



Respuesta a Alberto Carrio

El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas

**Josep Maria Vilajosana,
(2010) Marcial Pons, Madrid, 210 pp.**

Josep Maria Vilajosana

Universidad Pompeu Fabra

josep.vilajosana@upf.edu

Confieso que mis expectativas respecto al posible impacto académico que pudieran llegar a tener las ideas contenidas en mi libro *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas* son más bien limitadas. Eso me ocurre no sólo con ese texto sino con todo lo que he publicado hasta ahora. Uno intenta hacer su trabajo lo mejor posible y eso es todo. Lo demás, escapa al propio control, de ahí que no tenga demasiado sentido preocuparse por ello.

Sucede, sin embargo, que con esta obra se da alguna ocurrencia adicional, que en cierto sentido la aleja del resto de lo que he escrito y que justifica más que nunca el bajo nivel de mis anhelos. Siempre he procurado, tanto en mi actividad investigadora como en la docente, resultar asequible. De ahí mi empeño por intentar simplificar al máximo el discurso, aún a riesgo de que pueda ser tildado de un autor sencillo o tal vez incluso banal. En este libro, en cambio, soy consciente de no haberle ahorrado complejidades al lector. Circunstancia ésta que, unida a otras que no vienen al caso, me hacía temer que ni siquiera llegara a tener lectores y que si, por azar del destino, algún espíritu inquieto se acercaba a él, lo abandonaría de inmediato por considerarlo impenetrable o, al menos, nebuloso.

De ahí la agradable sorpresa que me ha producido que alguien como Alberto Carrio no sólo se haya tomado la molestia de leer el libro, sino que demuestre haber comprendido su engranaje hasta el punto de someterlo a crítica, una crítica constructiva aunque, me temo, excesivamente benevolente, como corresponde a su bonhomía. Le agradezco, pues, sus observaciones, siempre atinadas, porque me han permitido reflexionar nuevamente sobre algunos de los puntos tratados en el texto y porque posibilitarán que ahora pueda clarificar algo mejor mi posición.

Creo detectar en el escrito de Carrio cuatro críticas principales. Tienen que ver, ordenadas de menor a mayor relevancia, con el supuesto ontológico de sistema jurídico del que se habla en el libro, con la distinción que efectuó entre hechos sociales y hechos convencionales, con la crítica que realicé del principio de origen y,

por último, con el carácter convencional y arbitrario que atribuyo a la regla de reconocimiento. A continuación diré algo acerca de cada uno de estos extremos.

1. El supuesto ontológico de sistema jurídico

Carrio sostiene que no queda claro en mi libro a qué supuesto (epistemológico u ontológico) de sistema jurídico me adhiero. Esta primera cuestión es realmente muy menor, pero conviene aclararla.

Ricardo Caracciolo (1977: 42-45) expuso hace tiempo dos maneras de entender la sistematicidad del derecho, que daban lugar a sendas nociones de sistema jurídico. Por un lado, cualquiera que sea el criterio sistemático que se admita o se proponga, el “sistema” puede ser pensado como el resultado de la actividad racional de los dogmáticos del derecho. Así, una de las principales tareas de éstos será la de presentar en forma sistemática las disposiciones que componen el derecho positivo en cuestión. Puede llamarse “supuesto epistemológico” a la noción de sistema jurídico si se sostiene que solamente a través de su sistematización previa, el material jurídico puede ser comprendido por el estudioso.

La otra manera de considerar el sistema jurídico puede ser denominada “supuesto ontológico”. Se trata aquí de pensar el sistema como un producto de la actividad, no ya (o no exclusivamente) del jurista sino del propio legislador, al que se le supone a estos efectos actuando racional y sistemáticamente. Por consiguiente, la función del jurista sería exponer el sistema jurídico formulado de antemano, analizar un dato previo a su investigación.

Esta distinción está usada en mi libro con un objetivo muy preciso. En él digo que no es fácil descubrir a cuál de estos dos supuestos se adhieren los teóricos del “sistema jurídico”. Sin embargo, la diferencia es cardinal, si se tiene en cuenta que ciertas afirmaciones bastante corrientes en el ámbito jurídico implican la admisión del supuesto ontológico. Una de ellas es la que establece que el sistema jurídico posee una existencia propia. Tal aserto carecería de sentido si se tratara de una elaboración conceptual de la ciencia jurídica. En estos casos, “sistema jurídico” se utiliza como equivalente a “derecho”, pero es habitual que el criterio a tenor del cual se afirma la existencia de ese sistema o derecho no coincida con el criterio que permite afirmar el carácter sistemático del conjunto de normas. La conclusión, entonces, parece ser que el derecho constituye un sistema por razones distintas a aquellas que fundamentan la aserción acerca de la existencia de un derecho determinado.

Si esto es así y ambas razones son diferentes, como digo en el libro (siguiendo a Caracciolo), nada obsta para que dada la afirmación fáctica acerca de la existencia de un derecho determinado, no se siga que el mismo constituye un “sistema”. La manera de salvar esa identificación consiste a menudo en postular ciertas relaciones necesarias entre los criterios sistemáticos y de existencia, lo que suele acarrear problemas teóricos. Pero, dicho lo cual, simplemente me limito a afirmar que, a pesar de los problemas que conlleva esta posición, puesto que está asumida por muchos autores, me referiré a lo largo del libro a la existencia de los sistemas jurídicos basándome en el supuesto ontológico. Y añado que, para mí, esto se concreta básicamente en lo que los juristas denominan órdenes jurídicos “vigentes” y que podríamos equiparar sin mayores problemas al derecho positivo. Por tanto, estas precisiones sirven al único fin de enmarcar la investigación en el ámbito del derecho positivo y de su posible ontología, sin pretender con ello entrar a disputar acerca de si los distintos derechos positivos, propios de las distintas



sociedades que en el mundo han sido, gozan de carácter sistemático o no, o son sistemas por las mismas razones o por otras distintas¹.

2. Hechos sociales y hechos convencionales

Carrijo manifiesta la duda que le plantea mi distinción entre hechos sociales y hechos convencionales. Tal como está formulada –dice– no queda claro si “la realidad social se refiere únicamente a una subclase de hechos sociales, los convencionales, y más concretamente aun a los hechos institucionales, ya que a éstos y no a otros se refieren las reglas constitutivas; o si por el contrario la realidad social está compuesta además de por hechos convencionales por otros hechos sociales que no participan del rasgo de convencionalidad”. Creo que en este punto no le falta razón. La distinción entre hechos sociales, convencionales e institucionales no la formulé con la suficiente claridad. Intentaré remediarlo ahora.

Lo primero que hay que decir, aunque no sirva como descargo, es que mi objetivo era mostrar en qué consistían los hechos convencionales, puesto que entiendo que son hechos de este tipo los que se dan cuando se predica la existencia de una regla de reconocimiento en una determinada sociedad. Por eso, no profundicé demasiado en su posible distinción con los hechos sociales y, aun menos, con los institucionales². Lo único que afirmé es que los hechos convencionales son una subclase de hechos sociales. Por tanto, la primera duda que registra Carrijo se puede disipar diciendo que la realidad social está formada por hechos sociales (al margen de que éstos puedan ser ulteriormente divididos en hechos convencionales y hechos no convencionales). Ahora bien, ¿cuál es el rasgo que permite realizar esta última distinción? Vayamos por partes.

Entiendo por “hecho” lo que hace verdadera una proposición. La proposición expresada por el enunciado “El F. C. Barcelona ha ganado la Copa del Rey de fútbol de 2012” es verdadera si y sólo si se da el hecho de que efectivamente el club catalán haya vencido este año en esa competición. Ahora bien, los hechos pueden ser naturales o sociales. Los naturales son aquellos cuya existencia es independiente de cualquier estado intencional (estados mentales de las personas cuyo contenido sean creencias, actitudes, etc.); los sociales, por el contrario, son aquellos cuya existencia es dependiente de estados intencionales.

Esta distinción me parece clara y útil. John Searle, de quien la tomo, añade posteriormente la subdivisión entre hechos sociales e institucionales³. El deslinde entre ellos pasaría efectivamente, como apunta Carrijo, por la presencia de reglas constitutivas de la forma “X vale como Y en el contexto C”. La realidad institucional es, pues, una realidad social en la que se dan reglas constitutivas. De hecho, de la manera que lo entiende Searle, la presencia de hechos institucionales es lo verdaderamente característico de los humanos, ya que entre algunas especies animales se darían hechos sociales, pero no institucionales. La clave de la distinción

¹ De hecho, hace años asumí que no tenía mucho sentido dar por descontada la sistematicidad del derecho como producto acabado, razón por la cual era más conveniente adoptar el supuesto epistemológico de sistema jurídico. Véase, por todos, Vilajosana (1997).

² Me parece obvio que la existencia del derecho positivo constituye un claro ejemplo de existencia de hechos institucionales y, por ende, un caso paradigmático en el que las reglas constitutivas juegan un papel principal, del modo planteado por Searle. Después diré algo al respecto, al hablar de la dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento, pero para un análisis más profundo debo remitir a Vilajosana (2010a).

³ Véase el cap. II en Searle (1995).



pasa por entender la asignación de función a objetos. Ciertas especies animales pueden asignar colectivamente funciones a objetos, pero sólo aquellas que esos mismos objetos puedan cumplir debido a sus propios rasgos físicos. Únicamente los seres humanos, diría este autor, somos capaces de asignar colectivamente funciones de estatus a los objetos, es decir, funciones que los objetos no realizarían por sus simples propiedades físicas, como es el caso del dinero. Si un pedazo de papel funciona como depositario de valor e instrumento de intercambio es porque entre una colectividad determinada de personas se han generado las reglas constitutivas pertinentes.

Hasta aquí Searle. En mi caso, después de asumir su distinción entre hechos naturales y sociales, añado la categoría de hechos convencionales que no se halla en sus escritos. Simplemente lo hago porque, como dije, mi objetivo era concentrar la atención en el rasgo convencional de determinados hechos, dicho brevemente, en la existencia de las convenciones, que exige el cumplimiento de estas condiciones⁴:

1. La mayoría de los miembros de un determinado grupo realiza una determinada conducta cuando se dan determinadas circunstancias.

2. La mayoría de los miembros del grupo cree que 1.

3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para realizar esa conducta en esas circunstancias.

4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

A pesar de que las cuatro condiciones deben darse para que entendamos que existe una convención, hay que tener en cuenta que la que marca un rasgo distintivo en relación con otros hechos sociales no convencionales es la tercera. En efecto, es posible que el resto de condiciones, eventualmente junto a otras, se dé en otros hechos sociales. Pero si estamos frente a hechos convencionales, el rasgo peculiar es que los participantes en esa práctica realizan los actos en cuestión *al menos* porque los demás también lo hacen. Aunque esto aparece dicho en el libro, por ejemplo cuando distingo entre actuar por convención a actuar por convicción, tal vez sea cierto que no lo está con la claridad que debiera.

3. El principio de origen

En los capítulos III y IV de *El derecho en acción* expongo cómo, en la teoría del derecho, se ha pasado de un énfasis en el momento legislativo, ejemplificado en autores como Austin y Kelsen, a otro que tiene en cuenta de manera primordial la fase de adjudicación o aplicación del derecho, que se ve confirmado, por ejemplo, en Hart y Raz. Juzgo este desplazamiento de manera positiva. Entiéndase obviamente, y así se explicita en el libro, que se trata únicamente de un cambio de énfasis, no de dos posiciones totalmente excluyentes. De hecho, sería completamente impropio una teoría del derecho que prescindiera completamente de cualquiera de esos procesos.

⁴ David Lewis ofrece distintas definiciones de “convención”, cada vez más sofisticadas, a lo largo de su influyente libro *Convention*. Se encuentran en Lewis (1969: 42, 56 y 78). Tomo como modelo la definición de “convención” que aparece en el excelente trabajo de Maribel Narváez. (2004: 312).



Pues bien, mi valoración positiva descansa, entre otras razones, en el hecho de considerar que la defensa del principio de origen comporta caer en un argumento circular, lo cual puede apreciarse tanto en Austin como en Kelsen. Carrio dice que esto es correcto, pero que el mismo error se hallaría en Hart y en su regla de reconocimiento y, de rebote, en mi esquema, pues éste se basa también en una determinada interpretación de dicha regla. En concreto, Carrio mantiene que la dificultad se encuentra en suponer inconsistente el principio de origen y sostener a un tiempo que el resultado de la regla de reconocimiento, entendida como una convención con una dimensión constitutiva (tal como sostengo en el libro), es la generación y mantenimiento de un sistema jurídico.

Creo que esta crítica no da en el blanco. Para mostrarlo, sin embargo, resulta conveniente analizar, aunque sea brevemente, cuál es la razón por la que los modelos de Austin y Kelsen incurren en ese argumento circular y por qué, en cambio, el camino emprendido por Hart ayuda a esquivarlo. Todo ello permitirá contextualizar mi propia posición.

El esquema de Austin (1832) se basa en lo que denomino el principio de origen, pero éste no lo constituye una *norma* sino un *hecho*. Se trata de un principio de origen *empírico*. La existencia de un soberano, y más concretamente, los *actos* de emisión de mandatos por parte del mismo son el origen del sistema jurídico.

Sin embargo, el principio de origen, sea normativo o empírico, plantea problemas. El principio de origen presupone la unidad del origen último, que es tanto como decir, en el caso de Austin, la unidad de la soberanía. Pero el argumento de Austin en este punto no es muy claro.

Una forma de entender la unidad de la soberanía es pensar que la soberanía es unitaria tan sólo si todos los miembros presentes del cuerpo soberano participan generalmente en todo acto legislativo. En otro caso, la soberanía estaría dividida. Cuando Austin dice que el soberano en los Estados federales consiste en varios gobiernos unidos formando un cuerpo compuesto, tiene por fuerza que saber que éstos no cooperan generalmente en la legislación de las mismas normas. Si esto es así, Austin debería decir que varios legisladores supremos son parte de un único soberano, sólo si éste ha establecido previamente, sobre la base de otros fundamentos, que sus normas jurídicas son parte de un solo sistema jurídico.

Dicho con otras palabras, es cierto que todas las normas jurídicas de un legislador supremo pertenecen al mismo sistema jurídico, pero puede suceder que hayan *otras* normas (promulgadas por otro legislador supremo, como en el caso de los parlamentos federales) que también pertenezcan al mismo sistema jurídico. ¿Cómo puede sostenerse, entonces, que los dos legisladores supremos no son sino un solo soberano? Austin probablemente diría que sólo si un legislador supremo es jurídicamente ilimitado, entonces es soberano; de otro modo, sería simplemente una parte del soberano. Pero, en este caso, ¿cómo se puede saber si las reglas que pretenden limitar a un legislador supremo son reglas jurídicas o meramente parte de la moral positiva? El único criterio dado por Austin es que depende de si él es soberano. Y esto constituye claramente un argumento circular (Raz, 1970: 57-58).

Por lo que respecta al modelo diseñado por Kelsen (1960), la existencia de un sistema jurídico descansa, en última instancia, en la existencia de una norma básica, cuyo contenido depende especialmente de cuál sea la constitución de ese sistema. Antes de saber cuál es aquella norma básica es preciso saber cuál es la

constitución efectiva. Pero esta constitución sólo es válida en la medida en que se presuponga aquella norma básica.

La cuestión no varía por el hecho de admitir que la norma básica es un enunciado que determina las condiciones que justifican la inclusión de una constitución C como fundamento de un sistema S. Porque esta condición consiste en la eficacia de la constitución C. Únicamente bajo este presupuesto, C podrá ser considerada norma válida en el sistema S. Por un lado, dado el carácter dinámico de un orden jurídico, la eficacia de una constitución depende de que los individuos calificados como órganos competentes para crear normas según esa constitución emitan normas válidas. Por consiguiente, si no se han emitido normas de acuerdo con C no hay forma de comprobar su eficacia. Por otro lado, la eficacia de C es una condición necesaria para que se presuponga respecto a ella una norma básica, a tenor de la cual será la constitución válida de S. Pero aquellos actos creadores de normas a través de los cuales se demuestra la eficacia de C sólo podrán considerarse tales en la medida que se presuponga la validez de la constitución que los autoriza.

Llegamos así a otro razonamiento circular. La constitución no puede servir de fundamento de validez de las normas del sistema, porque su propia validez depende de que tales normas puedan ser consideradas válidas. Al mismo tiempo, tales normas no pueden considerarse fundamento de validez de la constitución porque sólo son válidas si la constitución lo es.

Por su parte, el postular la necesidad de que exista una regla de reconocimiento en un sistema jurídico, tal como propone Hart, permite no caer en la circularidad de los argumentos de quienes sostienen un principio de origen, sea éste empírico (como es el caso de Austin) o normativo (como ocurre con Kelsen).

257

La razón de que ello sea así es que la regla de reconocimiento es una *regla social*, cuya existencia depende no de actos explícitos de generación de normas, sino del uso compartido de los criterios para identificarlas, junto con las actitudes correspondientes (Hart, 1961). El peso se desplaza, entonces, del origen de las normas (se refiera éste a la presencia de un soberano o a la existencia presupuesta de la *Grundnorm*) a los actos relativos a su identificación. Podríamos decirlo de este modo, algo tosco pero que trasmite la diferencia que pretendo acentuar: la Constitución de 1978 no es la cúspide del sistema jurídico español actual porque haya tenido un origen peculiar (un acto constituyente), sino que lo es porque se da una práctica continuada de identificación entre los juristas que se dedican profesionalmente a estas tareas (y de modo destacado entre quienes se dedican a aplicar el derecho), según la cual aquella Constitución juega ese rol. La prueba de que esto es así, y que no sucede a la inversa, es que si se dejara de identificar el derecho español actual de ese modo, la Constitución dejaría de cumplir este cometido. Pero esta afirmación requiere alguna aclaración adicional.

4. El carácter convencional y arbitrario de la regla de reconocimiento

Carrio sostiene que esa práctica de identificación que da pie a la regla de reconocimiento tiene un límite conceptual, que sería el de la generación de las normas independientes del sistema jurídico, que serían –según este autor– las que definen y constituyen una práctica institucional como la jurídica. A renglón seguido, añade una crítica que tiene que ver con lo que llama una “genuina” democracia constitucional. Habría dos condiciones que una regla de reconocimiento de este tipo de sistema jurídico (el propio de una genuina democracia constitucional) no podría eludir, lo cual pondría en cuestión el carácter arbitrario que dicha regla tendría



cuando se la considera una regla convencional. En una genuina democracia constitucional –concluye Carrio– “resulta difícil sostener que carecemos de argumentos sustantivos que permitan defender coherentemente que determinadas decisiones de los jueces y también de los legisladores aunque sean definitivas, en el sentido de identificadas como jurídicas por los *officials* del sistema, no pueden ser al mismo tiempo equivocadas. Es decir, inconsistentes con las normas constitutivas de la práctica institucional”⁵.

El responder adecuadamente a esta observación crítica de Carrio requiere decir algo más acerca de las implicaciones que tiene el hecho de concebir la regla de reconocimiento como una convención con una dimensión constitutiva, implicaciones sobre todo por lo que hace a su carácter arbitrario y a la posibilidad de que se dé un error generalizado entre los juristas a la hora de usar unos determinados criterios de identificación del derecho de una determinada sociedad.

Para evitar equívocos, conviene subrayar de entrada que, a diferencia de lo que empieza a ser habitual entre muchos teóricos del derecho contemporáneos, mi planteamiento teórico es *general*, es decir, aspira a dar cuenta de cualquier sistema jurídico. Por lo tanto, considero que es de plena aplicación al caso de una democracia constitucional, incluso si es “genuina”, salvo que esta última propiedad suponga reconocer que no se dará nunca en la práctica, en cuyo caso sí que caería fuera de mi propuesta de análisis (no por casualidad titulé el libro *El derecho en acción*). ¿Pero habría en un caso así arbitrariedad en la práctica de identificación del derecho de una sociedad?

En este sentido, Carrio alude a la crítica de Celano (2003: 351) según el cual, que la regla de reconocimiento sea una convención no resulta plausible porque habría que admitir que es arbitraria, lo cual le parece ridículo. He ahí las palabras de Celano, recogidas también en mi libro:

La idea de que la regla de reconocimiento sea arbitraria parece precipitada, casi irrisoria. La regla de reconocimiento especifica los criterios de identificación de aquello que constituye el derecho válido. Esta no es una cuestión asimilable a la decisión de si se debe conducir por la derecha o por la izquierda (un paradigma del problema de coordinación). La regla de reconocimiento es el resultado de conflictos políticos, institucionales, ideológicos; de revoluciones y golpes de estado (...). Que ciertos criterios de validez son efectivamente aceptados y usados es un hecho histórico (...). Se trata de un hecho que invoca valores y principios en conflicto. No es plausible la hipótesis según la cual (...) consiste en algo arbitrario.

Este ataque parece a primera vista muy plausible. ¿Cómo vamos a tildar de arbitraria la decisión de los juristas a la hora de identificar el derecho de su comunidad cuando en ello parece estar en juego cuestiones valorativas tan importantes? Sin embargo, no estará de más que antes de decantarnos por una posición u otra echemos un vistazo a qué se entiende por “arbitrario” en sede convencionalista⁶.

Una confusión muy generalizada en este punto es suponer que la arbitrariedad de las convenciones es igual a indiferencia (Lewis, 1969: 76-80). Si una persona ha vivido veinte años en Londres y después traslada su residencia a

⁵ Alberto Carrio desarrolla este argumento de manera más pormenorizada en su reciente libro. Cfr. Carrio (2012).

⁶ Para el concepto de arbitrario, véase Marmor (2006).

Barcelona, no le resulta indiferente conducir por la izquierda de la calzada o por la derecha. Está acostumbrada a conducir por la izquierda y preferiría seguir haciéndolo (por lo tanto, no le resulta *indiferente* la elección). Pero, justamente porque se da un problema de coordinación y existe ya una convención establecida en Barcelona de conducir por la derecha, esa persona tiene una razón para seguir la pauta de sus nuevos conciudadanos, a pesar de que claramente le resultaría más cómodo seguir con la práctica a la que estaba acostumbrada. El rasgo de la arbitrariedad de las convenciones, pues, se manifiesta no en la posible indiferencia con la que cada participante pueda afrontar las prácticas sociales relevantes, sino en el hecho de que exista *más de una opción* que resuelva el problema de coordinación que está en la base.

Pero, más allá de lo anterior, en esta línea crítica que comento hay una confusión entre lo que concierne a la *existencia* de un sistema jurídico y lo que tiene que ver con su *identidad*. Todos los elementos que están presentes en la cita transcrita de Celano son importantes, pero no para la existencia de un sistema jurídico, sino para su identidad. El utilizar unos elementos u otros daría lugar a la identificación de distintos sistemas jurídicos, pero no afecta a su existencia. Es decir, que el conjunto de criterios de identificación efectivamente usados por la población relevante sea *A* (por ejemplo, definitorios de un régimen político democrático) o sea *B* (propios de un régimen político autoritario) es relevante respecto a la identidad del sistema, pero que sea uno u otro no afecta para nada a su existencia (igual de “existentes” son los regímenes democráticos que los autoritarios, si se cumplen las condiciones requeridas). Lo único que muestra esta situación es que hay opciones distintas, y eso es lo fundamental para concluir que se da el rasgo de la arbitrariedad, en el sentido que aquí interesa. Por supuesto, valorativamente podemos preferir que el tipo de sistema jurídico existente pertenezca a la clase *A* y no a la clase *B* y eso es lo que nos molesta cuando calificamos tal elección de arbitraria. Pero el sentido de arbitrario que es relevante en relación con la existencia de la regla de reconocimiento (y, por tanto, con la existencia de los sistemas jurídicos) es que quienes se dedican profesionalmente a identificar el sistema jurídico utilicen los *mismos* criterios, teniendo la posibilidad de que éstos sean propios de un régimen democrático o de uno autoritario, incluyan los precedentes o no, establezcan un tipo de jerarquía normativa u otro, etc.

Si lo anterior lo aplicamos a las objeciones de Carrio, vemos que también decaen por la misma razón que las de Celano. La práctica de identificación en la que consiste la regla de reconocimiento permite una variación del tipo de sistema de que se trate, es decir de su *identidad*. Tal como mostré hace años, la identidad de los órdenes jurídicos depende justamente de consideraciones de índole política (Vilasojana, 1996, 1997)⁷. El esquema que propongo permite precisamente dar cuenta de esos cambios de identidad. Nada impide que, a lo largo de un determinado período de tiempo, las modificaciones en la adscripción de los criterios de identificación del sistema de que se trate den como resultado el paso de una democracia constitucional genuina a otra que no lo sea, o viceversa, o de cualquiera de éstas a un régimen autoritario, etc. Cualquiera de estos regímenes políticos afecta, en mi opinión, a la identidad del orden jurídico de que se trate, pero no a su existencia, ya que todos ellos, si se dan las condiciones requeridas, son existentes, aunque tengan distinta identidad.

Por último, hay que decir algo respecto al papel que juega el error en esta sede. El esquema que propongo ayuda a comprender adecuadamente las

⁷ Dejo de lado la distinción entre sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal. Para la misma, véase Vilasojana (1995).



discrepancias que puedan darse eventualmente entre lo dispuesto en el texto de una Constitución en la que se recojan las fuentes del derecho (aquella 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 mínima de realismo que, desde mi perspectiva (la que se centra en “el derecho en acción”), es exigible a toda Teoría del Derecho, requiere que tomemos como contenido de la regla de reconocimiento los criterios usados en esa práctica.

Y ahí es donde juega un papel muy relevante lo que he llamado 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”. 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, apartándome en ese punto de Hart, es más fructífero pensar que la regla de reconocimiento es una convención con una dimensión constitutiva⁸. 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 Searle⁹, 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 *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. 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 (si esos cambios, además, son de relevancia política, como he dicho antes, habrá cambiado la identidad del orden). Por eso, la existencia de una regla de reconocimiento es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad¹⁰.

Aplicando ahora las condiciones de existencia de una convención a la existencia de una regla de reconocimiento como hecho convencional, obtenemos que un enunciado del tipo “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” cabe entenderlo de este modo:

⁸ Véase, en un sentido algo diverso de convención constitutiva del que defiendo, Marmor (1996). Sobre las diferencias entre la dimensión constitutiva que postulo y el esquema de Marmor, puede verse especialmente la nota 45 en Vilajosana (2003).

⁹ Véase el capítulo II en Searle (1995). Me he servido de esta analogía con la existencia del dinero en otros trabajos. Véase, por todos, Vilajosana (2010b).

¹⁰ 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 (2010c). Si estoy en lo cierto, cualquier autor o autora positivista defenderá que estas dos condiciones son necesarias y conjuntamente suficientes, pero alguien que no sea 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.

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.

Cuando Carrio habla de la posibilidad de que se den decisiones equivocadas de los funcionarios por ser inconsistentes con las normas constitutivas de la práctica constitucional, hay que tener en cuenta lo que acabo de recordar. Tildar una decisión como la de identificar las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico de “equivocada”, sólo tiene sentido si esa identificación es llevada a cabo por una minoría de juristas. La mayoría de los juristas de una determinada comunidad no pueden equivocarse todos al mismo tiempo en una cuestión como esta. Ello es así porque esa práctica mayoritaria de identificación de normas jurídicas es *constitutiva* del derecho de una sociedad y eso es lo que dota de pleno sentido a la afirmación de Hart, según la cual la existencia de una regla de reconocimiento es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico.

Si planteamos la cuestión de forma diacrónica, la variación en las prácticas de identificación dentro de una misma sociedad no es, a mi modo de ver, correctamente descrita como un error que cometen quienes mayoritariamente usan como criterios de identificación en el momento t_2 otros distintos de los usados en t_1 . Ni unos ni otros se equivocan al hacer esto. Simplemente, sus prácticas de identificación han cambiado, y con ellas ha cambiado la regla de reconocimiento.

Bibliografía

- AUSTIN, J. (1995 [1832]), *The Province of Jurisprudence Determined*, RUMBLE, W.E. (ed.), Cambridge University Press, Cambridge.
- AUSTIN, J. (2002), *El objeto de la jurisprudencia*, Trad. J.R. de Páramo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- CARACCILO, R. (1977), *El derecho como sistema. Análisis de un esquema conceptual*, Universidad de Córdoba, Tesis doctoral.
- CARRIO, A. (2012), *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- CELANO, B. (2003), “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, *Ragion Pratica*, Núm. 21, pp. 347-360.
- HART, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*. Oxford University Press, Oxford.
- HART, H.L.A. (1963), *El concepto de derecho*, Trad. G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1960), *Reine Rechtslehre*, Frans Deuticke, Wien.
- KELSEN, H. (1979), *Teoría pura del derecho*, Trad. R.J. Vernengo, UNAM, México.
- LEWIS, D. (1969), *Convention. A philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford.
- MARMOR, A. (ed.) (2006), “How Law is like Chess”, *Legal Theory*, Núm. 12, pp. 347-371.
- NARVÁEZ, M. (2004), *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.



- RAZ, J. (1980), *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford.
- SEARLE, J.R., (1997), *La construcción de la realidad social*, Trad. A. Domènech, Paidós, Barcelona.
- VILAJOSANA, J.M. (1995), "Problemas de identidad de los sistemas jurídicos", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núms. 17-18, pp. 331-342.
- VILAJOSANA, J.M. (1996), "Towards a material criterion of identity of a legal order", *Rechtstheorie*, Vol. 27, pp. 45-64.
- VILAJOSANA, J.M. (1997), *El significado político del derecho*, Fontamara, México.
- VILAJOSANA, J.M. (2003), "Hechos sociales y Derecho", en DICIOTTI, E y VELLUZZI, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giappichelli, Torino, pp. 41-63.
- VILAJOSANA, J.M. (2010a), *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.
- VILAJOSANA, J.M. (2010b), "La construcción social de la realidad jurídica", *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 4, pp. 1-45.
- VILAJOSANA, J.M. (2010c), "Eficacia normativa y existencia del derecho", *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, Núm. 8, pp. 103-118.