

Reflexiones sobre la existencia y los límites de las reglas sociales a partir de la *Teoría analítica del derecho* de Jorge Rodríguez

Natalia Scavuzzo*

Resumen

En este trabajo se analiza cómo la forma en que Rodríguez da respuesta al problema de los desacuerdos en el derecho deja translucir una tensión permanente en la teoría analítica del derecho entre el aspecto empírico y el aspecto abstracto de las reglas. Se argumenta respecto de la importancia, para el análisis del conocimiento de normas jurídicas y el análisis de las condiciones de verdad de las proposiciones sobre el derecho, de considerar qué son y cuándo existen las reglas sociales. Específicamente se defiende la tesis según la cual, para salvar la tensión entre el aspecto empírico y el abstracto del derecho, es necesario considerar el aspecto externo de las reglas y asumir el punto de vista interno.

Palabras clave: Desacuerdos. Aspectos empírico y abstracto de las reglas. Reglas sociales. Aspecto externo de las reglas. Punto de vista interno.

Abstract

This paper analyses how Rodríguez's response to the problem of legal disagreements in law reveals a constant tension in the analytical theory of law between the empirical and the abstract aspect of rules. It claims that for the knowledge of legal norms and the analysis of the truth conditions of propositions about the law, it is of utmost importance to consider what social rules are and when they exist. Specifically, it argues for the thesis that it necessary to consider the external aspect of rules and to assume the internal point of view to resolve the tension between the empirical and abstract aspects of law.

Keywords: Disagreements. Empirical Aspect and Abstract Aspect of Rules. Social Rules. External Aspect of Rules. Internal Point of View.

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, nataliascavuzzo@hotmail.com.

1. Introducción

En su *Teoría analítica del derecho*, Rodríguez hace un recorrido por casi todos (por temor a olvidar alguno no considerado) los temas centrales de la filosofía del derecho analítica contemporánea. Lo particularmente valioso de este recorrido es la exhaustividad, profundidad y la claridad de presentación de temas sumamente complejos. Esta claridad es lo que posibilita vislumbrar algunos puntos en los que tal vez la teoría analítica del derecho contemporánea podría ahondar todavía más en su búsqueda de clarificación.

En su libro, Rodríguez toma partido por un teoría positivista y analítica del derecho. Comparto la mayor parte de las tesis presentadas en el libro, pero me interesa profundizar en un punto que evidencia una tensión constante en la teoría del derecho: cómo conciliar el aspecto empírico y la faz de contenido abstracto de las normas. En esta oportunidad me concentraré en el argumento que Rodríguez ofrece para, desde el positivismo jurídico, dar respuesta a su presunta incapacidad para dar cuenta de los desacuerdos en el derecho. En particular, me propongo considerar si el *convencionalismo profundo*, de la forma que Rodríguez la presenta, puede darnos los elementos necesarios para esta tarea¹.

La intuición que guía este trabajo es que su forma de entender el convencionalismo profundo es problemática y esto se deriva en parte de su manera de entender la noción de “regla social” en general y de “regla de reconocimiento” en particular². Lo que deja entrever este análisis es la tensión presente y persistente entre el aspecto empírico y el aspecto ideal o abstracto de la noción de regla³.

Para esto, en un primer momento, se presentará la crítica según la cual el positivismo jurídico no sería capaz de dar cuenta de los desacuerdos en el derecho y la forma en que Rodríguez busca responder a esta crítica (sección 2). Posteriormente, se evidencia la tensión que surge respecto de la existencia de reglas en esta forma de entender la idea de convencionalismo profundo. Se pone de manifiesto la relevancia, a los fines de una correcta determinación del problema, de la conceptualización de la noción de regla social y de la existencia de reglas sociales (sección 3). De estas conceptualizaciones se extraen algunas conclusiones sobre el conocimiento de reglas (sección 4). Finalmente, se reflexiona sobre la importancia de considerar

¹ Este trabajo nace en el contexto del Seminario dedicado a la discusión del libro de Jorge Rodríguez *Teoría analítica del derecho*, como un intento por clarificar y desarrollar una pregunta que formulé al autor. Es de notar también que en el seminario especialmente sugerente para esta empresa fue la intervención de Sebastián Figueroa Rubio, quien específicamente cuestionó la forma de entender la Regla de Reconocimiento. Quiero agradecer especialmente a Riccardo Guastini, Pablo Rapetti y Alejandro Calzetta por haber leído y discutido el borrador de este trabajo.

² En el trabajo se utilizan los términos “norma” y “regla” de forma indistinta, ya que según los diferentes autores consultados cambia la denominación usada.

³ Al respecto véase, Arena 2014: 42-44; Caracciolo 2009.

el aspecto interno y externo de las reglas para su conocimiento y cómo esto influye en la forma en que entendemos las conclusiones convencionalistas respecto de los desacuerdos (sección 5).

2. Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico

En su texto Rodríguez explica que, sobre la base de la crítica de Dworkin a Hart, diversos autores han objetado al positivismo jurídico respecto de su capacidad para dar cuenta de la práctica jurídica⁴. Advierte el autor que el positivismo jurídico se encuentra generalmente asociado a una posición convencionalista sobre la ontología de las normas⁵. Se ha argumentado que el convencionalismo sería irreconciliable con el carácter controvertido de la práctica jurídica. Esto es lo que generalmente ha sido llamado el “argumento del contraste con la práctica”, según el cual hay una distancia insalvable entre la forma en que el convencionalismo explica al derecho y cómo la práctica jurídica es en realidad⁶.

Siguiendo a Marmor, Rodríguez explica que para el positivismo jurídico las reglas o convenciones sociales que prevalecen en la sociedad son las que determinan las acciones y procedimientos que crean derecho, i.e. las condiciones de validez jurídica⁷. De esta forma, «las convenciones se basan en un patrón de acuerdo, una convergencia de creencias; una vez que su aplicación se torna problemática, no habría fundamento alguno para seguir argumentando sobre la base de estas convenciones dado que por hipótesis habría cesado su fuerza vinculante»⁸.

En otras palabras, cuáles son las normas jurídicas que existen y pertenecen a un sistema jurídico son aquellas determinadas por “la regla o convención social”, que depende del acuerdo entre los participantes de la práctica en cuestión. Por lo tanto, mientras se mantenga el acuerdo entre los sujetos de la práctica podemos individualizar cuál es la regla o convención existente. Parecería que «[l]a tesis de las fuentes sociales implica que la existencia de una regla jurídica depende del acuerdo en la comunidad acerca de sus casos de aplicación correcta»⁹. En los casos de desacuerdo, en cambio, allí donde los participantes de la práctica debaten y argumentan, defendiendo la existencia de reglas con contenido diverso, el convencionalismo no podría explicar que efectivamente exista una regla.

⁴ Véase Rodríguez 2021: 635 – 651.

⁵ Con relación al problema de la ontología de las normas, para muchos autores el convencionalismo parece ser la única opción entre el objetivismo y el escepticismo.

⁶ Bayón 2002: 58.

⁷ Rodríguez 2021: 640.

⁸ Rodríguez 2021: 641.

⁹ Rodríguez 2021: 641.

Rodríguez compara las respuestas que dentro del positivismo jurídico Guastini y Marmor dan a esta cuestión. Para Marmor, «una norma convencional está constituida por la práctica de su aplicación a casos particulares, en el sentido de que su existencia depende exclusivamente de dicha práctica»¹⁰. Por lo que la falta de acuerdo en la aplicación mostraría que no hay regla jurídica y, por lo tanto, una solución para el caso base del desacuerdo. Según Guastini, en cambio, la tesis de las fuentes sociales del positivismo jurídico solo se refiere a la identificación de las formulaciones normativas. Estas pueden identificarse sin realizar valoraciones y los desacuerdos en las interpretaciones de las fuentes no afectan la identificación de las formulaciones¹¹.

Para Rodríguez tanto la respuesta de Marmor como la de Guastini son insuficientes, ambas afectadas de una forma diferente de reduccionismo. La posición de Guastini, en primer lugar, parece implicar que las normas siempre dependen de su formulación en el lenguaje ya que la norma es el producto de la interpretación de ese texto¹². Esto sería insuficiente según Rodríguez, ya que no tendría en cuenta que no todas las normas corresponden a una formulación expresa¹³. En segundo lugar, la solución de Guastini sería problemática por cuanto llevaría a un regreso al infinito. Para identificar la norma (significado) es necesario interpretar la formulación normativa (texto), el resultado de este acto interpretativo sería otra formulación normativa (texto) que a su vez podría ser interpretada, y así sucesivamente.

Por el otro lado, la solución de Marmor nos llevaría según Rodríguez a la paradoja escéptica de *Kripkenstein*¹⁴. En sus palabras:

La posición de Marmor, por su parte, importaría adoptar la forma alternativa de reduccionismo: las normas equivalen a regularidades. Al sostener que la única realidad de una norma convencional es la práctica de su aplicación, y siendo que esa práctica está conformada por un conjunto de aplicaciones que resultan compatibles con una multiplicidad de reglas distintas, desde este punto de vista no sería posible ofrecer respuesta alguna al desafío escéptico desarrollado por Kripke a partir de las ideas de Wittgenstein. Si una norma está constituida únicamente por la práctica de su aplicación a casos particulares, entonces ella no puede ofrecer ninguna pauta de

¹⁰ Rodríguez 2021: 645.

¹¹ Esta posición puede verse también desarrollada en Ratti, Dolcetti 2013. Los autores defienden la idea de que tanto el acuerdo en la identificación de las fuentes como el desacuerdo en la interpretación de tales fuentes son aspectos característicos del derecho.

¹² Rodríguez 2021: 647.

¹³ Rodríguez 2021: 647. De todas formas, sería importante resaltar que Guastini reconoce la existencia de normas implícitas como producto de la “construcción jurídica” que realizan los intérpretes. Cf. Guastini 2017: 165-174.

¹⁴ En su notable trabajo *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Kripke presenta una lectura escéptica de los pasajes de *Investigaciones Filosóficas* de Wittgenstein sobre seguir una regla. Véase, Kripke 1982.

corrección puesto que cualquier aplicación futura puede hacerse concordar con la regularidad en sus aplicaciones pasada de acuerdo con alguna regla¹⁵.

Es decir que solo observando casos de aplicación nunca podríamos saber cuál es la regla existente, ya que un mismo acto podría considerarse una forma de aplicar diversas reglas¹⁶.

En virtud de ambas críticas, Rodríguez sostiene que es necesaria una concepción de las fuentes sociales que esté en condiciones de dar respuesta al desafío de los desacuerdos. Tal respuesta no puede limitarse a sostener que las convenciones sociales solo permiten identificar textos, pero tampoco puede considerar que las normas se identifiquen con los acuerdos respecto de sus casos de aplicación¹⁷. La forma más aceptable, desde el positivismo jurídico, para dar respuesta al desafío de los desacuerdos en la práctica sería el *convencionalismo profundo* que presenta Bayón¹⁸.

Para Rodríguez, según el convencionalismo profundo el positivismo no requeriría un acuerdo en la aplicación efectiva de las normas del sistema, sino en el acuerdo sobre los criterios que guían la aplicación de estas. Los desacuerdos en la aplicación concreta no obstarían a que exista acuerdo respecto de los criterios que deben seguirse para aplicar las normas. Afirma Rodríguez,

De conformidad con lo que Juan Carlos Bayón ha calificado como *convencionalismo profundo*, para poder afirmar que una comunidad comparte efectivamente ciertos criterios de corrección no es necesario que cada uno (y ni siquiera que alguno) de sus miembros sea capaz de expresar exhaustivamente dichos criterios, ni que haya acuerdo perfecto en sus aplicaciones efectivas. La existencia de criterios públicos se muestra o se exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de las reglas jurídicas, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. El reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso, pero esto solo requiere un conocimiento tácito de los criterios de corrección, por lo que a cada individuo no tienen que resultarles perfectamente transparentes. La respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una regla jurídica respecto de un caso determinado no está dada simplemente por la constatación de lo que el conjunto de la comunidad sostenga al respecto. El acuerdo mayoritario no garantiza que esa sea la respuesta correcta, ni la eventual falta de acuerdo implica necesariamente que no haya una respuesta correcta, *porque es el trasfondo de criterios compartidos lo que define como correctas a las*

¹⁵ Rodríguez 2021: 647.

¹⁶ Según el argumento de Kripke de la paradoja escéptica, una regla nunca fijaría un único curso de acción ya que no hay ningún hecho ni externo ni interno al sujeto que pueda fijar el significado. No obstante, es importante señalar que esta lectura escéptica de Wittgenstein no es compartida por gran parte de la literatura especializada. Cf., por ejemplo, Baker, Hacker 1984; Medina 2002; Winch 2008.

¹⁷ Rodríguez 2021: 647.

¹⁸ Véase Bayón 2002.

*aplicaciones de las reglas jurídicas y no el acuerdo explícito en torno a sus aplicaciones concretas*¹⁹.

Rodríguez, a partir de esta idea según la cual la corrección en la aplicación de una regla está determinada por *el trasfondo de criterios compartidos y no el acuerdo explícito en la aplicación*, distingue entre acuerdos y desacuerdos superficiales y profundos. Explica que:

Un acuerdo o desacuerdo es *superficial* cuando se refiere a los casos de aplicación de una regla, mientras que *profundo* cuando recae sobre los criterios que guían tales aplicaciones. La combinación que puede presentarse entre estas formas de acuerdo y desacuerdo permite diferenciar cuatro situaciones: *a)* Acuerdo superficial y acuerdo profundo. *b)* Desacuerdo superficial y desacuerdo profundo. *c)* Acuerdo superficial y desacuerdo profundo. *d)* Desacuerdo profundo y acuerdo profundo²⁰.

En el caso en que existiera un desacuerdo profundo, no existiría entonces regla. Esto, sin embargo y como también explica Rodríguez, no nos llevaría a sostener que no hay desde el derecho una forma de resolver los casos sobre los que confluyen posibles aplicaciones contrarias. En estos casos “las reglas secundarias del sistema jurídico podrían autorizar al juez a decidir discrecionalmente o a tomar en cuenta normas morales para morigerar la aplicación de las reglas jurídicas”²¹.

Sin embargo, como se adelantó, no considerar la aplicación efectiva (especialmente en casos de desacuerdos superficiales y acuerdos profundos) adeuda una necesaria explicación respecto de la existencia de reglas sociales.

3. El concepto de regla social y la existencia de reglas sociales

3.1. La existencia de reglas sociales en la propuesta de Rodríguez

Hasta aquí, el convencionalismo profundo de Bayón permite a Rodríguez sostener que para que exista una regla lo que es necesario es el acuerdo sobre la existencia de la regla (sobre los criterios que guían su aplicación), aunque esto no se vea reflejado en la práctica de aplicación. Es decir que podría darse el caso de aplicaciones divergentes de la regla pero que, sin embargo, no haya un desacuerdo en relación a cuáles son los criterios de aplicación.

Entiendo que esta idea es problemática, y el problema es el siguiente: ¿cuándo entonces sabemos que existe una regla? En diversos momentos del trabajo surge

¹⁹ Rodríguez 2021: 648. El énfasis me pertenece.

²⁰ Rodríguez 2021: 649.

²¹ Rodríguez 2021: 649.

esta tensión entre, por un lado, la idea de regla como contenido de significado que es independiente de su efectivo seguimiento o aplicación y, por el otro, el aspecto empírico de la acción de seguir o aplicar una regla.

Vemos, por ejemplo, que al referirse a la regla de reconocimiento Rodríguez sostiene, siguiendo a Bulygin, que esta es una regla conceptual²², pero sobre esta afirma que «tampoco podría decirse que se trate necesariamente de una norma que es de hecho seguida en una cierta comunidad»²³. Parecería entonces que la regla de reconocimiento se identifica así con un contenido que no requiere de su efectivo seguimiento para ser existente²⁴. Rodríguez, al analizar la posición de Marmor según la cual la regla de reconocimiento es una convención constitutiva, argumenta que la noción de una regla constitutiva no es compatible con la noción de regla convencional. Su argumento es que las reglas constitutivas no requieren ser necesariamente practicadas. A menos que, en un sentido trivial se sostenga que una regla deba ser necesariamente practicada para poder sostener que esta “existe”²⁵.

En apoyo a su argumento Rodríguez sostiene que Hart, al distinguir entre una regla última y una regla suprema, aceptaría que la constitución vigente en determinado ordenamiento jurídico podría derivar su validez de una constitución anterior lo que nos conduciría al final de la cadena de validez a la primera constitución histórica que sería una regla última pero no suprema. De esta forma, según Rodríguez, en Hart la regla de reconocimiento no debe ser necesariamente seguida²⁶.

En un sentido similar (aunque en relación con otro tipo de reglas), al analizar la prioridad conceptual del concepto de deber jurídico, Rodríguez señala que el punto de vista interno o la aceptación no serían necesarias para hablar de obligación jurídica²⁷. La razón es que para él tiene sentido sostener que existe una obligación jurídica aun cuando las personas no siguen o aceptan las reglas que imponen estas obligaciones. Por lo tanto, la aceptación o el seguimiento en relación con una regla jurídica no es necesario para que esta regla exista²⁸.

²² En el texto, Rodríguez distingue tres posibles formas de entender la regla de reconocimiento: como convención constitutiva, como definición y como regla conceptual (presupuesta) que atribuye validez a la primera constitución. Véase Rodríguez 2021: 479-487.

²³ Rodríguez 2016; 2020: 485. Esto es llamativo. ¿Podríamos pensar en una regla de reconocimiento no seguida? Tal vez en un sistema patológico, y en el momento de la interrupción de un sistema.

²⁴ Cf. Rodríguez 2016.

²⁵ Según Rodríguez, solo se puede pensar en la existencia de una regla constitutiva en abstracto.

²⁶ No es el momento de analizar aquí este argumento, pero podría cuestionar esta asimilación entre la primera constitución histórica y la regla de reconocimiento. Como de hecho luego Rodríguez sugiere, puede entenderse que la regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica de considerar a la primera constitución histórica como la regla última del sistema (regla que contiene los últimos criterios de validez).

²⁷ Rodríguez 2021: 283.

²⁸ Dado la complejidad y la diversidad de reglas en el sistema jurídico, podría sostenerse que, si bien no todas las reglas jurídicas deben seguirse o aceptarse para ser existentes, la existencia de una

Estos ejemplos muestran que Rodríguez utiliza en estos casos una noción de regla social cuya existencia no depende de su efectivo seguimiento o aplicación.

3.2 ¿Qué es una regla social y cuándo existe?

De estas consideraciones puede advertirse que la noción de regla social presu- puesta resulta problemática, ya que tradicionalmente las reglas sociales se definen por la convergencia del aspecto interno y externo²⁹. Es decir, que tanto la regularidad en la aplicación como la actitud crítico-reflexiva de considerarla un estándar de conducta (lingüística o extralingüística), son los elementos constitutivos de la noción de regla social. En este sentido, la regla surge de una práctica social y es un contenido de significado que en la práctica es efectivamente usado para guiar y justificar la conducta conforme a la regla, los actos de reproche o conformidad y los actos lingüísticos que a ellas se refieran o las presupongan. Esta es conocida como la teoría práctica de las reglas.

Podríamos decir, haciendo un veloz recorrido exegético, que la noción de regla social deriva de la noción de regla de Wittgenstein en el campo de la filosofía del lenguaje y llega a la teoría del derecho de la mano de Hart, quien se vio influenciado en Oxford por los pensadores del llamado “giro lingüístico”³⁰. Siguiendo a Wittgenstein las reglas son la explicación y la justificación de los usos que tienen lugar solo en el contexto de una cierta práctica.

En esta perspectiva, el seguimiento de reglas es un fenómeno público constituido por el acuerdo de los participantes sobre la aplicación de las reglas. El conocimiento de las reglas implica, como explica Bayón, dominar una técnica; es una habilidad. Su comprensión radica en la capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos, no es un estado mental. La formulación de una regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, por lo que la única garantía de seguir correctamente la regla está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o disposición de un único hablante. Seguir una regla es una práctica aprendida a través de un entrenamiento que fija la relación interna o conceptual entre la regla y los casos de su aplicación.

obligación es posible dado que ya necesariamente se sigue y acepta una regla de reconocimiento (en el sentido que se verá seguidamente) para identificar las normas que imponen dichas obligaciones.

²⁹ Hart 2011: 71.

³⁰ Wittgenstein pone en escena varios conceptos centrales que podemos reconocer en la teoría hartiana del derecho: la importancia del contexto y la noción de juego del lenguaje; el seguimiento de reglas; cómo seguir una regla es una práctica que se aprende a través de un entrenamiento que fija la relación interna o conceptual entre la regla y los casos de su aplicación; la relevancia del acuerdo en las definiciones y en las aplicaciones; la noción de caso claro; la distinción entre interpretación y comprensión. Véase Wittgenstein 1999.

Estas consideraciones sobre el uso del lenguaje son tomadas, por ejemplo, por Peter Winch en el ámbito de las ciencias sociales. Winch recoge las ideas de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para comprender el uso del lenguaje – cómo todos los usos del lenguaje están gobernados por reglas –, e intenta aplicarlas en forma más general a todo comportamiento humano³¹. A su vez, Hart también toma estas nociones y las aplica a la teoría del derecho. A partir de estos elementos podemos ver el origen de su teoría práctica de las reglas.

Rodríguez señala que la teoría práctica de las reglas ha sido puesta en discusión y que el propio Hart reconoce que esta teoría tiene problemas para dar cuenta de todas las reglas jurídicas. Sin embargo, Hart insiste en que, de todas formas, la teoría práctica de las reglas sí es aplicable a la regla de reconocimiento³². En sus palabras,

Mi explicación de reglas sociales, como de nuevo Dworkin ha correctamente sostenido, es aplicable únicamente a las reglas que son convencionales en el sentido que ahora he explicado. Esto estrecha considerablemente el horizonte de mi teoría práctica y no la considero, ahora, una correcta explicación de la moralidad, sea individual o social. Sin embargo, la teoría se mantiene como una explicación fidedigna de las reglas sociales convencionales, las cuales comprenden, además de costumbres sociales ordinarias (que pueden ser o pueden no ser reconocidas como teniendo fuerza jurídica), ciertas reglas jurídicas importantes, incluyendo la regla de reconocimiento, la cual es, en efecto, 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. Las reglas jurídicas legisladas, en contraste, aunque son identificables como reglas jurídicas válidas por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, pueden existir como reglas jurídicas desde el momento de su promulgación, antes de que haya surgido cualquier ocasión para su aplicación, y la teoría práctica no les es aplicable³³.

Efectivamente, podemos advertir que, en el *Concepto de derecho*, la regla de reconocimiento tiene algunas características particulares que la diferencian de las demás normas jurídicas, pero que ella es sin lugar a dudas una regla social.

³¹ Cf. Winch 2008.

³² Como también lo indica Rodríguez en Rodríguez 2016: 89.

³³ Hart 2000: 33-34. Sin embargo, en este análisis no se distingue entre normas jurídicas que son el producto de un acto de promulgación y cuentan con una formulación canónica y normas jurídicas que son el producto de una práctica colectiva, entendidas generalmente como normas consuetudinarias, en virtud de que aun las normas que cuentan con su formulación autoritativa son entendidas como contenidos significativos. No obstante, efectivamente el aspecto empírico y, por lo tanto, su reconocimiento, puede variar en relación con las normas sociales de origen consuetudinario. El análisis tradicional sobre la existencia de las normas consuetudinarias ha considerado dos elementos necesarios uno externo y uno interno (*usus y opinión iuris* respectivamente), siendo Bobbio quien presenta un análisis monista, dejando de lado el aspecto interno a la hora de considerar la existencia del derecho consuetudinario. Cf. Bobbio 1942. Para un estudio sobre diversas formas de entender la existencia de normas consuetudinarias véase Chiassoni 2008.

Para empezar, es importante mencionar que la regla de reconocimiento no es ni válida ni inválida, a diferencia de las restantes reglas del sistema que son válidas (pertenecientes o existentes en un ordenamiento jurídico) cuando satisfacen los criterios de la regla de reconocimiento. Siguiendo esta línea de pensamiento, los enunciados que afirman la validez de una regla jurídica son enunciados internos con relación a la regla de reconocimiento que es efectivamente usada o presupuesta³⁴. Sin embargo, para Hart el enunciado que afirma la existencia de la regla de reconocimiento es un enunciado de hecho externo³⁵.

Esto podría resultar confuso, pero corresponde tener presente que Hart aborda el tema de las reglas sociales específicamente pensando en el derecho (y en el lenguaje). Respecto de las reglas sociales propias de prácticas simples, las reglas consuetudinarias o la regla de reconocimiento, estas reglas se aprenden y se usan. La pregunta por su existencia, en Hart, puede ser sólo una pregunta externa respecto de si puede verificarse que un grupo tiene la práctica de seguirla. En este sentido, sostiene que

En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros³⁶.

Así, en Hart, la noción de “existencia” está ligada al aspecto empírico, que podría identificarse con la constatación del aspecto externo de las reglas. Pero esto no es un aspecto trivial sobre la existencia, por el contrario, es de suma importancia por la comprensión de la noción de regla social. Considérese que esto es relevante, cuando distinguimos entre reglas sociales existentes y reglas sociales posibles.

De esta forma, explica Hart que la regla de reconocimiento “puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho”³⁷. El punto de vista interno respecto de la regla de reconocimiento se traduce en aprender a utilizar la regla como criterio correcto para identificar las reglas jurídicas³⁸.

Como se ha explicado ya, la regla por un lado se concibe como un contenido de significado, *i.e.* una entidad abstracta que nos permite justificar determinados actos

³⁴ Hart 2011: 135.

³⁵ Hart 2011: 137.

³⁶ Hart 2011: 127.

³⁷ Hart 2011: 139.

³⁸ Lo que no implica en realidad que no podamos imaginar enunciados sobre cuál es la regla de reconocimiento formulados por quienes participan de la práctica de identificar normas jurídicas. O enunciados sobre las reglas sociales consuetudinarias o de prácticas sociales simples formulados por quienes participan en estas prácticas.

(por ejemplo, actos de identificación), aunque su existencia dependa de ciertos hechos empíricos³⁹. Aun si continuáramos con este uso del lenguaje y empleando el término “existencia” solo para indicar el aspecto empírico o externo de las reglas, esto no explica cómo funcionan y qué papel tienen estas reglas en la práctica en cuestión, ni permite individualizar, conocer cuáles son estas reglas, *i.e.* cuál es su contenido.

4. Conocimiento y desacuerdo

Así la existencia de reglas sociales, en general, y la existencia de reglas jurídicas, en particular, por cuanto dependientes de la existencia de una práctica social es una cuestión bifronte. Dependiente de hechos empíricos, pero cuya identificación requiere a la vez la comprensión de un contenido abstracto. Siguiendo la noción de regla social antes expuesta, este contenido es la forma en la que los participantes justifican y explican sus actos dentro de una comunidad.

Si lo que nos interesa son las prácticas o los sistemas jurídicos reales (y no abstractamente posibles o imaginables), entonces el aspecto externo de la regla de reconocimiento no puede pasarse por alto. Más aun, dado que esta regla puede cambiar en el tiempo, la dimensión material de la existencia de esta no puede evadirse.

Considero que la teoría práctica de las reglas intenta conectar la noción de regla como un contenido de significado (abstracto) con la noción de práctica (empírica y concreta). Por esto es importante que la regla no se identifica con la práctica, sino que podríamos decir que la regla constituye un contenido abstracto que representa la forma en la que en una práctica se explican y justifican ciertos comportamientos y atribuciones de sentido (a ciertos actos) y significado (a ciertos textos). En este sentido su contenido es abstracto, pero dependiente de hechos empíricos (la práctica).

Ahora bien, cualquier observador externo que quiera describir las reglas sociales que sigue una comunidad deberá atender a los actos de aplicación y a los actos lingüísticos que las acompañan. Esta descripción efectivamente podría llevar a la paradoja escéptica de Kripkenstein, ya que desde el punto de vista externo todas las prácticas son infra determinadas. Siempre podríamos pensar que en realidad la regla que estos participantes siguen es diversa, la regla identificada podría consi-

³⁹ Cf. Redondo 2013, 2018. Un interesante aporte en este punto fue hecho por Arriagada en un reciente seminario sobre “*Los derechos y los deberes bajo la lupa de Alf Ross. La defensa de una teoría analítica de las normas jurídicas*”, donde criticaba la posición reduccionista sobre las normas a meros hechos empíricos. Que las normas sean entidades abstractas pero cuya existencia depende de hechos empíricos es una posición crítica de las posiciones filosóficas tradicionales sobre la ontología de las normas. Según la visión tradicional, la cual las entidades son empíricas o no-empíricas y en el derecho se reflejado en lo que se llama las concepciones expresiva e hilética de las normas respectivamente. Al respecto véase, Alchourrón y Bulygin 1979. Un intento por indicar que ambas posiciones no son incompatibles ya que sirven para explicar aspectos diversos de las normas puede encontrarse en Guastini 2018.

derarse una hipótesis a verificar con los nuevos actos de los participantes. De esta forma, tanto el convencionalismo “estándar” o “profundo” (que no nos ha indicado cómo podría afirmar, en base a qué datos, la existencia del acuerdo en los criterios de aplicación), afrontan las mismas dificultades. El convencionalismo profundo de Rodríguez, a su vez, afronta una dificultad ulterior que vimos en el párrafo precedente: debe dar cuenta de la noción de existencia de reglas.

Así, a la hora de conocer las reglas, resultan relevantes tanto el acuerdo en el contenido de los criterios como en las aplicaciones. Como sugiere Rodríguez, si solo se consideran las aplicaciones, podríamos identificar diversas reglas compatibles con tales aplicaciones. Sin embargo, para reconocer el contenido de la regla es necesaria la comprensión de esta pauta. Aquí vemos cómo ambos elementos están necesariamente unidos y vemos también las dificultades o sin sentidos a los que llegamos cuando consideramos un solo aspecto. Desde ya que toda reconstrucción de la realidad necesariamente es un recorte, cómo seleccionamos que aspectos poner en evidencia, y cuáles no, puede alterar la utilidad misma de la reconstrucción. Creo que, para dar cuenta de la existencia de normas en un ordenamiento jurídico no puede pasarse por alto el rol central de la regla de reconocimiento, y entendida esta como una regla social ambos aspectos son de vital importancia: el interno y el externo.

De estas consideraciones podemos advertir que las reglas sociales requieren de la existencia de una práctica en la que entre los participantes hay acuerdo en las definiciones y las aplicaciones. Este es un problema más serio que lo que a simple vista podría parecer, no porque efectivamente allí donde no haya una práctica de aplicación no habría una regla social, sino por que reconocer un estándar de conducta implica dominar una técnica, entrenarse en una práctica. La idea es que la identificación, el conocimiento de una regla requiere dominar esa técnica. Las identificaciones externas son en algún sentido rígorosas y no comprometidas, pero parciales, infradeterminadas y, como hemos visto, generalmente insatisfactorias como descripciones fidedignas para quienes participan de la práctica. En este sentido, ninguna descripción externa podría estar segura de la objeción escéptica.

Creo que, si mostramos explícitamente esta tensión y la importancia que tienen tanto el aspecto interno como el externo para dar cuenta de las reglas sociales, especialmente la regla de reconocimiento, podemos ver que lo aquí dicho es compatible con lo que sostiene Rodríguez sobre las proposiciones acerca del derecho. Para el autor la identificación de las normas del sistema jurídico requiere el previo reconocimiento de los criterios dados por ciertas reglas conceptuales que deben ser reconocidas por quien quiere realizar la identificación⁴⁰. Ahora bien, lo que he

⁴⁰ Rodríguez 2021: 668. En este trabajo se ha asumido la posición (también asumida por Rodríguez) según la cual la regla de reconocimiento es una regla conceptual. En el mismo sentido puede verse Bulygin 1991A y 1991B. Para una interpretación opuesta de la regla de reconocimiento como regla de conducta cf., por ejemplo, Ruiz Manero 1991; Raz 1979.

sugerido en este trabajo es que, en el caso del derecho, quien cumple esta función de brindar estos criterios es la regla social de reconocimiento. Y, además, que para dar cuenta en forma completa de la existencia de normas jurídicas y del valor de verdad de las proposiciones sobre el derecho no puede pasarse por alto el problema de la existencia de este tipo de regla social⁴¹.

5. Reflexiones finales

Desde ya que un análisis satisfactorio sobre el conocimiento de normas jurídicas requiere mucho más que la comprensión de qué son y cuándo existen las reglas sociales. Como también explica Rodríguez esto no agota la complejidad del problema de la existencia de normas jurídicas, pero creo que sí es necesariamente el punto de partida⁴².

La existencia de reglas sociales requiere la necesaria conciliación de los aspectos interno y externo, por lo que el conocimiento de normas existentes requiere también considerar ambos aspectos. Esto implica considerar a las normas tanto en su aspecto abstracto como en su aspecto empírico.

Si lo dicho hasta aquí es correcto, en esta perspectiva la genuina descripción de las reglas existentes en un ordenamiento jurídico requeriría entonces necesariamente aprender la técnica del derecho. De esta forma solo podríamos afirmar que determinadas reglas existen y pertenecen al sistema jurídico si hemos aprendido a usar las reglas de una cultura jurídica en particular. Sin embargo, si el positivismo jurídico continúa con la idea de presentarse como una teoría externa del derecho, es decir que busca explicar y describir el derecho desde el punto de vista externo, entonces el convencionalismo es lo máximo a lo que puede aspirar y efectivamente allí donde termina la convención (donde pueden registrarse aplicaciones diferentes) termina el derecho. Como Rodríguez explica, los límites de los acuerdos son los límites del derecho⁴³.

De todas formas, las consecuencias de estos límites se presentan mucho más devastadoras si nos quedamos posicionados en un punto de vista externo. Si consideramos la situación desde el punto de vista interno, conocer las reglas implica dominar una técnica y esto es compatible con casos de error en la aplicación, casos de desacuerdo sobre la mejor forma de aplicar o entender la regla y casos de cambio

⁴¹ Para un análisis más detallado sobre este punto véase, Scavuzzo 2021.

⁴² Efectivamente en los ordenamientos jurídicos encontramos diversos tipos de reglas, sin embargo, cualquier estudio sobre el convencionalismo jurídico y el positivismo convencionalista debería considerar el debate sobre la existencia de reglas sociales en general y de la “regla de reconocimiento” en particular. En este mismo sentido, Chiassoni 2008: 106.

⁴³ Esta posición es criticada por Rapetti quien defiende la “tesis de la asimetría” entre el conocimiento desde el punto de vista interno y externo. Cf. Rapetti 2019: 259-261.

de las técnicas en cuestión. Nunca está de más aclarar que muchas de nuestras prácticas más complejas (dejando de lado los ejemplos típicos del ajedrez y el fútbol) son prácticas heterogéneas (i.e. caracterizadas por una variedad de intereses, ideologías y perspectivas en continua negociación) y, en tanto dependientes de nuestras acciones de conformidad y de rechazo, se encuentran constantemente abiertas al cambio⁴⁴. De esta manera, adoptando una perspectiva interna, el conocimiento de las reglas sociales existentes es compatible con los desacuerdos y los cambios de las prácticas de las que estas forman parte.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México D.F.
- Arena, F. (2014). *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid.
- Baker, G. P., Hacker, P. M. S. (1984). *On misunderstanding Wittgenstein: Kripke's Private Language Argument*, «Synthese», 58(3), *Essays on Wittgenstein's Later Philosophy*, 407-450.
- Bayón, J. C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro P. E. y Redondo M. C. (eds.), *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona, 57-92.
- Bobbio, N. (1942). *La consuetudine come fatto normativo*, C.E.D.A.M., Padova.
- Bulygin, E. (1991a). *Sobre la regla de reconocimiento*, en Alchourrón C. E., Bulygin E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 383-391.
- Bulygin, E. (1991b). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa», 9, 257-279.
- Caracciolo, R. (2009). *Existencia de normas*, en Id., *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 183-203.
- Chiassoni, P. (2008). *Tres buenos filósofos contra las malas costumbres (jurisprudencia analítica y teoría de la costumbre)*, «Doxa», 31, 105-142.
- Dolcetti, A., Ratti, G. B. (2013). *I disaccordi giuridici rivisitati*, en Ratti, G. B., *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Madrid, Marcial Pons, 137-160.
- Guastini, R. (2017) [2014]. *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2018). *Dos concepciones de las normas*, «Revus», 35, 97-104.
- Hart, H. L. A. (2011) [1961]. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

⁴⁴ Véase Medina 2006.

- Hart, H. L. A. (2000) [1994]. *Post scriptum al concepto de derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- Medina J. (2006). *Speaking from Elsewhere*, Albany, State University of New York Press.
- Medina, J. (2002). *The Unity of Wittgenstein's Philosophy, Necessity, Intelligibility and Normativity*, Albany, State University of New York Press.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.
- Raz, J. (1979). *The Identity of Legal Systems*, en Id., *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 81-105.
- Redondo, M. C. (2013). *Los enunciados jurídicos internos. La concepción de Eugenio Bulygin*, «Análisis filosófico», XXXIII, 2, 170-185.
- Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico "interno"*, Ljubljana, Klub Revus.
- Rodríguez, J. (2016). *La regla de reconocimiento como convención constitutiva*, en Ramírez Ludueña, L., Vilajosana, J. M. (eds.), *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1991). *Normas Independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin*, «Doxa», 9, 281-293.
- Scavuzzo, N. (2021). *Positivismo jurídico interno: ¿epistemología o ideología del derecho?*, «Isonomía», 54, 109-133.
- Kripke, S. A. (1982). *Wittgenstein on Rules and Private Language. An elementary exposition*, Massachusetts, Harvard University Press.
- Winch, P. (2008) [1958]. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, Routledge.
- Wittgenstein, L. (1999). *Investigaciones Filosóficas*, España, Altaya.

