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons p. 87. El riesgo es que el positivismo hartiano "sucumba al confortable rescate del positivismo exclusivo o que naufrague y tenga que buscar refugio en la isla deshabitada del iusnaturalismo"

cumplir con la CP "excluyente", solo se están incluyendo valores morales en la CS. El debate tradicional sobre el positivismo concluye que se trata de una conexión puramente contingente. El positivismo incluyente en este sentido es aceptable como interpretación de la regla de reconocimiento, CS. Sin embargo, desde el punto de vista de la CP, que impone aplicar los criterios de validez jurídica (que pueden incluir criterios morales), solo una postura excluyente es compatible con el positivismo. Es decir, no es posible aceptar que el juego de la autoridad jurídica incluya autoridades morales. Es decir la regla que impone la obediencia a la autoridad (autoridad que se expresa a través de un conjunto de criterios de validez, quizás codificados en un texto constitucional) es una convención social cuyo sentido es que solo se les reconoce autoridad para resolver conflictos sociales al derecho.

No importa cual sea la naturaleza de la autoridad, o mejor dicho, cual sean la razones para aceptar esta autoridad. Hart mismo lo dice muy bien, puede ser por cualquier tipo de razón. La noción de CP permite aclarar este aspecto distinguiendo claramente las creencias de los participantes de las razones para actuar de tal manera que se genere la norma³⁵.

Conclusion

La regla de reconocimiento como CP juega el mismo papel que la norma básica como norma fundamental. La diferencia radica en el hecho que en la teoría de Kelsen, solo importa el punto de vista de la ciencia del derecho, la cual puede limitarse a presuponer la existencia de esta norma. Los juristas no son instituciones creadoras de CS. Los jueces de Hart, por lo contrario, son instituciones creadas por la CP para regular la evolución de las CS. La existencia misma de los jueces, desde este punto de vista es la prueba de la existencia de la CP que impone obedecer al derecho. Si no fuera así porque pedir a un juez que decida una controversia? La idea de un sistema normativo obligatorio para todos, es una pura convención social que, como lo dice Marmor, traduce exigencias profundas.

Para resumir: a la pregunta ¿cual son los criterios de validez?, se responde invocando una regla de reconocimiento o una norma básica. La norma básica en un sistema dinámico y jerarquizado habilita el primer legislador a emitir normas validas. La regla de reconocimiento

³⁵ G. Postema (2007), p. 288-289: "The scope and the content of the commitment is settled, not by the narrow content of one's mental states, but rather by properties of the practice in which one takes part – how participants *oughts to act*, what is *to be* done, in the practice, not how one thinks or feels one ought to act".

en cualquier sistema, es la practica que consiste en aplicar normas que cumplen con algunos criterios de validez.

Sin embargo queda otra pregunta: ¿porque deberíamos de interesarnos al primer legislador o a la primera constitución ? ¿Porque interesarse a la practica de los jueces ?

Esta pregunta, implica la pregunta fundamental: como es posible el concepto de primer legislador o de juez ?

Si y solamente si existe una CP que obliga a obedecer a una autoridad jurídica tiene sentido hablar de entidades, instituciones que representan a esta autoridad.