

Sobre actos y normas

Por JOSEP M. VILAJOSANA
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

En este texto se analizan los conceptos de acto jurídico y norma jurídica usados por Luigi Ferrajoli. Sobre el concepto de acto, vinculado al de causa y efecto jurídicos, el autor sostiene que el intento de Ferrajoli de tomarlos con el sentido que tienen en Derecho civil para aplicarlos a todo acto jurídico supone una generalización injustificada. En relación con el concepto de norma, el autor critica, primero, que la concepción que defiende Ferrajoli de la unidad del ordenamiento jurídico no permite distinguir entre un acto nulo y un acto constituyente, ni entre la inexistencia y la pluralidad de sistemas jurídicos; i, segundo, defiende un concepto de regla de reconocimiento como convención constitutiva, que se adaptaría mejor a la perspectiva pragmática que el propio Ferrajoli mantiene.

Palabras clave: Ferrajoli, acto jurídico, norma jurídica, unidad del orden jurídico, regla de reconocimiento

ABSTRACT

In this text there are analyzed the concepts of legal act and legal norm used by Luigi Ferrajoli. On the concept of act, linked to legal cause and effect, the author holds that Ferrajoli's attempt of taking them with the sense that they have in Civil law to apply them to any legal act supposes an unjustified generalization. In relation with the concept of norm, the author critici-

zes, first, that the conception that defends Ferrajoli of the unit of the legal order allows to distinguish neither between a void act and a constituent act, nor between the nonexistence and the plurality of legal systems; and, second, he defends a concept of rule of recognition as constitutive convention, which one would adapt better to the pragmatic perspective that the own Ferrajoli advocates.

Key words: Ferrajoli, legal act, legal norm, unit of a legal order, rule of recognition

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SOBRE ACTOS. 1. *Los conceptos de causa y eficacia.* 2. *Generalización y normatividad.*—III. SOBRE NORMAS. 1. *Institución y dimensión pragmática.* 2. *El problema de la unidad.* 2.1 Acto constituyente y nulo. 2.2 Inexistencia y pluralidad de sistemas jurídicos. 2.3 Unidad, completitud y coherencia. 3. *Caracterización de la regla de reconocimiento.* 3.1 La dicotomía definición-prescripción. 3.2 ¿Regla de reconocimiento como norma constitucional? 3.3 Una perspectiva pragmática sobre la regla de reconocimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Principia iuris está llamada a ser, si no lo es ya, una obra de referencia tanto en teoría del derecho como en teoría de la democracia¹. Entre los méritos que atesora se encuentra el tratamiento sistemático de las principales cuestiones propias de esas materias, con un rigor analítico difícilmente igualable. Se trata, además, de un texto lleno de conexiones internas. Conexiones que se dan no únicamente entre los elementos que conforman la teoría del derecho, por un lado, y los que integran la teoría de la democracia, por otro, sino entre unos y otros². Esta circunstancia, unida al empleo de un abundante arsenal de conceptos técnicos, por tanto de términos rigurosamente definidos, da como resultado final un entramado rico, proteínico, del que quienquiera que se interese por los problemas de estas disciplinas hallará un hilo del que tirar para hallar respuestas adecuadas y un nutritivo alimento que saciará su apetito de saber teórico.

¹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma, Laterza, 2007. Traducción castellana de P. Andrés, J.C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto y A. Ruiz Miguel: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols., Madrid, Trotta, 2011.

² El primer volumen se ocupa de la teoría del derecho; el segundo, se corresponde con la teoría de la democracia; el tercero recoge la axiomatización de la teoría del derecho. El número total de páginas es superior a dos mil.

Sin embargo, esta misma característica definitoria de la obra que comento se halla en la base de su complejidad. Incluso para un especialista en la materia, no digamos para quien se acerque a ella con ojos profanos, no es fácil seguir el cúmulo de vínculos que se establecen en el interior del armazón conceptual diseñado por el autor. Circunstancia ésta que influye indudablemente en quien pretenda realizar un análisis crítico del mismo, como es mi caso. Por eso, es importante que quede claro desde el comienzo cuáles son los objetivos del presente trabajo.

Por de pronto, descarto confrontar, ni siquiera como esbozo, un modelo teórico alternativo al planteado por Ferrajoli, al menos por dos razones. La primera, porque sería una temeridad por mi parte intentarlo: no está a mi alcance contraponer a una teoría de tal riqueza y elaboración otra que esté a su altura; la segunda, porque se da la feliz ocurrencia (feliz para mí, porque me exime de tener que afrontar, como digo, algo que queda fuera de mis posibilidades) de que comparto buena parte del planteamiento del autor. El objetivo de este trabajo, pues, es mucho más modesto. Voy a exponer una serie de dudas y reflexiones que me ha suscitado la lectura de esta voluminosa obra. Cuando mi exposición incluya críticas, éstas deberán tomarse como internas al modelo; susceptibles incluso de ser aceptadas si el autor lo considerara oportuno, en forma de matizaciones, aclaraciones, complementos a lo sumo, de aquello que se halla en su texto. En definitiva, mi intención es ofrecer algunos elementos de crítica constructiva, esperando que puedan resultar de alguna utilidad para clarificar ciertas cuestiones que me han interesado especialmente.

La complejidad del texto y el carácter modesto de mi aportación, aconsejan delimitar claramente el objeto de examen. Así, en lo que sigue voy a centrarme en el primer volumen de *Principia iuris*, consagrado a la teoría del derecho. Dentro de ese volumen, me referiré a la segunda parte, dedicada al estudio del derecho positivo. En ella, Ferrajoli toma como punto de referencia lo que llama los «cuatro postulados del positivismo jurídico», que aluden, por este orden, a los actos, a las situaciones, a las personas y bienes, y a las normas. Concentraré mi atención en el primer postulado, referido a los actos (correspondiente al capítulo V) y en el último, relativo a las normas (desarrollado en el capítulo VIII), sin que ello sea óbice para hacer las oportunas referencias a otras partes del libro cuando sea pertinente³.

³ Si no se dice expresamente algo distinto, cuando aquí se habla por simplicidad de actos y normas (ya en el título) hay que entender «actos jurídicos» y «normas jurídicas», como lo hace el propio Ferrajoli. Por otro lado, las referencias que haré en este trabajo a *Principia iuris* se limitarán únicamente al primer volumen, que citaré en adelante como *PI* seguido del número correspondiente de las páginas, según la traducción castellana.

I. SOBRE ACTOS

1. Los conceptos de causa y eficacia

El primer postulado del positivismo, según Ferrajoli, rezaría así: «Toda causa es un comportamiento que, si no es constituyente, está previsto por una regla que a su vez tiene una causa y que dispone o predispone su modalidad y aquello de lo cual es causa»⁴. De este postulado se derivan tres tesis. Según la primera, toda causa es un comportamiento. En atención a la segunda tesis, toda causa, salvo la constituyente, está sometida a reglas, que es una forma de enunciar el principio de legalidad. La tercera tesis, por su parte, señala que, dada una causa no constituyente, existe no sólo algo que es su regla y que predispone sus efectos, sino también otra causa de la que dicha regla es efecto⁵.

En este apartado analizaré brevemente el concepto de *causa* usado por Ferrajoli y su relación con el concepto de *eficacia*. Me interesará averiguar especialmente el papel que el autor reserva a tales conceptos en la explicación de la *normatividad* que suele predicarse del derecho.

El concepto de causa empleado por Ferrajoli es, según sus propias palabras, «el término clave de toda la teoría del derecho»⁶ y proviene del usado por los civilistas. Persigue con ello establecer un concepto general, propio de una teoría general del derecho, que al mismo tiempo sea, por decirlo así, genuinamente jurídico. Si una persona quiere realizar un testamento válido en relación con un sistema jurídico y una norma de ese sistema establece las condiciones *a*, *b* y *c* para reconocerle efecto jurídico, entonces la *causa* genuinamente jurídica para llevar a cabo el comportamiento recogido en esas condiciones es la de obtener el *efecto* jurídico que la norma asocia al cumplimiento de las mismas. De este modo, existe una eficacia que es la propia del derecho, definida por Ferrajoli siguiendo la dogmática civilista, como la capacidad de todo acto de producir efectos jurídicos⁷. Mediante este concepto de eficacia, el autor pretende poner de relieve la normatividad propia del derecho a través de una conexión con las razones para la acción, en un sentido que califica de «de mera utilidad»⁸.

Esta categorización y, sobre todo, la conexión que Ferrajoli establece con la normatividad, me plantea algunas dudas que pueden concretarse en dos preguntas: ¿Cuál es el tipo de vínculo que se establece entre causa y efecto? ¿Tiene ese vínculo el estatus idóneo para justificar su enlace con la normatividad del derecho?

⁴ *PI*, 249.

⁵ *PI*, 249-50.

⁶ *PI*, 251.

⁷ *PI*, 266.

⁸ *PI*, 269.

2. Generalización y normatividad

Conviene tener presente que el autor distingue los conceptos de eficacia y de efectividad. La efectividad de una norma es una cuestión puramente contingente, empírica; alude a efectos que pueden darse o no en la realidad. En cambio, la eficacia, tal como es definida por Ferrajoli, se refiere a «efectos (...) que se producen siempre, no por una relación de “deber ser” (...), sino por una relación de “ser”»⁹.

Es oportuno en este punto traer a colación el planteamiento que hacía Hans Kelsen de esta cuestión¹⁰. Como es sabido, según el autor vienés, cabe establecer relaciones entre hechos de dos maneras distintas. Una forma es a través del *principio de causalidad*. Si se hace esto, entonces dos hechos cualesquiera, *a* y *b*, pasan a estar relacionados a través de un nexo causal de tal modo que podemos decir que *a* es la causa del efecto *b*. Las ciencias empíricas serían el ejemplo paradigmático del empleo de esta categoría gnoseológica, y se moverían en el plano del *ser*. La otra forma de vincular dos hechos sería a través del *principio de imputación*. En este caso, la relación que se postula entre *a* y *b* se traslada al terreno del *deber ser*: «Si se da *a* debe darse *b*». Por supuesto, ello no garantiza que en el mundo empírico suceda *b*. Las ciencias normativas, y entre ellas destacadamente la ciencia jurídica, adoptarían esta perspectiva de estudio.

Recordado someramente el planteamiento kelseniano, la cuestión que nos ocupa deviene esta: ¿postula Ferrajoli una especie de tercera vía para conectar hechos, que no sea ni el principio de causalidad ni el principio de imputación? De ser así, ¿la misma justificaría la conexión establecida entre la eficacia y la normatividad propia del derecho?

Que Ferrajoli piensa en una tercera vía lo sugiere el hecho de que descarta explícitamente que la vinculación a la que se refiere entre causa y efecto sea relativa al «deber ser», así como que sea empírica, ya que ésta es la propia de la efectividad. Sin embargo, a renglón seguido sostiene que tal relación es del «ser» y, en ocasiones, habla de una relación «óntica»¹¹. Está claro que cuando aquí se alude a la esfera del ser, no puede tener el mismo sentido que le dio Kelsen, ya que para este autor, como acabamos de ver, este ámbito era equivalente al mundo empírico y Ferrajoli afirma que la vinculación que examinamos pertenece al mundo del ser, pero no tiene nada que ver con el mundo empírico, con lo contingente. Tal vez, una forma de interpretar esta tercera vía sea la de entender que la vinculación postulada es de tipo conceptual. En efecto, parecería que Ferrajoli apunta en esa línea cuando en algún momento sostiene que la eficacia pertenece al tipo de

⁹ *PI*, 268.

¹⁰ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre* (2ª edición). Wien: Frans Deuticke, 1960. Traducción castellana de VERNENGO, R.J., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, por donde cito: pp. 89-105.

¹¹ Lo hace, por ejemplo, cuando habla de las situaciones jurídicas en *PI*, 290.

fenómenos propios de la «constitutividad en sentido lato»¹². Pero, si esto es así, entonces surge algún inconveniente.

Para empezar, ¿cómo es posible que una relación conceptual genere normatividad? Sobre esta cuestión, uno podría sugerir que la razón para la acción que está detrás de este planteamiento es el propio de las *reglas técnicas*. Una vez establecido por un sistema jurídico que para que un testamento produzca efectos jurídicos *deben* darse una serie de condiciones, el hecho de cumplirlas es una condición necesaria para conseguir tales efectos. El «deber», entonces, es un deber *técnico*, que enlaza medios y fines, el cual efectivamente se halla en las normas constitutivas¹³. Pero, si es así, ¿qué sucede con las normas prescriptivas (o «deónticas», en la terminología de Ferrajoli), aquellas que prohíben, obligan o permiten determinados comportamientos? Éstas, por definición, no son normas constitutivas, ni conceptos. No obstante, son aquellas sobre las que normalmente se suele focalizar el problema de la normatividad, lo cual no resulta nada extraño, puesto que el deber que se predica en ellas no es técnico, sino «normativo».

En este sentido, precisamente a Kelsen se le ha criticado, con razón, que redujera el rico universo jurídico a único modelo normativo, que se correspondería con las prescripciones. Con Ferrajoli, nos encontramos de algún modo con el mismo problema, pero invertido. En su camino hacia la elaboración de una teoría del derecho que sea efectivamente *general*, y una vez constatada la falta de un uso compartido por parte de todos los juristas de términos como «causa», elabora la idea, ciertamente original, consistente en generalizar el concepto de causa adecuado al uso que de él hacen los civilistas. Ahora bien, en el terreno ceñido al derecho civil efectivamente predominan las normas constitutivas, por lo que este concepto de causa encaja como un guante. Pero cuando se pretende extenderlo para dar cuenta de todas las normas que componen un ordenamiento jurídico, aparecen las dificultades, como pone de relieve esa forma de conectar la eficacia con la normatividad del derecho.

Además, tampoco parece aplicable esta idea de causa a los principios (normas «téticas», en terminología ferrajoliana). La razón es sencilla: si los principios se caracterizan estructuralmente por no tener condiciones de aplicación, entonces carecen de causa en el sentido empleado por este autor. Así, pues, en la clasificación que hace Ferrajoli de las normas entre hipotéticas y téticas, por un lado, y entre deónticas y constitutivas, por otro (con sus consiguientes combinaciones¹⁴), su concepto de causa funcionaría bien, a lo sumo, en relación

¹² *PI*, 268.

¹³ Sobre las reglas técnicas, véase VON WRIGHT, G. H., *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London, Routledge and Kegan Paul, 1963. Traducción castellana de GARCÍA, P., *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid, Tecnos, 1971.

¹⁴ Véase el cuadro completo en *PI*, 404.

con las normas hipotético-constitutivas, pero es discutible que encaje adecuadamente en el resto. El carácter general del modelo, pues, se conseguiría en este punto a expensas de su plausibilidad.

III. SOBRE NORMAS

1. Institución y dimensión pragmática

En el capítulo VIII de *Principia iuris*, dedicado al análisis de las normas jurídicas, se encuentran algunas aportaciones que merecen ser valoradas de manera muy positiva. Destacaré muy brevemente sólo dos: el concepto de institución y el importante papel reservado al análisis pragmático en la teoría del derecho.

Supone una contribución de primer orden a la teoría del derecho la oportuna distinción que efectúa Ferrajoli entre institución como ordenamiento e institución como sujeto jurídico. Recuérdese las inacabables disputas que ha provocado y sigue provocando el término «institución», por no percatarse de que no cabe hablar *al mismo tiempo* de ambos sentidos, que es tanto como reconocer que en realidad existen dos conceptos de institución. Ferrajoli lo explica con meridiana claridad, cuando subraya que el primero tiene que ver con un ordenamiento normativo y se identifica a través de la regla de reconocimiento, mientras que el segundo alude a un sujeto normativo y es identificado a través de su razón social¹⁵. ¿Qué se muestra con este proceder? Básicamente que carece de sentido contraponer las llamadas teorías normativas a las teorías institucionales del derecho. Cuando las primeras hablan del derecho como ordenamiento, forzosamente dejan de hacerlo del derecho como sujeto normativo; cuando las segundas, por ejemplo, toman al Estado como sujeto jurídico, no lo conciben como ordenamiento jurídico. Son, si se quiere, dos caras de la misma moneda, pero como sucede con las monedas, uno nunca puede mirar ambas caras a la vez.

También merece una mención especial la relevancia que en *Principia iuris* se concede a la dimensión pragmática del derecho y al análisis que se realiza desde este punto de vista¹⁶. Ahora bien, en mi opinión esta es una perspectiva de la cual no se han extraído todas sus consecuencias, como más adelante intentaré mostrar.

Como dije al comienzo, el análisis relativo a las normas presupone desarrollar en diversos frentes el cuarto postulado del positivismo jurídico. Éste reza así: «Aquello de lo que algo es causa, o regla, o bien modalidad o expectativa no constituyente, no es nunca

¹⁵ *PI*, 442.

¹⁶ Véase *PI*, 422-26.

constituyente»¹⁷. De este postulado, Ferrajoli inferirá, entre otras cosas, que todas las normas son positivas, o sea constituidas, y que no existe algo así como una *norma* constituyente, sino sólo un *poder* constituyente. Además, extraerá como corolario de lo anterior la concepción gradual del ordenamiento jurídico. El cuadro se cierra con la idea de la *unidad* del ordenamiento jurídico escalonado a partir de la presencia de una *regla de reconocimiento*, no en vano un ordenamiento es «el conjunto de normas caracterizadas por una norma de reconocimiento»¹⁸. En el análisis de estas últimas cuestiones centraré mi atención a partir de ahora.

A continuación expondré diversas consideraciones críticas que tienen que ver, con el problema de la unidad del derecho y con la caracterización que Ferrajoli hace de la regla de reconocimiento.

2. El problema de la unidad

Según Ferrajoli, la unidad de un sistema jurídico está condicionada por el hecho de que los actos, las situaciones y las normas de la red que lo conforman tienen todos en común el mismo acto o situación constituyente. Para este autor, dado un acto o situación no constituyente, uno puede hallar siempre, siguiendo la secuencia ascendente en la gradación, al menos un acto y una situación de grado superior. En este camino ascendente, sin embargo, nos podemos hallar con roturas de la red, que son las que pondrían en peligro la unidad del sistema, salvo cuando llegamos al final del camino que es el poder constituyente.

El cuadro que dibuja el autor florentino es muy parecido al diseñado por Kelsen, de quien la teoría del derecho defendida en *Principia iuris* es claramente deudora, pero tiene en este punto una diferencia significativa. Para Ferrajoli, a diferencia de lo que sucedía con el Kelsen de *Teoría pura del derecho*, el sistema jurídico no se fundamenta en una *Grundnorm*, o norma presupuesta, sino en un acto o situación constituyente; en definitiva, como ya dije antes, se fundamenta en el poder constituyente, que en ningún caso es una norma.

En lo que sigue, mencionaré tres cuestiones que me parecen problemáticas respecto de la forma en que Ferrajoli ha reconstruido la unidad de los sistemas jurídicos.

2.1 ACTO CONSTITUYENTE Y ACTO NULO

Si combinamos la definición que del acto constituyente nos da Ferrajoli con su forma de plantear el desafío que supone para la uni-

¹⁷ *PI*, 174.

¹⁸ *PI*, 432. Ferrajoli prefiere hablar de «norma» (en vez de «regla») de reconocimiento, pero aquí emplearé el vocablo de uso más extendido y que mejor se ajusta al concepto acuñado por Hart. No obstante, cuando cite literalmente su texto mantendré obviamente su terminología.

dad de un sistema no hallar un nodo de la red cuando ascendemos por la misma, surge una duda: ¿cómo distinguir un acto constituyente de un acto nulo?

Conviene recordar, al respecto, que los actos nulos en determinadas circunstancias pueden producir efectos jurídicos (por ejemplo, porque no se han impugnado). Si esto es así, cuando emprendiéramos el camino ascendente partiendo de esos efectos jurídicos, llegaríamos a un acto (el acto nulo) que precisamente es tal por haberse realizado sin la cobertura jurídica de una norma superior. Dicho de otro modo, en él se pondría fin a ese camino ascendente dentro del sistema. Pero, según la definición de poder constituyente dada por Ferrajoli, éste se caracterizaría precisamente por ser el punto donde termina el camino ascendente de autorizaciones que conforman la red del sistema. Así, no habría forma de distinguir los actos nulos del acto constituyente, o bien habría que decir que cada acto nulo da lugar a otros tantos sistemas jurídicos, lo cual no parece demasiado razonable¹⁹.

2.2 INEXISTENCIA Y PLURALIDAD DE SISTEMAS JURÍDICOS

Ferrajoli se muestra muy atento a los cambios que la globalización ha generado en el mundo jurídico. La teoría del derecho debería ser capaz de asumir su impacto y dar cuenta de ellos. En concreto, por lo que respecta al problema de la unidad, la globalización la pondría en peligro en dos supuestos:

a) Cuando ascendemos por la malla del sistema jurídico y hallamos dos poderes constituyentes alternativos, sin que puedan ser reconducidos a la unidad. Este es un caso que podría ejemplificarse con la Unión Europea²⁰.

b) Por otro lado, con la presencia de lo que Ferrajoli califica de «selva de poderes transnacionales, públicos y particularmente privados, que en la actual edad de la globalización desempeñan realmente un papel de gobierno sin estar sometidos a normas jurídicas, ni estatales ni internacionales»²¹.

Estoy de acuerdo que estos supuestos se dan y que son de gran relevancia política. Ahora bien, creo que a) y b) recogen fenómenos muy distintos desde el punto de vista de su afectación a la unidad de los sistemas jurídicos. Puede argumentarse que únicamente lo dicho en a) pone en peligro la unidad, según la propia definición de Ferrajoli. En efecto, este es un caso de pluralidad de ordenamientos *jurídicos* que pugnan entre sí y que no queda claro que puedan ser reconducidos

¹⁹ Un problema parecido es al que Hans Kelsen da la desafortunada solución de la cláusula alternativa tácita. Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, cit., p. 279.

²⁰ *PI*, 420.

²¹ *PI*, 421.

a la unidad. Sin embargo, el fenómeno descrito en b), tan real como el anterior, más que afectar a la unidad de un sistema jurídico tiene que ver con la pretensión que solemos adjudicar al Estado de ejercer el monopolio de la regulación normativa dentro de una comunidad. Nos puede molestar, por las razones que sea, que ciertos comportamientos queden excluidos de la regulación estatal, es decir, que no formen parte del contenido de ninguna norma jurídica perteneciente a un determinado sistema jurídico. Pero, precisamente debido a esa última circunstancia, no tiene sentido en este caso, aplicando la propia definición de Ferrajoli, hablar de una ruptura en el camino ascendente de los nodos que conforman la red de un sistema jurídico; sencillamente, son actos no jurídicos (en el sentido de no regulados por *ningún* ordenamiento jurídico), puesto que no están en la red. Dicho en terminología ferrajoliana, no son ni causas ni efectos jurídicos.

2.3 UNIDAD, COMPLETITUD Y COHERENCIA

Una tercera cuestión problemática relativa a la unidad surge cuando Ferrajoli equipara los rasgos de unidad, completitud y coherencia de los sistemas jurídicos, tratándolos como si fueran «principios normativos» y no meras descripciones de lo acaecido en los sistemas jurídicos realmente existentes. Dice de ellos nuestro autor que «no son características sino requisitos de los sistemas jurídicos. No describen su “ser” sino que enuncian su “deber ser”»²². Podríamos decir, pues, que las tres características mencionadas no lo serían necesariamente de los sistemas jurídicos vigentes, ya que el hecho de que éstos sean unitarios, no tengan lagunas o carezcan de contradicciones es una cuestión puramente contingente. Por tanto, que un sistema jurídico consiga ser unitario, completo y coherente sería una especie de ideal regulativo: no está garantizado que llegue a serlo, aunque seguramente sea deseable que lo sea desde una perspectiva racional.

Lo cierto es, sin embargo, que no es equiparable el estatus de la unidad con el de la completitud y la coherencia. En efecto, es plausible considerar que estos dos últimos rasgos son contingentes, puesto que los sistemas jurídicos vigentes dan muestras sobradas de tener un nutrido grupo de ejemplos de lagunas y de antinomias. Ahora bien, no ocurre lo mismo con la unidad. No es concebible un sistema jurídico no unitario, sencillamente por razones conceptuales. El concepto de sistema jurídico implica el de unidad y eso sin salirnos de las propias definiciones propuestas por Ferrajoli. Se puede, en definitiva, hablar con sentido de *un* sistema jurídico incompleto, también de *un* sistema jurídico con contradicciones, pero no de *un* sistema jurídico carente de unidad. Por lo tanto, la unidad no es un rasgo contingente de los sistemas jurídicos como lo son la completitud y la coherencia, sino uno de sus rasgos definitorios.

²² *PI*, 421.

3. Caracterización de la regla de reconocimiento

Ferrajoli entiende que su concepto de regla de reconocimiento le permite dar cuenta tanto de modelos de ordenamientos nomo-estáticos (cuyo ejemplo típico es la moral crítica), como de los nomo-dinámicos (cuyo ejemplo típico es el derecho positivo). Esta sería, según el propio autor, una ventaja de su modelo respecto al diseñado por Kelsen, a través de la *Grundnorm*, ya que ésta estaría pensada únicamente para los ordenamientos nomo-dinámicos²³. Así, según Ferrajoli, sería estático aquel ordenamiento cuya regla de reconocimiento sea una *norma institutiva*, es decir, una definición, necesariamente sustantiva, de «norma jurídica». En cambio, sería dinámico el ordenamiento cuya regla de reconocimiento sea una *norma deóntica*, formal o procedimental, que identifique las fuentes de las normas jurídicas que pertenecen a ese ordenamiento²⁴.

Dentro del último tipo de ordenamientos hallaríamos a los propios de los estados constitucionales de derecho, cuyas reglas de reconocimiento serían «meta-normas de nivel constitucional»²⁵, a las que quedan subordinadas el resto de normas. Puesto que están en la constitución, habrá que entender que estas reglas se han originado en un *acto constituyente*²⁶.

Vista someramente la caracterización que de la regla de reconocimiento hace Ferrajoli, es el momento de analizar algunos problemas que en mi opinión puede plantear.

²³ *PI*, 434.

²⁴ *PI*, 432-3.

²⁵ *PI*, 433.

²⁶ Hay que tener en cuenta que cuando, en el capítulo VI dedicado al estudio de las *situaciones* jurídicas, Ferrajoli habla de situaciones constituyentes sigue aludiendo a un *acto* (*PI*, 311-3). También se refiere a veces a reglas de reconocimiento (en plural), mientras que en otras emplea el singular. Puesto que la presencia de una regla de reconocimiento es lo que permite identificar la existencia de una institución, entonces habrá tantas instituciones como reglas de reconocimiento haya dentro del mismo sistema jurídico. Esto está bien visto y justifica el uso del plural. Ahora bien, cuando a la regla de reconocimiento se le hace jugar el papel de indicador de la *unidad* del sistema, debe existir algún criterio que permita deslindar de entre todas las reglas de reconocimiento cuál es la que confiere unidad al conjunto. En este caso, sólo se justificaría el singular. Este es un aspecto que se aborda explícitamente en *Principia iuris* (*PI*, 435), pero no me queda demasiado clara la pertinencia de su solución, que consiste básicamente en apostararlo todo a la cadena de subordinación y en entender que hallaremos al final una única regla que regula sin estar regulada (pero: ¿en qué sentido, entonces, son reglas de reconocimiento las otras, si están subordinadas a ésta?). Me da la impresión de que es un recurso que se sigue moviendo en un terreno excesivamente formal, cuando aquí habría que dar entrada a criterios «materiales» o «políticos» que permitieran la distinción a la que aludo. Sin embargo, entrar ahora a fondo en esta cuestión nos llevaría más allá del objetivo de estas páginas. Remito por ello a VILAJOSANA, J. M., «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27, 1996, pp. 45-64. Para un tratamiento más pormenorizado, cfr. VILAJOSANA, J. M., *El significado político del derecho*, México, Fontamara, 1997.

3.1 LA DICOTOMÍA DEFINICIÓN-PRESCRIPCIÓN

Es de sobras conocido el debate acerca de si la regla de reconocimiento hay que entenderla como una definición o como una prescripción²⁷. En algún sentido, Ferrajoli esquivo la polémica al asignar una regla de reconocimiento de distinto tipo a cada una de las clases de sistema normativo que hemos visto. La regla de reconocimiento de un sistema estático sería una definición, mientras que la de un sistema dinámico sería una prescripción.

En mi opinión, existe una tercera manera de imaginar la regla de reconocimiento que confiere unidad a un sistema jurídico y es la más plausible. Se trata de concebirla como una regla constitutiva de un tipo especial, dado que emerge de una práctica unitaria de identificación de las normas de un sistema por parte de quienes se dedican profesionalmente a esa identificación y, en especial, por parte de los jueces. Obedece a la fórmula acuñada por Searle: «*X* vale como *Y* en el contexto *C*»²⁸. Podría, entonces, decir de manera simplificada «Lo dispuesto a partir de tales fuentes (y éstas serían las efectivamente usadas por los juristas de la sociedad de que se trate a la hora de identificar *su* derecho) vale como derecho en esta sociedad». Es importante destacar que, aunque esta fórmula pueda ser equiparada a una definición (*Y* sería el significado del término *X* en un contexto lingüístico determinado *C*), en realidad hay una diferencia relevante entre una regla de reconocimiento con una dimensión constitutiva y una definición: mientras una definición es estipulativa, la regla de reconocimiento no lo es. Ésta última es una regla *social*, que emerge de una práctica unitaria de identificación, la cual no puede ser otra cosa que una acción colectiva, en la que el uso de unos mismos criterios no es decidido por nadie en particular de forma discrecional, sino que surge de un entramado de acciones, creencias y actitudes relacionadas de los miembros del colectivo, del modo que expondré más adelante.

3.2 ¿REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO NORMA CONSTITUCIONAL?

Antes hemos visto que Ferrajoli entiende que la regla de reconocimiento de un estado constitucional de derecho es una meta-norma de

²⁷ Véase, al respecto, el debate llevado a cabo en la revista *Doxa*. Cfr. BULYGIN, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, 9, 1991, pp. 257-279; RUIZ MANERO, J., «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales; Respuesta a Eugenio Bulygin», *Doxa*, 9, 1991, pp. 281-293; CARACCILO, R., «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», *Doxa*, 9, 1991, pp. 295-309; BULYGIN, E., «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 9, 1991, pp. 311-318.

²⁸ Cfr. SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, New York, Simon & Schuster, 1995. Traducción castellana de DOMENECH, A., *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997, por la que cito: p. 58.

rango constitucional. Si esto fuera así, puesto que la constitución es fruto de un acto constituyente, entonces la regla de reconocimiento también habría sido creada a través de ese acto. En mi opinión, sin embargo, hay buenas razones para entender que ni la regla de reconocimiento es una norma constitucional ni es creada por un acto constituyente.

En este punto puede confundir el hecho generalizado de que en las constituciones escritas se establezca la lista ordenada de fuentes de un ordenamiento²⁹. Después de todo, si el contenido de la regla de reconocimiento no es más que esa lista, entonces ¿qué problema puede haber en equipararla a una norma constitucional? Para entender dónde estriba el inconveniente, es útil realizar el siguiente experimento mental. Imaginemos que en una determinada sociedad algunos de los criterios que se establecen en su constitución como identificadores de las normas del sistema no son los efectivamente seguidos por quienes se dedican profesionalmente a la identificación del derecho.

La pregunta, entonces, es: ¿cuáles son en esa sociedad los criterios que forman la regla de reconocimiento? Desde mi punto de vista, resulta claro que son los que efectivamente usan los juristas, aunque no coincidan con los formalmente establecidos en la constitución. Por eso tiene sentido entender la regla de reconocimiento como una regla social, tal como hace Hart. Y por eso carece de él decir que una regla de reconocimiento no es efectivamente seguida. Y eso es lo que dice precisamente en algún lugar el propio Ferrajoli: «una norma de reconocimiento es siempre efectiva o no es tal norma: comporta siempre la existencia del ordenamiento formado por el conjunto de normas reconocidas como pertenecientes a él»³⁰. Esta afirmación, que suscribo plenamente, encaja mal con la concepción excesivamente formal de la regla de reconocimiento, según la cual ésta es una meta-norma de rango constitucional. En cambio, engazaría perfectamente en mi propuesta de una regla de reconocimiento entendida como una regla social (una convención) con una dimensión constitutiva. En este punto parece mejor un enfoque orientado más hacia el ámbito de la adjudicación del derecho que otro que se fije exclusivamente, o de una manera preponderante, en el *origen* de las normas, como es el caso de Ferrajoli. No es casual su insistencia en el *acto constituyente*, cuando en realidad no me parece que pueda hablarse de un acto constituyente respecto de la regla de reconocimiento. Su planteamiento en este punto se queda corto a la hora de extraer todas las potencialidades de

²⁹ Este planteamiento, de entrada, deja fuera las constituciones consuetudinarias, lo cual ya debería hacernos sospechar que no va por el camino adecuado. Pero es que, además, hay ordenamientos jurídicos escritos en los que su sistema de fuentes se recoge en otra parte. El ordenamiento español, sin ir más lejos, lo hace en el preámbulo del Código Civil.

³⁰ *PI*, 433.

una visión pragmática del derecho, como veremos más detalladamente en el próximo y último apartado de este trabajo.

3.3 UNA PERSPECTIVA PRAGMÁTICA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Por todo lo dicho hasta este momento, queda claro que la concepción que Ferrajoli tiene de la regla de reconocimiento me parece algo rígida, poco flexible, que le quita dosis de realismo a una teoría que la tiene en muchos otros aspectos. Ya hemos visto cómo este autor sostiene que la regla de reconocimiento tiene que ser efectiva. Podríamos añadir ahora lo que afirma al hablar de los derechos fundamentales: «si los derechos fundamentales no fueran socialmente compartidos sería como si no existiesen»³¹. Afirmaciones rotundas de este tipo, luego se ven mitigadas por una construcción que tal vez peque de ser excesivamente formal. Pero volvamos a la regla de reconocimiento. ¿Cómo podríamos añadir esa dosis de realismo que demando?

En diversos trabajos he defendido una concepción convencionalista del derecho precisamente basada en el carácter convencional de la regla de reconocimiento que todo sistema jurídico tiene. Así, podría decirse que un enunciado del tipo «En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*» cabe entenderlo de este modo:

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, que es tanto como decir que las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.³²

Respecto a la primera condición, el papel de los jueces es indiscutible en las tareas de identificación, pero parece, de todos modos, que puede afirmarse que los sujetos relevantes en estos casos serían todos aquellos que profesionalmente necesitan identificar el derecho de una determinada sociedad (por tanto, no sólo jueces y demás autoridades, sino también abogados). En efecto, es difícilmente concebible el funcionamiento de una sociedad en la que hubiera una discrepancia generalizada entre el sector oficial y el «privado» a la hora de usar criterios de identificación del derecho.

³¹ *PI*, 425.

³² Sobre el concepto de conocimiento común, véase LEWIS, D., *Convention. A philosophical Study*. Oxford, Basil Blackwell, 1969, pp. 52 y ss; GILBERT, M., «Game Theory and Convention», *Synthese*, 46, 1981, p. 87.

La segunda cláusula se refiere simplemente al hecho de que la conducta reiterada a la que se alude en la primera es conocida por la mayoría de los juristas (con lo que se excluiría, por ejemplo, que se diera una concordancia en la identificación por pura coincidencia).

La tercera condición alude a la presencia necesaria de una razón convencional, que es la de actuar, como mínimo, porque los demás actúan de la misma manera. Creo que este es un rasgo relevante para dotar de sentido a la especificidad del derecho positivo³³. Ilustra en qué consiste actuar por una razón convencional. Allí donde exista la convención de realizar una determinada conducta, en este caso usar unos mismos criterios para identificar las normas pertenecientes a un mismo sistema jurídico, hay una buena razón para seguirla: que los demás lo hacen. Actuar por *convención*, entonces, se opone a actuar por *convicción*, que sería lo propio de las razones morales: actuamos por convicción cuando realizaríamos la conducta a pesar de que los demás no lo hicieran³⁴.

En cuanto a la última condición, pone de relieve la importancia que tienen en este punto la generación de expectativas recíprocas entre los participantes en la práctica de identificación, puesto que estamos frente a una *acción colectiva*³⁵. Se trata de una forma de poner en relación estados mentales, a través del contenido de las creencias de cada individuo, sin necesidad de presuponer algo así como una especie de conciencia o mente colectiva.

Si se entiende la regla de reconocimiento de esta manera se ofrece un modelo más flexible y adaptable que el brindado por Ferrajoli. Es, en mi opinión, una forma más realista de entender lo que sucede en la práctica jurídica. Una regla de reconocimiento, más que ser directamente fruto de una decisión concreta (de un *acto* constituyente), es una regla social³⁶, que consiste en una práctica convergente de identi-

³³ Las ventajas e implicaciones de adoptar esta posición convencionalista que defiendo las he desarrollado en diversos trabajos. La primera vez y de forma embrionaria en VILAJOSANA, J.M., «Hechos sociales y Derecho», en DICIOTTI, E.; VELLUZZI, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 41-63. En otro lugar, y con la intención de ubicar estas cuestiones en el problema más amplio de la identificación del derecho, en VILAJOSANA, J. M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2007, cap. I. La última ocasión, y de un modo más completo, en VILAJOSANA, J.M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

³⁴ Para la diferencia entre actuar por convención y hacerlo por convicción véase NARVÁEZ, M. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, 2004, Marcial Pons, p. 280.

³⁵ Para un análisis crítico de algunas concepciones de la aplicación del derecho como actividad colectiva, véase VILAJOSANA, J.M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, cit., cap. V.

³⁶ Como muy bien vio Hart. Cfr. HART, H. L.A., *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. Traducción castellana de CARRIO, G.R.: *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, por donde cito: pp. 69-72. Conviene recordar, sin embargo, que este autor, en un primer momento, sostuvo su llamada «teoría práctica de las reglas» como una teoría *general* para dar cuenta de *todas* las

ficación de cuáles son las normas jurídicas que forman parte de un mismo sistema jurídico (sus fuentes, si se prefiere). Este planteamiento permite dar cuenta de varias cuestiones relevantes.

En primer lugar, es un diseño que brinda una explicación plausible de los cambios de la regla de reconocimiento que se dan con el paso del tiempo. Éstos no son necesariamente fruto de *un acto constituyente* del modo como está configurado por Ferrajoli.

En segundo lugar, es un esquema que ayuda a comprender adecuadamente las discrepancias que puedan darse eventualmente entre lo dispuesto en el texto de una Constitución donde se recojan las fuentes del derecho (ésta sí, podemos acordar por hipótesis, creada a través de un acto constituyente) y lo que sucede de hecho en la práctica de identificación de los juristas, emblemáticamente la de los jueces que tienen que identificar las fuentes para después «aplicar» el derecho. Si existe esta discrepancia (es decir, si en la Constitución se dice que los criterios que supuestamente forman la regla de reconocimiento son *C1* y *C2*, por este orden, y resulta que se da una práctica unitaria de identificación entre los juristas según la cual son *C3* y *C4*, o *C2* y *C1*), la dosis de realismo de la que hablo exige que tomemos como contenido de la regla de reconocimiento los criterios usados en esa práctica.

Por último, permite comprender la dimensión constitutiva que tiene esa práctica de identificación. El problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerarla como una regla regulativa (o «prescriptiva» o «deóntica»). A esta visión dio pie, desde luego, el propio Hart, al considerar que la regla de reconocimiento, a pesar de ser una regla secundaria, impone obligaciones. Sin embargo, creo que es más fructífero pensar que la regla de reconocimiento es una convención con una dimensión constitutiva³⁷. Así, del mismo modo que lo que vale como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, según el emblemático ejemplo dado por Searle³⁸, lo que vale como derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas. Es por ello que carece de sentido predicar que en una determinada sociedad existe un

reglas sociales. En cambio, en el Postscript al citado libro, y después de las críticas recibidas por Raz y Dworkin, circunscribe el alcance de esta teoría a una subclase de reglas sociales, a las que llamará «convenciones sociales», entre las que se encontraría la regla de reconocimiento (HART, H. L. A., *Postscript to The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 256).

³⁷ Véase, en un sentido algo diverso de convención constitutiva del que definiendo, MARMOR, A. «On Convention», *Synthese*, 107, 1996, pp. 349-371. Sobre las diferencias entre la dimensión constitutiva que postulo y el esquema de Marmor, puede verse VILAJOSANA, J. M. «Hechos sociales y Derecho», *cit.*, especialmente nota 45.

³⁸ SEARLE, J., *La construcción de la realidad social*, *cit.* Capítulo II. Me he servido de esta analogía con la existencia del dinero en otros trabajos. Véase, por todos, VILAJOSANA, J. M. «La construcción social de la realidad jurídica», *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, 4, 2010, pp. 1-45.

error generalizado entre los juristas a la hora de identificar su sistema jurídico. Si no hay una práctica unitaria de identificación, entonces no existe *un* sistema jurídico en ella (podrían darse varios sistemas jurídicos en pugna, fenómeno que afectaría a la unidad del sistema jurídico, como vimos). Si, en cambio, lo que sucede es que los juristas en general usan otros criterios de identificación en relación con los que empleaban en un período anterior, entonces podrá decirse que ha cambiado la regla de reconocimiento de esa sociedad. Por eso, la existencia de una regla de reconocimiento es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad³⁹.

Estas circunstancias se explican por la dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento. Si se procede de este modo, queda más claro dónde reside el factor de autonomía del derecho como fenómeno social y su normatividad. Ambas circunstancias tienen que ver con el carácter convencional de las prácticas jurídicas de identificación. Cada juez puede utilizar los criterios de identificación de que se trate por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero la mayoría debe coincidir en utilizar éstos y no otros, *porque los demás lo hacen*. Este punto es importante. Claro es que cada regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas de la sociedad de la que se trate. En determinadas sociedades, los juristas pueden tomar los precedentes judiciales como generadores de derecho, mientras que en otros lugares puede que ello no ocurra; habrá sociedades en que no se tendrán en cuenta las normas consuetudinarias, mientras que en otras incluso la Constitución se considerará que es una norma de este tipo, etc. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones por sí solas proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. La respuesta, si se comprende lo que se ha dicho hasta ahora, debe ser negativa.

Un buen modo de poner fin a este trabajo puede consistir en aludir a un punto en que lo que he dicho podría encajar en el esquema diseñado por Ferrajoli sin demasiado esfuerzo, razón por la cual empecé diciendo que mi crítica es interna. El autor florentino afirma que un ordenamiento jurídico no es más que «un mundo de significados» (por lo que hace a las normas) y «un mundo de signos» (por lo que se refiere a los actos). La regla de reconocimiento de un sistema jurídico,

³⁹ Otra condición necesaria es que las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento sean efectivamente cumplidas mayoritariamente por sus destinatarios. Para el análisis de esta condición, remito a VILAJOSANA, J. M., «Eficacia normativa y existencia del derecho», *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 8, 2010, pp. 103-118. Hay que advertir que cualquier autor o autora positivista defenderá que estas dos condiciones son necesarias y conjuntamente suficientes, pero alguien que sea no positivista tampoco podrá obviarlas. Tiene que considerarlas condiciones necesarias, ya que lo son de la existencia del derecho *positivo*, aunque a renglón seguido añada alguna condición adicional.

entonces, sería la regla «sobre la formación de los signos pertenecientes a él y sobre la producción de los significados expresables por éstos en el lenguaje jurídico»⁴⁰. Tal vez podría entenderse que la práctica social que está en la base de la existencia de una regla de reconocimiento, y cuyo bosquejo he diseñado, es una forma más elaborada de dar cuenta de esa formación de signos, una manera de llevar hasta el final, o al menos más lejos, la perspectiva pragmática que el propio Ferrajoli ha enfatizado con indudable acierto en este magnífica obra que es *Principia iuris*.

Fecha de recepción: 30/06/2012. Fecha de aceptación: 8/11/2012

⁴⁰ *PI*, 433.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

