

# Cinco tesis sobre la regla de reconocimiento

*Sebastián Figueroa Rubio\**

## **Resumen**

En este artículo se revisan críticamente cinco tesis defendidas por Jorge Rodríguez en el libro *Teoría analítica del derecho* respecto de la regla de reconocimiento y la norma fundante básica.

Las tesis son las siguientes: (1.) la mejor interpretación de la norma fundante básica es aquella que la entiende como un esquema definicional; (2.) la regla de reconocimiento no es una regla convencional; (3.) la regla de reconocimiento no es una norma social de conducta; (4.) la regla de reconocimiento es equivalente a la primera constitución histórica; (5) la regla de reconocimiento es reducible a reglas de cambio.

Este análisis busca defender la idea de que la regla de reconocimiento puede ser entendida como una norma social y poner en duda que pueda ser reducida a reglas de cambio.

**Palabras clave:** Regla de reconocimiento. Reglas de cambio. Convenciones. Normas sociales.

## **Abstract**

This article critically reviews five theses advocated by Jorge Rodríguez in his book *Teoría analítica del derecho* regarding the rule of recognition and the grundnorm.

The theses are the following: (1.) the best interpretation of the grundnorm is the one that understands it as a definitional scheme; (2.) the rule of recognition is not a

---

\* Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica, Universidad Autónoma de Madrid, Investigador Seal of Excellence, Università degli Studi di Genova, 4ª Planta, Ciudad Universitaria de Cantoblanco, C/ Kelsen, 1 28049, Madrid, sebastian.figueroa@uam.es.

El autor agradece a los organizadores del seminario *Teoría Analítica del Derecho* realizado en la Università degli Studi di Genova en enero de 2022 y a la respuesta dada por Jorge Rodríguez en aquella ocasión. También agradece los comentarios realizados por Pablo Rapetti.

conventional rule; (3.) the rule of recognition is not a social norm of conduct; (4.) the rule of recognition is equivalent to the first historical constitution; (5.) the rule of recognition is reducible to rules of change.

The critical review of these five theses aims to defend the idea that the rule of recognition can be understood as a social norm and to question whether it can be reduced to rules of change.

**Keywords:** Rule of Recognition. Rules of Change. Conventions. Social Norms.

## I.

En *Teoría analítica del derecho* Jorge Rodríguez nos lega una obra que sorprende y que nos acompañará por mucho tiempo tanto por su claridad como por su profundidad. En este sentido, se puede entender a este libro como manifestación del brillante y generoso espíritu del autor. En estas páginas quisiera reflexionar sobre algunas de las ideas ofrecidas en el texto en torno a la regla de reconocimiento.

La importancia de la regla de reconocimiento y su símil, la norma fundante básica, es patente para la tradición y se vincula con varias problemáticas tratadas en el libro, tales como las diversas nociones de validez con que se trabaja en el discurso jurídico, la unidad y dinámica de los sistemas jurídicos, la existencia de un deber de obedecer al derecho y la conexión entre derecho y moral.

De todas formas, hay una tesis que quisiera destacar acerca de su importancia para la comprensión del derecho que se presenta en el libro en varias ocasiones. Según esta, el tipo de argumentación que lleva a defender la existencia de una regla de reconocimiento permitiría lograr una *caracterización del derecho* como realidad normativa diferente de otras que es superadora de teorías previas.

En el capítulo III de *Teoría Analítica del Derecho*, al estudiar los conceptos jurídicos fundamentales, se pasa revista a varias críticas que se pueden realizar a aquellos autores que buscan lo que es distintivo del derecho en alguna característica de las normas jurídicas, tales como la amenaza de sanción ante su incumplimiento, ciertos hechos psicológicos o el ser órdenes de superiores políticos. Al respecto, se dirá que «[l]as críticas dirigidas entre otros por Herbert Hart a cualquier pretensión reduccionista de este tipo resultan concluyentes»<sup>1</sup>. De esta forma, en vez de entender al derecho a partir de ciertas características de las normas jurídicas, se identifican a ciertas normas como jurídicas por formar parte de sistemas normativos que tiene la propiedad de ser jurídicos.

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2021: 472. Véase Rodríguez 2021: 287.

Lo anterior tiene como consecuencia dar un giro al estudio del derecho hacia a verlo como un sistema que contiene elementos de diverso tipo. En este contexto la propuesta de Hart supone entender a los sistemas jurídicos como un complejo entramado social en donde distintas clases de normas cumplen diversas funciones. Así encuentra espacio la famosa propuesta de entender al derecho como un conjunto de reglas primarias y secundarias. Más específicamente, además de reglas primarias, habría al menos tres clases de reglas secundarias (de adjudicación, de cambio y de reconocimiento), que se definen por la función que cumplen en la conformación y funcionamiento del sistema. En este comentario me centraré en la regla de reconocimiento.

Hart reflexiona acerca de las limitaciones y problemas que tendría para una comunidad el regirse solamente por un conjunto de normas primarias<sup>2</sup>. Vale la pena acá considerar dos de esos problemas. El primero es el de la *estaticidad*, según el cual, en un sistema que solo cuenta con normas primarias, tanto el cambio del contenido de las normas como la posibilidad de introducir o quitar normas del sistema es algo que ocurre de forma muy lenta y sin control. De esta forma, surgen normas de cambio cuya función sería facultar «a ciertos individuos a introducir nuevas reglas primarias para regular la vida de la comunidad, y a modificar o eliminar las existentes»<sup>3</sup>.

La regla de reconocimiento tendría por función resolver el segundo problema, conocido como *falta de certeza*. En una comunidad sin regla de reconocimiento no es posible distinguir, de entre todas las normas que pueden regular la conducta o resolver un caso, cuáles de ellas pertenecen y cuáles no pertenecen al sistema jurídico. La regla de reconocimiento aparece como una norma o un conjunto de normas que permiten hacer esa distinción, siendo su función especificar «la o las características que debería reunir una regla para ser considerada parte de un sistema jurídico»<sup>4</sup>.

Una cuestión central de la caracterización de la regla de reconocimiento realizada por Hart, y que permite distinguirla de la norma fundante de Kelsen, es que se trata de una norma social o, al menos, es lo que quisiera defender en este comentario. Que sea una regla social implica que «existiría en la medida en que sea aceptada y utilizada por los tribunales al identificar y al aplicar el derecho»<sup>5</sup>, por eso muchas veces se le caracteriza como *una costumbre judicial*<sup>6</sup>. Así, para que exista una regla de reconocimiento, debe adoptarse por parte de un grupo específico de la comunidad jurídica el punto de vista interno<sup>7</sup>. Usualmente se caracteriza este punto de vista distinguiendo a las reglas de los hábitos siendo que, si bien en ambos casos es

<sup>2</sup> Véase Hart 1963: 113-123.

<sup>3</sup> Rodríguez 2021: 473.

<sup>4</sup> Rodríguez 2021: 473.

<sup>5</sup> Rodríguez 2021: 474.

<sup>6</sup> Véase Gardner 2012: 65-74; 102-109.

<sup>7</sup> Véase Rodríguez, 2021: cap. III. 5.1.

posible identificar un patrón de conducta, en el caso de las reglas los participantes adoptan una perspectiva crítico-reflexiva ante el patrón o estándar de conducta en cuestión.

Por su parte, la perspectiva crítico-reflexiva característica de las normas tendría, a su vez, al menos dos manifestaciones claras. En primer lugar, la adopción de ciertas reacciones críticas ante la conducta desviada se considera apropiada (debido a la existencia misma de la norma) y, en segundo lugar, un conjunto de personas debe ver en dicho patrón «una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo»<sup>8</sup>.

Siguiendo a Giovanni Battista Ratti podemos decir que:

No parece descabellado afirmar que la RR está caracterizada, en la obra de Hart, por dos aspectos principales: a) es una norma positiva (positiva y consuetudinaria), que prescribe un cierto comportamiento a los jueces (o más en general, a los funcionarios) constituido por la individualización de ciertos enunciados mediante el uso de determinados criterios que ella misma proporciona; b) su carácter normativo depende de una práctica compleja, pero concordante de la identificación del derecho<sup>9</sup>.

Cómo indiqué, con independencia de sus diferencias, tanto la norma fundante de Kelsen como la regla de reconocimiento de Hart representan un giro en el análisis del derecho<sup>10</sup>. Considerando la noción de validez descriptiva o como pertenencia, tanto la norma fundante básica como la regla de reconocimiento aparecen emparentadas: ambas se presentan como normas que tienen por función, dentro de la teoría, explicar la validez del resto de las normas del sistema.

Respecto de la propuesta *kelseniana*, para predicar validez de una norma debe interpretarse una acción como creadora de derecho, interpretación que solo puede hacerse por medio de otra norma, de la cual se entiende *derivada*, pues ella es su *fundamento*<sup>11</sup>. Esto genera una relación entre normas que se presenta como una *cadena de validez*. En esta cadena inevitablemente habrá un acto creador de derecho que se comprende como instituyendo normas originarias que pertenecen al sistema y que no dependen de otras. Estas normas originarias se identifican como aquellas de la primera constitución histórica, que puede ya no estar vigente, pero que permite ver el origen del ordenamiento. La norma fundante básica en este contexto es una norma que no forma parte del sistema positivo y se presenta como una hipótesis que Rodríguez recomienda leer como un «criterio conceptual independiente que

<sup>8</sup> Hart 1963: 71.

<sup>9</sup> Ratti 2012: 316.

<sup>10</sup> En el libro de Jorge Rodríguez, primero es tratada la norma fundante básica de Kelsen, a partir del análisis de la noción de validez (véase Rodríguez 2021: Cap. IV. Secciones 1 y 2).

<sup>11</sup> Rodríguez 2021: 335-337.

permite identificar a la primera constitución histórica»<sup>12</sup>. Para Rodríguez, con esta lectura de la norma fundante se responde a la pregunta “¿Qué significa exactamente decir – como lo hace Bulygin – que las normas originarias pertenecen al sistema ‘por definición?’”<sup>13</sup>, cuestión que supone que dichas normas pertenecen al sistema a pesar de no haber sido creadas según los procedimientos regulares.

## II.

A partir de los elementos expuestos quisiera reflexionar acerca de algunas tesis que parecen defenderse a lo largo de las páginas del libro *Teoría Analítica del Derecho*. En particular me centraré en aquellas defendidas en la sección 3 del capítulo V, y que llevan a afirmar en las conclusiones que «para identificar las normas que componen un cierto sistema jurídico no se requiere apelar más que a las pautas que fijan las normas de producción jurídica (las reglas de cambio, en la terminología de Hart), y un criterio de identificación de la primera norma positiva como norma independiente o no derivada del sistema»<sup>14</sup>. Como se puede leer de la cita, Rodríguez propone, por una parte, que los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico pueden encontrarse en las reglas de cambio, lo que supone que es irrelevante la regla de reconocimiento. Por otra parte, defiende la idea de que solo sería necesario un criterio de identificación de la primera constitución en cuanto tal, lo cual supone negar que haya una regla social que haga eso, como se revisará más adelante. Esto último también implica negar la ya mencionada caracterización *hartiana* de dicha regla.

La citada conclusión doble se apoya en una interpretación de la propuesta de Bulygin que permite, a su vez, revivir algunas ideas de Kelsen, en desmedro de algunas ideas defendidas por Hart respecto de la regla de reconocimiento. Más específicamente, creo que en la argumentación presentada por Rodríguez puede encontrarse la defensa de cinco tesis que pasaré a comentar brevemente.

## III.

La primera tesis ya ha sido expuesta más arriba y consiste en que (1.) *la mejor interpretación de la norma fundante básica es aquella que la entiende como un esquema definicional* que permite identificar a la primera constitución histórica. Esto quiere decir que se trata de «una regla determinativa o conceptual que obviamente no ha

---

<sup>12</sup> Rodríguez 2021: 339.

<sup>13</sup> Rodríguez 2021: 338.

<sup>14</sup> Rodríguez 2021: 781.

sido dictada por nadie pero que debe asumirse a fin de identificar el primer eslabón de la cadena»<sup>15</sup>. De lo anterior se sigue que la norma fundante no es una norma de conducta (i.e. no prescribe la realización de ciertas conductas), ni ha sido puesta por nadie, sino que sirve como esquema de interpretación entre muchos otros posibles. En esto Rodríguez sigue de cerca la propuesta de Eugenio Bulygin<sup>16</sup>.

Las siguientes cuatro tesis son tesis específicas acerca de la regla de reconocimiento.

#### IV.

Una primera cuestión que Rodríguez defiende y que le lleva a negar el carácter de regla social de la regla de reconocimiento es que (2.) *la regla de reconocimiento no es una regla convencional*.

A esta tesis se arriba luego de una revisión crítica de la propuesta de Andrei Marmor. En lo que concierne a esto estoy de acuerdo con el autor respecto de que reconstruir a la regla de reconocimiento a partir de la noción *lewiasiana* de convención es insuficiente, así como el ejercicio realizado por algunos autores de comparar la regla de reconocimiento con las reglas constitutivas de un juego. Quisiera resaltar algunos puntos críticos de ese tipo de convencionalismo<sup>17</sup>.

Una primera cuestión es que las variaciones en los contenidos de las reglas de reconocimiento existentes a lo largo de la historia muestran que, a diferencia del ajedrez, el derecho no se trata de una actividad que se identifique por el contenido de cierto conjunto de reglas<sup>18</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con las reglas de juegos, cuyo contenido sirve para identificarlos como tales en todas partes, en el derecho no parece posible decir que

<sup>15</sup> Rodríguez 2021: 341. Dicha norma tendría el siguiente contenido «El conjunto de normas C pertenece a S» (Rodríguez 2021: 344) donde C corresponde a las normas de la primera constitución histórica. A su vez, el esquema de Bulygin se presenta en la sección 1.4. del capítulo V (Rodríguez 2021: 441, 492-494). Para el autor, en aquel «se encuentran comprendidos conjuntamente, de manera simplificada, los criterios de pertenencia de las normas a cada sistema estático y los criterios de pertenencia de los sistemas estáticos al orden dinámico» (Rodríguez 2021: 442).

<sup>16</sup> Véase Bulygin 1976: 383-384; 1991: 314.

<sup>17</sup> Me refiero al convencionalismo *lewiano* para diferenciarlo de otras formas de convencionalismo. Siguiendo a Juan Carlos Bayón, es plausible identificar una tesis convencionalista acerca de las condiciones de existencia del derecho que supone entender al derecho como «un producto de interacciones humanas», siendo esto «el núcleo común e irrenunciable de cualquier forma de positivismo jurídico» (Bayón 2002: 58, 83 n.11. Véase Rodríguez 2021: 487).

<sup>18</sup> Se puede defender la existencia de un contenido mínimo de derecho natural. De ser así, la variación en el contenido de las normas (e.g. cómo se regula el homicidio) es muy distinto al de las reglas del ajedrez, pero más importante aún, las normas en que se traduce dicho contenido mínimo se manifiestan de múltiples formas (e.g. por medio de normas primarias o por nombras secundarias de cambio que impongan límites a lo que se puede regular), lo cual no conlleva una caracterización de la regla de reconocimiento.

el contenido de la regla de reconocimiento permita identificar a una práctica como jurídica. La regla de reconocimiento puede hacer referencia a reyes, a jurisconsultos, a textos en tablas, entre muchas otras cosas.

Además, considero que la forma en que se presenta por dicho convencionalismo la regla de reconocimiento niega su carácter práctico. Es común en el convencionalismo *lewisiano* representar la perspectiva del participante a partir de actitudes epistémicas tales como creencias y conocimiento<sup>19</sup>. Pero, siguiendo a Hart, podemos decir que cuando estamos ante una norma las actitudes adoptadas frente al estándar es cuestión no son solamente epistémicas, sino también prácticas, es decir, no solo están basadas en lo que sé que otros harán, sino que suponen lo que se debe hacer. Esto conlleva precisamente hablar de actitudes normativas propias de una posición crítico-reflexiva. Lo anterior se vincula con la adopción y expresión de hostilidad, de actitudes reactivas, y de expectativas normativas ante los demás<sup>20</sup>.

Este punto ya había sido resaltado por el mismo Bulygin al considerar la diferencia entre hábitos y reglas para caracterizar a la regla de reconocimiento. Más específicamente indica que

En el caso de las reglas conceptuales suele haber también ciertas reacciones típicas contra aquellas personas que no las siguen o no las usan, y esas reacciones permiten distinguirlas de los meros hábitos. Pero tales reacciones son de naturaleza muy distinta a las que se dan en el caso de las normas. Sería equívoco decir que una persona que cometiera un error gramatical desobedecería las reglas de la gramática. Diríamos simplemente que tal persona es ignorante (no conoce las reglas de la gramática) o habla otro idioma<sup>21</sup>.

Como se puede ver, para el autor, incluso en el caso de lo que denomina reglas conceptuales, hay un conjunto de reacciones características que suponen adoptar actitudes reactivas y manifestar críticas (e.g. tratar a alguien como ignorante). Con-

---

<sup>19</sup> Así, por ejemplo, en palabras de Josep Maria Vilajosana, «El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que el enunciado “En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R” podría analizar así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad S usa los criterios C1, C2 ... Cn (que forman la Regla de Reconocimiento de S) cada vez que tiene que identificar el derecho de S.
2. La mayoría de los juristas de S cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas» (Vilajosana 2016: 122).

<sup>20</sup> Sobre este modelo de normas, véase Brandom 1994: cap. 1; Brennan et.al 2013: cap 2; Figueroa Rubio 2014: 224-234. Considero que este modelo es una forma de tomarse en serio el elemento pragmático propio de la *existencia* de normas sugerido por Rodríguez (2021: Cap. I. sec. 2.4.), pero no desarrollado en el libro (aunque su utilidad se puede ver en la sección 1.4 del capítulo VI y en la sección 6 del capítulo IV).

<sup>21</sup> Bulygin 1976: 388.

sidero que esto contribuye a comprender a la regla de reconocimiento como una norma social incluso cuando se le considera como un esquema conceptual. A su vez, permite clarificar en qué consiste el carácter normativo de la regla de reconocimiento al que hace referencia Ratti en el texto antes citado.

#### IV.

Cabe indicar que en el libro de Rodríguez se cuestiona que la regla de reconocimiento sea una norma convencional, en especial una convención constitutiva, pero no una norma social necesariamente. Si se considera lo sugerido en la sección anterior, habría una posibilidad de entender tanto la lectura de Hart como la de Bulygin de forma similar y, con ello, entender a la regla de reconocimiento como norma social.

De todas formas, hay que tener en cuenta que en el libro se llega al estudio de la regla de reconocimiento como una convención a partir de analizar las respuestas de Hart a las críticas realizadas por Raz y Dworkin a la tesis de las normas como prácticas<sup>22</sup>, lo cual conlleva una crítica general a la idea de que sea una norma social.

Así podemos identificar la tercera tesis diciendo que (3.) *La regla de reconocimiento no es una norma social de conducta.*

Aun cuando se reconozca que no toda regla que forma parte de un sistema jurídico es una norma social, como el mismo Hart hace<sup>23</sup>, cabe todavía la pregunta acerca de si la regla de reconocimiento si puede ser entendida como tal. Donde hay una norma social hay un tipo de práctica que se caracteriza por las actitudes que los miembros de un grupo adoptan hacia el estándar como he indicado. Como Rodríguez señala, dichas actitudes permiten evitar los problemas de reducir a las normas a regularidades de conducta, así como a formulaciones normativas canónicas<sup>24</sup>.

En este contexto, cuando en el libro se realizan las críticas al convencionalismo, se descarta que pueda entenderse a la regla de reconocimiento como una norma de conducta, es decir, teniendo un elemento prescriptivo<sup>25</sup>. Quisiera revisar algunas de las razones dadas para dicho rechazo.

En primer lugar, se indica que «interpretada como una prescripción [...] no podría ser una regla última, porque siempre se podría seguir preguntando por el fundamento del deber de obedecerla»<sup>26</sup>. Sospecho que esto supone olvidar que se trata de una regla social, no una negación de tal carácter. No toda regla social requiere

<sup>22</sup> Véase Rodríguez 2021:189-191, 284-287, 474-475.

<sup>23</sup> Véase Hart 1963: 137; Rodríguez 2021: 474.

<sup>24</sup> Véase Rodríguez 2021: Cap. I. sec. 2.4.

<sup>25</sup> Véase Rodríguez 2021: 339, 482.

<sup>26</sup> Rodríguez, 2021: 482.

de un fundamento externo para ser obedecida. Por una parte, se puede argumentar, como hace Michael Bratman, que los elementos propios de la perspectiva interna suponen la adopción de una política compartida que da fuerza normativa al comportamiento conjunto<sup>27</sup>. Pero aun cuando se niegue este tipo de lectura, hay que tener en cuenta que la participación de las personas y, con ello, el mantenimiento de la norma social en el tiempo, puede tener muchos posibles fundamentos (i.e. su utilidad para la sociedad, la tradición, la comodidad que genera para algunos, un fundamento moral) los cuales son adoptados de diversas formas por sus participantes. En esto consiste la denominada aceptación plural de normas<sup>28</sup>.

Esto permite hablar de un genuino carácter prescriptivo. Las reglas sociales van generando una presión normativa sobre los miembros del grupo a lo largo del paso del tiempo, presión que se refuerza por diversos caminos (educación, acostumbramiento, etc.), generándose muchas veces un efecto bola de nieve.

Lo que se necesita es que haya un estándar ante cuya desviación (e.g. la utilización de otros criterios para identificar la norma relevante para el caso) se pueda adoptar una reacción hostil frente a la cual no se reaccione hostilmente<sup>29</sup>. En este sentido, para el modelo *hartiano*, tanto la presión social como la desviación misma pueden funcionar como fundamentos de las acciones de quienes actúan como participantes de la regla social. Una regla de reconocimiento también podría interpretarse así, como basada en diversos fundamentos o en ninguno en especial y leerse como producto de una historia que la sustenta y refuerza.

Sospecho que dichas ideas no solo permiten entender a la regla de reconocimiento como una norma social, sino también como una norma que es vivida por los participantes como prescriptiva.

Otra razón que se da para descartar el carácter prescriptivo de la regla de reconocimiento es que “no se podría sostener que la regla de reconocimiento, entendida como una regla de conducta, sea una regla jurídica válida” (Rodríguez, 2021: 482). Esto es algo que precisamente Hart reconoce y que no se ve como problemático dentro del libro *Teoría Analítica del Derecho* al estudiar la norma fundante básica de Kelsen, cuestión que hemos revisado en la sección I. La regla de reconocimiento estaría entre aquellas normas de las cuales no tiene sentido preguntarse si son válidas atendiendo a la idea de validez como creación regular de normas<sup>30</sup>. Esto se debería a su carácter último, esto es, a que «se trata de una regla que proporciona criterios para establecer la validez de las demás reglas del sistema, pero que no está ella misma subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas»<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Véase Bratman 2021.

<sup>28</sup> Véase Rapetti 2017. Esta idea también se puede expresar desde una perspectiva realista (véase Ratti 2012).

<sup>29</sup> Véase Figueroa Rubio 2014.

<sup>30</sup> Véase Rodríguez 2021: 338.

<sup>31</sup> Rodríguez 2021: 473.

## V.

Pero de aceptarse lo anterior, puede afirmarse, según lo indica el libro, que “esa regla última equivaldría a la primera constitución histórica kelseniana” (Rodríguez, 2021: 484). Creo que esto puede entenderse como una cuarta tesis, a saber, que (4.) *la regla de reconocimiento es equivalente a la primera constitución histórica.*

Al ser la regla de reconocimiento una norma positiva, que forma parte del sistema y, a la vez, una norma originaria (por última), coincide sistemáticamente dentro de la teoría con la primera constitución histórica de Kelsen. Y como ya se ha indicado, en el libro *Teoría Analítica del Derecho* se afirma que “si lo que se tiene en mira es la validez como pertenencia de todos modos se requiere de una regla conceptual que permita identificar a la primera constitución como parte del sistema” (Rodríguez, 2021: 340), por lo que sería necesario otra norma o criterio conceptual que la identifique como tal.

En este punto quisiera indicar algunas razones que me inclinan a resistir dicha equiparación entre regla de reconocimiento y primera constitución histórica.

La primera es que la regla de reconocimiento es una regla social actual, una *costumbre judicial* cómo se indicó, y no una norma que puede ya no estar vigente como ocurre con la primera constitución histórica. Como se argumentó, esto no supone quitarle un carácter histórico a la regla de reconocimiento, todo lo contrario. Lo que sí supone es que la regla de reconocimiento está presente en todo orden jurídico medianamente complejo y que puede ser identificada como parte de la realidad social al tiempo que se identifica un orden jurídico.

La segunda es que, como regla social, no ha sido dictada por alguien, como lo puede ser, y habitualmente lo es, una primera constitución<sup>32</sup>. En este sentido, no hay un acto de creación normativa que deba interpretarse como tal a partir de otra norma, es el carácter mismo de costumbre judicial lo que la conforma como norma. Como se ha visto, no requiere de otra norma que haga de su *fundamento*.

En caso de que haya una primera constitución la regla de reconocimiento puede incluirla como parte del sistema. En la medida en que la comunidad jurídica lea su historia de tal manera, alguna de las propiedades relevantes para ser identificada como norma del sistema pueden ser satisfechas por la primera constitución.

## VI.

Además de los argumentos aludidos en las secciones anteriores, en el libro se asesta un golpe final a la idea de regla de reconocimiento al mostrarla como una

---

<sup>32</sup> Véase Gardner 2012: 65-74.

herramienta teórica que no tiene una especial capacidad explicativa. Esto conforma la quinta tesis que afirma que *(5) la regla de reconocimiento es reducible a reglas de cambio*.

Esta tesis nos indica que debido a que «donde haya reglas de cambio, la regla de reconocimiento deberá incorporar una referencia a cualquier mecanismo que ellas prevean para modificar el derecho [...] el contenido de la regla de reconocimiento quedaría absorbido por el de las reglas de cambio»<sup>33</sup>.

Ante esta tesis, quisiera presentar algunos argumentos para discutir.

El primero es que, aunque se dé dicha identidad de contenidos, las reglas de cambio no tienen que coincidir con la costumbre judicial que es la regla de reconocimiento. Las reglas de cambio pueden ser normas cuyo modelo es la legislación, esto es, dependientes de la decisión de una autoridad que las crea y, a su vez, expresadas en disposiciones normativas que tienen carácter autoritativo<sup>34</sup>.

La aceptación por parte de los miembros del grupo relevante se mantendría como algo que distingue a la regla de reconocimiento de las reglas de cambio<sup>35</sup>. Así, puede afirmarse que mientras la regla de reconocimiento depende de la aceptación de un grupo de personas para su existencia, las reglas de cambio pueden prescindir de ello. Esto se debe, en parte, a que las reglas de cambio son vistas como parte del sistema, debido a que se identifican utilizando los criterios que forman parte del contenido de la costumbre judicial que es la regla de reconocimiento.

Por otra parte, no es del todo claro por qué la regla de reconocimiento debe hacer referencia a los mecanismos por medio de los cuales se modifican, introducen o eliminan las normas del sistema. Por una parte, con Ratti puede decirse que la regla de reconocimiento puede hacer referencia a las fuentes y no necesariamente a las normas, permitiendo distinguirla del contenido específico de estas últimas<sup>36</sup>. Por otra parte, se puede diferenciar entre normas que identifican a un órgano como generador de normas jurídicas y normas que dicen cómo este órgano puede introducir, quitar o alterar normas del sistema, ya sea dándole la potestad para hacerlo, ya sea generando procedimientos para ello. La regla de reconocimiento sería parte de las primeras, dirigidas a quienes deben identificar normas para aplicarlas, mientras que las reglas de cambio serían parte de las últimas, dirigidas a quien desee y tenga

<sup>33</sup> Rodríguez 2021: 484.

<sup>34</sup> Esto no supone negar que las personas puedan articular lingüísticamente el contenido de una costumbre, pero sí que esto no define a la costumbre como tipo de norma, por una parte, y que dicha articulación está sujeta a desacuerdos que la de una norma legislada no.

<sup>35</sup> Véase Hart 1963: 136-137.

<sup>36</sup> Ratti 2012. En esta línea Hart indica que «los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales» (Hart 1963: 126).

la potestad para modificar, quitar e introducir normas<sup>37</sup>.

En ambas posibilidades puede entenderse que un tipo de norma implica a la otra, pero esto no quiere decir que el contenido de unas quede absorbido por el de las otras. A su vez, que cumplan distintas funciones dentro del sistema (i.e. una vinculada con la solución de la falta de certeza y otra con la estaticidad) puede llevarnos a ver que cada una de ellas «regula diferentes acciones, o a diferentes agentes, o a la misma acción del mismo agente de manera distinta»<sup>38</sup>.

Esto último es importante porque se indica en *Teoría Analítica del Derecho* que «no parece que pueda otorgarse a la regla de reconocimiento ninguna función que no sea ya acabadamente satisfecha por las reglas de cambio»<sup>39</sup>, pero las reglas de cambio no tienen por qué cubrir cómo se identifican todas las reglas del sistema, aunque pueden ayudar a hacerlo, claro está. Esto permite dar un paso más en la exploración acá realizada, pues de lo anterior se sigue que puede ser el caso que haya coincidencia de contenidos entre ambas normas, pero también puede ser el caso que no. La regla de reconocimiento puede incorporar criterios que no tengan que ver con la función de las reglas de cambio, considerando como propiedades para identificar normas jurídicas aquellas que no permiten que operen las reglas de cambio sobre estas. La regla de reconocimiento puede referir a normas que no se pueden, de hecho, introducir o eliminar, así como a normas que no se definen por poder serlo. En el primer caso podemos imaginar una comunidad en que el Estado y la iglesia no están separados y se incluya dentro de la regla de reconocimiento a aquellas normas que se encuentran en la biblia, las normas presentes en esta fuente pasarían a formar parte del sistema, aunque no puedan ser modificadas. En el segundo caso se puede considerar a la costumbre, por ejemplo<sup>40</sup>. En este sentido, la regla de reconocimiento de una comunidad puede volver más o menos estático un sistema, acentuando el problema por el cual funcionalmente existen reglas de cambio.

## VII.

Jorge Rodríguez indica que, si ninguna de las razones dadas anteriormente fun-

<sup>37</sup> Véase Gardner 2012: 102-106; Kramer 2018: 97-103. Estos autores incluyen dentro de su argumentación la idea de que la regla de reconocimiento generaría deberes para quienes aplican el derecho, dado su carácter prescriptivo, mientras que las otras normas no. No he profundizado en esta idea como para dar apoyo a dicha diferencia.

<sup>38</sup> Gardner 2012: 106.

<sup>39</sup> Rodríguez 2021: 485.

<sup>40</sup> En el libro, al revisar las críticas de Dworkin se estudia esta posibilidad respecto de los principios, cuya inclusión en un sistema jurídico puede no estar completamente regida por reglas de cambio (véase Rodríguez 2021: 727-728).

ciona, y la regla de reconocimiento es absorbida por las reglas de cambio del sistema, no quedarían más que tres salidas:

- a) Aceptar ello como tal y entender a la regla de reconocimiento como una regla de cambio última;
- b) Considerarla un esquema definicional como propone Bulygin; o
- c) Entenderla como la regla conceptual que atribuye validez a la primera constitución histórica<sup>41</sup>.

La consecuencia fuerte para los intentos realizados en este comentario es que bajo ninguna de las tres opciones, se dice, puede entenderse como una regla «seguida» o «practicada» por los jueces y demás funcionarios de una comunidad<sup>42</sup>, pero creo que esto hay que verlo con cuidado, especialmente porque, al considerar b, Bulygin entiende que, a pesar de ser una regla conceptual, la regla de reconocimiento tiene, al menos, dos propiedades más: es el esquema definicional en uso y se pueden identificar reacciones críticas características ante quienes no utilizan los criterios propios de ella (e.g. se le puede llamar ignorante). Como he indicado, me parece que ambas cuestiones muestran a la comprensión de Bulygin como algo cercano a lo que Hart entendía por regla social. Esto es así con independencia de si se quiere leer como regla conceptual o como una regla de conducta.

Fuera de ello, he intentado dar algunas razones para seguir manteniendo que la regla de reconocimiento es una regla social distinta de las reglas de cambio y, con ello, evitar la necesidad de decidir entre las tres opciones propuestas en *Teoría Analítica del Derecho*. También espero con esto hacer algo más difícil el arribo a la conclusión de que «para identificar las normas que componen un cierto sistema jurídico no se requiere apelar más que a las pautas que fijan las normas de producción jurídica (las reglas de cambio, en la terminología de Hart), y un criterio de identificación de la primera norma positiva como norma independiente o no derivada del sistema»<sup>43</sup>.

## Referencias bibliográficas

- Bayón, J.C. (2002). *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro, P., Redondo M. C. (comps.), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 57-92.
- Brandom, R. (1994). *Making it Explicit*, Cambridge, Harvard University Press.

<sup>41</sup> Véase Rodríguez 2021: 485-487.

<sup>42</sup> Rodríguez 2021: 486.

<sup>43</sup> Rodríguez 2021: 781.

- Bratman, M. (2021). *Shared Intention, Organized Institutions*, en Shoemaker, D. (ed.), *Oxford Studies in Agency and responsibility* (vol. 7). Oxford, Oxford University Press, 54-80
- Bulygin, E. (1976). *Sobre la regla de reconocimiento*, reimpresso en Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1991), *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 383-391.
- Bulygin, E. (1991). *Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero*, «Doxa», 9, 311-318.
- Figueroa Rubio, S. (2014). *Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje*, en Id. (ed). *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El Concepto de Derecho*, Santiago, Universidad Diego Portales Ediciones, 217-246.
- Gardner, J. (2012). *Law as a Leap of Faith*. Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1963). *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Kramer, M. (2018). *H.L.A. Hart*, Cambridge, Polity Press.
- Rapetti, P. (2017). *Expresivismo metajurídico, enunciados internos y aceptación plural: una exploración crítica*, «Isonomía», 47, 39-80.
- Ratti, G. B. (2012). *Regla de reconocimiento, cánones interpretativos y realismo jurídico*, en Luque Sánchez, P., Ratti, G.B. (eds), *Acordes y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 315-328.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Vilajosana, J.M. (2016). *¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?*, en Ramírez, L., Vilajosana, J. (eds), *Convencionalismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 119-142.