

Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro todavía puede aprender de los errores de Hart*

*Rule of Recognition, Convention and Obligation. What
Shapiro Can Still Learn from Hart's Mistakes*

Aldo Schiavello**

Recepción y evaluación de propuesta: 24/10/2017

Aceptación: 26/02/2018

Recepción y aceptación final: 16/08/2018

Resumen: Shapiro elabora una versión del positivismo jurídico tomando como punto de partida la teoría del derecho como práctica social de Hart. Algunos de los límites de la teoría de Hart se refieren a su concepción de la obligación jurídica y de la normatividad del Derecho. En este escrito analizaré los límites de la concepción de Hart de la normatividad del derecho y evaluaré si la teoría del derecho como plan indica el camino correcto para evitar estos límites. Anticipando la conclusión, intentaré demostrar cómo Shapiro reproduce los errores de Hart sobre estas cuestiones. En los siguientes párrafos se presenta una reconstrucción crítica de la concepción de la normatividad de Hart en parte distinta a la propuesta por Shapiro en *Legalidad*. El último párrafo se dedica a la realización de un análisis crítico de las concepciones de la obligación jurídica y de la autoridad del derecho asociadas a la teoría del derecho como plan.

Palabras clave: convención, obligación jurídica, positivismo jurídico, normatividad.

* Traducción de Lucía Aparicio Chofré.

** Profesor de Filosofía del derecho, Università degli Studi di Palermo.

E-mail: aldo.schiavello@unipa.it

Abstract: Shapiro works out a version of legal positivism taking as its starting point Hart's practice theory of law. Some serious limits of Hart's practice theory of norms concern the conception of legal obligation and normativity of law. In this paper I analyze the limits of Hart's conception of legal normativity and I appraise whether the planning theory of law indicates the correct direction for overcoming them. To anticipate the conclusion, my effort is to show that Shapiro replicates Hart's mistakes on this subject-matters. The paper is divided in three main sections. First, I will present briefly a critical reconstruction of Hart's conception of normativity, reconstruction which is partially different from that given by Shapiro in *Legalidad*. I will analyze either the original conception of normativity sketched out by Hart in *The Concept of Law* and the (partially) different conception which can be drawn by the Postscript. Then, I will deepen the conceptions of legal obligation and authority of law associated with the planning theory of law. Few concluding remarks will be devoted to some Shapiro's assumptions on legal positivism.

Keywords: Convention, Legal Positivism, Legal Obligation, Normativity.

I. Tras los pasos de Hart

En las primeras líneas del prefacio de *El concepto de derecho* Herbert Hart escribe: "en este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados"¹.

Estas mismas palabras se podrían utilizar para *Legalidad* de Scott Shapiro. Este autor formula de hecho una versión del positivismo jurídico que emplea como punto de partida la teoría práctica del derecho (*practice theory of law*) de Hart. Por un lado, se puede afirmar que *Legalidad* se inserta en la corriente de la filosofía del derecho poshariana, caracterizada por el enfrentamiento entre el positivismo jurídico inclusivo y exclusivo. Por otro lado, Shapiro, aunque toma claramente partido por una posición favorable al positivismo jurídico exclusivo²,

¹ Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. xi.

² Cfr. Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, pp. 328-344.

evita los tecnicismos y la autorreferencia a un debate que en estos momentos parece ya agotado. Precisamente por ello, considero que sea legítimo comparar *Legalidad* con *El concepto de derecho*: tal y como hace Hart, Shapiro rechaza “la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros”³.

El primer capítulo de *Legalidad* se titula “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?” y la elección de este título nos reenvía de nuevo a Hart que comienza *El concepto de derecho* observando como “pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho?”⁴.

Es preciso señalar, sin embargo, que el problema central que la filosofía del derecho debe afrontar, según Shapiro, no puede resumirse en la pregunta “¿qué es el derecho?”, sino en la pregunta “¿cómo es posible el derecho?”. Esta última cuestión tiene un mayor alcance que la anterior, en cuanto que en la misma se incluyen aspectos que conciernen a la determinación del derecho y a su definición así como también aspectos que se refieren a la justificación del derecho y a su legitimidad. La amplitud de esta pregunta origina, en ocasiones, una superposición de cuestiones que al contrario sería mejor mantener separadas.

La teoría del derecho como plan (*planning theory of law*) de Shapiro pretende contestar a la pregunta “¿cómo es posible el derecho?” de una forma más convincente que las otras concepciones del derecho. En general, para contestar a esta pregunta es necesario resolver el clásico dilema del huevo o la gallina, que Shapiro denomina “la paradoja de la autoridad” (*The Possibility Puzzle*)⁵. Por una parte, la existencia del derecho hace presuponer la existencia de normas que confieren a algunos individuos el poder de crear normas jurídicas (en palabras de Shapiro, este sería el “principio del huevo”); por otra, sin embargo, la

³ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 12.

⁴ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 1.

⁵ Véase también Shapiro, S. J. “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507.

existencia de una norma que atribuye el poder de crear normas jurídicas presupone la existencia de individuos que tienen el poder de crear esta norma (el “principio de la gallina”). Detener el eterno círculo hacia el infinito por el que se caracteriza este dilema impone, por así decirlo, elegir entre la gallina (determinando así una “autoridad fundamental”) o por el huevo (determinando una “norma fundamental”).

Las doctrinas clásicas del derecho natural identifican en Dios a la autoridad suprema que hace posible la existencia del derecho: “Dios creó el derecho natural, que confiere a quienes gobiernan el derecho jurídico de gobernar”⁶. La doctrina moderna del derecho natural considera al pueblo como la autoridad suprema, una autoridad que está legitimada por “las reglas o principios de la moral política”⁷; estas normas y principios son por lo tanto las normas fundamentales sobre las que se basa el derecho. El elemento común en las diversas doctrinas del derecho natural es la idea según la cual “[e]l hecho moral de que Dios o el Pueblo (o posiblemente un dictador benévolo) tengan la autoridad moral de facultar a otros para actuar confiere autoridad jurídica a estos sujetos”⁸.

También el positivismo jurídico ha propuesto diversas soluciones a la “paradoja de la autoridad”. El imperativismo considera que la existencia del derecho depende de la existencia de una autoridad fundamental, el soberano, que tiene la capacidad de obligar a los individuos, a través de la amenaza del uso de la fuerza, a obedecer sus órdenes. Según esta corriente del positivismo jurídico, la existencia del derecho y su autoridad dependen de la fuerza bruta. La teoría de las normas como práctica social de Hart detiene el eterno retorno al infinito a través de una regla social, cuya existencia no depende del ejercicio de un poder normativo, sino de la mera existencia de una “práctica de respeto” a unas normas.

La nota común entre las distintas versiones del positivismo jurídico, y que marca su contraposición con el iusnaturalismo, es la tesis según

⁶ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, añadida la cursiva.

la cual, en último extremo, la existencia del derecho depende de hechos sociales y no de hechos morales.

Las respuestas proporcionadas a la paradoja de la autoridad, tanto por parte de la doctrina iusnaturalista como por el iuspositivismo, se enfrentan a dificultades de diversa naturaleza. Las doctrinas del derecho natural se ven en apuros por lo que Shapiro llama “el problema del mal”: si la existencia del derecho depende de hechos morales, ¿cómo es posible explicar la existencia de sistemas jurídicos malvados o perversos? El positivismo jurídico, en cambio, debe enfrentarse al denominado “desafío de Hume”; es decir, debe explicar cómo es posible basar la existencia del derecho exclusivamente en hechos sociales sin violar la ley de Hume: “no puede extraerse ninguna conclusión normativa a partir de los enunciados que los describen”⁹.

Shapiro considera que Hart indica una dirección prometedora para enfrentarse a la “paradoja de la autoridad” y al desafío de Hume, aunque a fin de cuentas no es capaz de superar el desafío. Algunas limitaciones graves de la *teoría práctica de las normas* se refieren a la concepción de la obligación jurídica y de la normatividad del derecho que se derivan de esta teoría. En este ensayo analizaré estas limitaciones del positivismo jurídico de Hart y valorare si la “teoría del derecho como plan” indica efectivamente la dirección correcta para su superación.

En el siguiente epígrafe se propone una divagación sobre la forma en que Shapiro reconstruye la contraposición entre el positivismo jurídico y las doctrinas del derecho natural.

En los siguientes párrafos se presenta una reconstrucción crítica de la concepción de la normatividad de Hart en parte distinta a la propuesta por Shapiro en *Legalidad*.

El último párrafo se dedica a la realización de un análisis crítico de las concepciones de la obligación jurídica y de la autoridad del derecho asociadas a la teoría del derecho como plan.

⁹ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 79.

II. El positivismo jurídico y las teorías del derecho natural

Según Shapiro, la contraposición entre el positivismo jurídico y las doctrinas del derecho natural reside en el hecho de que en la primera concepción del derecho se considera que el derecho se basa en hechos sociales, mientras que en la segunda en hechos morales. En otras palabras, el positivismo jurídico sostiene la tesis de la separación, o al menos de la separabilidad, entre el derecho y la moral, mientras que el iusnaturalismo mantiene la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta reconstrucción de la contraposición entre estas dos grandes tradiciones de la filosofía del derecho adolece de una cierta ambigüedad que puede causar equívocos relevantes.

La cuestión de la conexión entre el derecho y la moral plantea, al menos en la práctica, dos cuestiones: el problema de la “conexión justificativa” y el de la “conexión identificativa”¹⁰.

El primer problema se refiere a la posibilidad de justificar una decisión jurídica o también una conducta que se realiza al estar prescrita por el derecho, sin recurrir necesariamente a argumentos morales.

El problema de la conexión identificativa se refiere, en cambio, a la posibilidad de identificar el derecho sin recurrir necesariamente a un punto de vista moral.

Shapiro subestima la importancia de la distinción entre la tesis de la conexión justificativa y la tesis de la conexión identificativa. De hecho, este presenta la perspectiva iuspositivista del siguiente modo:

[...] los hechos jurídicos, en última instancia, están determinados exclusivamente por hechos sociales. [...]. Las afirmaciones acerca de la existencia o el contenido de un sistema jurídico deben establecerse fundamentalmente haciendo referencia a lo que la gente piensa, pretende, afirma, dice o hace. Los positivis-

¹⁰ Véase Comanducci, P., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 3-15, y también Id., “Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio”, en Bianchini, M. y Viarengo, G. (eds.), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 125-134. Por lo que se refiere a las relaciones entre el derecho y la moral Comanducci determina también un matiz axiológico que en este caso se puede dejar

tas disienten respecto de la naturaleza de estos hechos sociales últimos, pero una versión plausible sería la siguiente: *el hecho de que los funcionarios públicos consideren que las convenciones estatales tuvieron poder para ratificar la Constitución hace que la Constitución sea jurídicamente vinculante para ellos*¹¹.

A raíz de esta cita, parecería entonces o que no es posible separar el plano conceptual del plano justificativo y normativo, o que el iuspositivismo acepta necesariamente la tesis de los hechos sociales, tanto en relación con la cuestión de la identificación del derecho, como en relación con la cuestión de la justificación del derecho y de su normatividad.

Esta forma de presentar el positivismo jurídico es en mi opinión discutible y una fuente de confusión. Algunos iuspositivistas, de hecho, consideran que el positivismo jurídico presenta solo una tesis conceptual, y precisamente la tesis según la cual para contestar a la pregunta “¿qué es el derecho?”, es necesario tener en cuenta únicamente los hechos sociales. Esta versión del positivismo jurídico por ejemplo la reelabora bien Michael Hartney:

Legal positivism is *simply a theory about what counts as law and nothing else*: Only rules with social sources count as legal rules. It is not a linguistic theory, a moral theory or a theory about judges' moral duties. Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism¹².

Otros iuspositivistas todavía afirman que la tesis de los hechos sociales (*social thesis*) no implica un rechazo de las tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral a nivel de la justificación y de la obligación jurídica. Un claro ejemplo es el positivismo jurídico exclu-

de lado. Véase también Nino, C. S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994; Barberis, M., *Filosofía del derecho. Un'introduzione teorica. Terza edizione*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 1-46.

¹¹ Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, pp. 55-56, añadida la cursiva.

¹² Hartney, M., “Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation”, *Ratio Juris*, 7, 1994, p. 44-55, cita p. 48, añadida la cursiva.

sivo de Joseph Raz. Para Raz, la discusión sobre la obligación jurídica presupone una reflexión sobre la noción de autoridad legítima. Este autor denomina a su concepción de la autoridad legítima “concepción de la autoridad como servicio”¹³. Las condiciones que permiten afirmar que una autoridad que tiene el poder en un determinado territorio es no solo una autoridad de facto, sino también una autoridad legítima son, para Raz, tres.

En primer lugar, la “tesis de la dependencia”: las decisiones o las directivas emanadas por la autoridad deben depender de las razones que habrían guiado la conducta de los individuos en caso en que no hubiera habido ninguna intervención por parte de la autoridad.

En segundo lugar, la “tesis del reemplazo” (*pre-emption thesis*): las decisiones o las directivas emanadas por la autoridad no se suman, sino que sustituyen, a las razones que habrían guiado la conducta de los individuos en caso en que no hubiera habido ninguna intervención por parte de la autoridad. En otros términos, las decisiones de la autoridad son “razones excluyentes”.

En último lugar, la “tesis de la justificación normal” que es fundamental para comprender la concepción de Raz de la obligación de obedecer al derecho. Con el fin de afirmar que un individuo o una institución ejercen una autoridad legítima se debe demostrar que sus directrices respetan un equilibrio de las razones de primer nivel más adecuado que el que cualquier persona podría realizar por sí misma.

Esta reconstrucción esquemática de la concepción de Raz de la autoridad legítima nos permite intuir la razón principal que lleva además a Raz a negar la existencia de una obligación *prima facie* de obedecer al derecho. Una norma es obligatoria si proviene de una autoridad legítima. Sobre la base de la condición de justificación normal, una autoridad es legítima si se puede presumir que es capaz de contestar a la siguiente pregunta “¿Qué se debe hacer en esta situación?” de una

¹³ Véase Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979; Id., “Authority, Law and Morality” (1985), en Id., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics (Revised Edition)*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 210-237; Id., “Authority and Justification”, en Id. (edited by), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 115-141.

forma mejor o más correcta que aquel que está llamado a actuar en primera persona. ¿Es el derecho una autoridad legítima en esta acepción?

Para Raz, no necesariamente. La respuesta a esta pregunta debe darse caso por caso, y depende no únicamente de la materia que constituye el objeto de una disciplina jurídica específica, sino también del perfil de los sujetos que son los destinatarios de esta disciplina. Resumiendo: se tiene la obligación de obedecer a una autoridad si esta última es legítima. El derecho es una autoridad que se caracteriza por el hecho de presentar una pretensión ilimitada de legitimidad¹⁴. Pero, según Raz, la legitimidad del derecho es todavía más limitada que aquella que el derecho pretende tener, y en algunos casos, puede incluso ser nula. Por consiguiente, no subsiste una obligación (ni siquiera *prima facie*) de obedecer al derecho. Por lo que a nosotros concierne, es importante señalar que, para Raz, en el plano de la justificación de la autoridad jurídica y de la obligación de obedecer al derecho, subsiste un vínculo necesario entre el derecho y la moral. En otras palabras, la obligación jurídica no es otra cosa que una instancia particular de la obligación moral.

Obviamente existen ilustres versiones del positivismo jurídico que defienden la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral también en el nivel de la justificación. Hart, por ejemplo, distingue entre la obligación jurídica y la obligación moral, e intenta fundamentar la primera sobre lo que Shapiro define, oportunamente, como “práctica del respeto” (*practice of deference*). También la *teoría del derecho como plan* propone una distinción tanto entre la autoridad moral y la autoridad jurídica como entre la obligación jurídica y la obligación moral.

Considero que las versiones del positivismo jurídico que emprenden este camino deben enfrentarse a arduos obstáculos. En este párrafo, sin embargo, mi meta, únicamente, ha sido la de poner de relieve que existen teorías del derecho positivistas que siguen otro camino sin que por ello sucumban al desafío de Hume.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Raz, J., “The Authority of States”, en Id., *The Morality of Freedom*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 70-105.

III. La teoría práctica y la normatividad del derecho

Uno de los méritos principales de la teoría del derecho de Hart es el de haber intentado conciliar dos intuiciones sobre la práctica jurídica que se sitúan en planos diferentes¹⁵. La primera intuición es aquella según la cual la noción de derecho tiene una dimensión práctica: el derecho nos dice cómo debemos comportarnos. La segunda intuición es aquella según la cual el derecho es un fenómeno social, un conjunto de prácticas, textos e instituciones que pueden ser estudiados por observadores externos y diferenciados. En resumen, el problema se plantea en el hecho de que las dos intuiciones se sitúan en planos diferentes, la primera en el plano del deber ser, la segunda en el plano del ser. Hart, proponiendo una teoría de la normatividad del derecho que se basa en la existencia de una práctica, indica un camino prometedor para conciliar estas dos intuiciones.

En este epígrafe se propone una reconstrucción parcial de la teoría práctica; nos detendremos de hecho únicamente en aquellos aspectos de la teoría que permiten delinear la concepción hartiana de la normatividad del derecho.

Es oportuno precisar, con carácter preliminar, que con la expresión “normatividad del derecho” se hace referencia a la capacidad del derecho de representar una razón justificativa de la acción¹⁶. Quien sostiene que el derecho es una razón para la acción pretende señalar la legitimidad, y también la obligatoriedad, de las acciones y de las conductas realizadas con el fin de obedecer lo preceptuado por el derecho¹⁷. Un discurso sobre la normatividad del derecho impone la

¹⁵ Véase Postema, G. J., “The Normativity of Law”, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 81-104.

¹⁶ Véase Raz, J., *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, Oxford, Oxford University Press, 1990 (ed. or., London, Hutchinson, 1975). Sobre la distinción entre razones justificativas y razones explicativas, véase Nino, C. S., “Legal Norms and Reasons for Action”, *Rechtstheorie*, 15, 1984, pp. 489-502, en particular pp. 489-490; Raz, J., “Reasons: explanatory and normative”, en Sandis, C. (ed.), *New Essays in the Explanation of Action*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 184-202, en particular pp. 186-189.

¹⁷ Algunos autores niegan que exista una correspondencia biunívoca, entre las acciones, por un lado, y los deberes y las obligaciones por otro. En esta sede, no nos deten-

necesidad de profundizar en la relación entre el derecho y la coacción por un lado, y el derecho y la moral por otro. Tres son, de hecho, las posibles opciones: a) la normatividad del derecho depende de la coacción (Austin); b) la normatividad del derecho depende de las razones morales (doctrina del derecho natural, pero también de algunos exponentes del positivismo jurídico como por ejemplo Raz y Carlos Nino); c) la normatividad del derecho es independiente tanto de la coacción como de las razones morales, y por lo tanto se reduce a razones jurídicas. Como veremos, Hart sigue este último camino.

Hart elabora una teoría de las reglas sociales cuyo objetivo es el de distinguir las reglas sociales de las simples costumbres, los comportamientos regulados de aquellos que simplemente son habituales. Una entre las principales críticas que Hart expresa al imperativismo de John Austin es precisamente la de no haber tenido en cuenta la importancia de tal distinción y, como consecuencia de ello, prescindir del concepto de norma.

“La raíz del fracaso [de Austin]”, observa Hart, “es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”¹⁸.

Las reglas sociales, a diferencia de las costumbres, presentan, además de una regularidad de comportamientos convergentes, también un aspecto interno:

lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en

dremos en esta cuestión. Véase Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 90.

¹⁸ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 101.

la terminología normativa: 'yo debo', 'deber', 'tu tienes que', 'él debería', 'correcto', 'incorrecto'¹⁹.

Para Hart, la regla de reconocimiento, la regla de las reglas que determina los criterios de validez de las demás normas jurídicas, es una regla social. Una regla de reconocimiento existe cuando es posible determinar un grupo de personas que acepta esta regla desde "el punto de vista interno". Este último no presupone necesariamente la aceptación moral de un sistema jurídico y de sus principios fundamentales, sino solamente una actitud crítica reflexiva, que se puede verificar empíricamente. Esta comprobación empírica consiste tanto en el análisis de las expresiones lingüísticas que acompañan a las obligaciones jurídicas, como en la observación del hecho de que los funcionarios (*officials*), y especialmente los jueces, actúan de acuerdo con lo preceptuado en las normas secundarias.

De esta forma parece que Hart logre conciliar las dos intuiciones sobre el derecho a las que se ha hecho referencia al inicio de este epígrafe. De hecho para Hart la regla de reconocimiento es, al mismo tiempo, la norma de clausura y el fundamento de la obligación jurídica. La respuesta definitiva a la pregunta "¿Por qué es preciso hacer lo que prescribe el derecho?" será entonces: "Porque existe una regla social que impone hacer lo que prescribe el derecho"²⁰.

Una cuestión ulterior es la de especificar cuál es el grupo de personas cuya aceptación es relevante a la hora de determinar la existencia de una regla de reconocimiento, y en consecuencia, la existencia de un sistema jurídico en su conjunto. Sobre este punto, la respuesta de Hart es muy clara: "la afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la acep-

¹⁹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 72.

²⁰ También Shapiro opina que la regla de reconocimiento sea una regla que impone obligaciones. Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 120-121.

tación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios”²¹.

La teoría práctica de las normas nos dice que una norma de reconocimiento existe cuando es aceptada (al menos) por los jueces. Esta tesis ontológica sobre el derecho –es decir, la tesis según la cual una norma de reconocimiento y, con carácter general, el derecho de una comunidad coinciden con los comportamientos y las acciones convergentes de los participantes y en particular de los jueces en particular²²– provoca a nivel metodológico o metateórico una serie de recaídas: el derecho es un dato de hecho que puede describirse de una forma no valorativa teniendo en cuenta los comportamientos y las acciones convergentes de los participante (tesis de la neutralidad).

A partir de la teoría de las reglas sociales, Hart elabora también su teoría general de la obligación jurídica, que es lo que a nosotros nos interesa en esta sede. La existencia de una regla social es, según Hart, una condición necesaria, pero no suficiente, para que un determinado comportamiento se configure en términos de obligación: si una persona tiene la obligación de hacer una cosa, entonces será siempre posible encontrar una regla social que fundamente esta obligación; sin embargo, no todas las reglas sociales son índices de la existencia de una obligación.

Hart pone de relieve tres condiciones que, junto con la determinación de una regla, permiten reconstruir un determinado comportamiento en términos de obligación.

La primera es que haya una “insistente exigencia general a favor de la conformidad” del modelo de conducta prescrito por las reglas y una “gran presión social” sobre aquellos cuyo comportamiento pueda constituir una desviación de este modelo.

La segunda condición es que “las reglas sustentadas por esta seria presión social son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se

²¹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 145. Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 129-131.

²² Shapiro opina que la asimilación de las reglas sociales a las prácticas sociales sea un error categorial. Los argumentos que presenta para confirmar esta tesis son convincentes. No profundizaré, sin embargo, este punto en este momento. Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 141-144.

atribuye gran valor”²³. Expresándolo con palabras de Neil MacCormick, “obligations depend, at least in part, on degrees of importance of rules”²⁴.

La tercera, finalmente, es que el comportamiento que constituye el cumplimiento de una obligación implique un sacrificio o una renuncia, y en consecuencia haya una “constante posibilidad de conflicto” entre la obligación por un lado y el interés personal por otro²⁵.

Peter Hacker, en un célebre ensayo dedicado a la filosofía del derecho de Hart, desarticula la teoría hartiana de la obligación en ocho condiciones²⁶.

La primera condición es que la regla social requiere a aquellos que están sujetos a la misma que se comporten (o se abstengan de comportarse) de una cierta manera en determinadas circunstancias.

La segunda condición es que la mayor parte de los miembros del grupo consideren que la regla social en cuestión es importante para el mantenimiento de la vida social o de alguna característica de la vida social altamente valorada.

La tercera condición es la existencia de un conflicto potencial entre la conducta solicitada por la regla social y los deseos de aquellos que están sujetos a la regla.

La cuarta condición es la existencia de una conformidad generalizada por parte de los miembros del grupo frente a lo prescrito por la regla. En otros términos, la regla debe ser generalmente eficaz.

²³ Hart, H. L. A, *op. cit.*, p. 108.

²⁴ MacCormick, N., “Law, Morality and Positivism”, en MacCormick, N. y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, Reidel, 1986, pp. 127-144, la cita es a p. 133.

²⁵ Ver Mackie, J. L., *Ethics. Inventing Rights and Wrong*, Harmondsworth, Penguin Books, 1977, pp. 105-107.

²⁶ Hacker, P. M. S., “Hart’s Philosophy of Law”, en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (eds.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25, en particular pp. 12-18. Una versión parcialmente modificada de la reconstrucción de Hacker de la teoría de la obligación de Hart se encuentra en Lagerspetz, E., *The Opposite Mirrors. An Essays on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1995, pp. 141-146. Para un análisis de la concepción hartiana de la obligación véase también el reciente Gilbert, M., *A Theory of Political Obligation*, Oxford, Clarendon Press, 2006, pp. 185-197.

La quinta condición es que las desviaciones de la regla deben conllevar una serie de reacciones críticas de tal envergadura que hagan el comportamiento ilícito menos conveniente.

La sexta condición prevé que las eventuales desviaciones de la regla se consideren como una buena razón para una reacción crítica.

La séptima condición prevé que esta reacción crítica se considere generalmente como legítima; en otros términos, habitualmente a la crítica ante la desviación de la regla no le sigue una contracrítica.

Finalmente, la octava condición consiste en que en la crítica de los comportamientos ilícitos se haga un amplio uso del lenguaje normativo.

Mucho más se debería añadir sobre la concepción hartiana de la obligación jurídica. Aquí, sin embargo, me urge hacer hincapié con claridad en cuál sea el punto central de esta concepción. Según Hart, el último fundamento de la obligación jurídica es la norma de reconocimiento, que es una regla social.

La existencia de una regla social depende de su aceptación por parte de un grupo de personas como criterio de conducta. La aceptación de una regla social como criterio de conducta implica a) que esta regla se cumpla con carácter general, b) que se prescriba el aplicarla y c) que se critiquen los comportamientos que no sean conformes con lo prescrito por esta regla.

Según Hart, la obligación jurídica descansa sobre la regla social que detiene el retorno al infinito de la cadena de validez del derecho. La respuesta definitiva a la pregunta: “¿Por qué es necesario hacer aquello que prescribe el derecho?” será entonces “Porque existe una regla social que impone hacer aquello que prescribe el derecho”. Expresándolo con palabras de María Cristina Redondo:

el hecho de que la mayoría de las normas de un sistema jurídico deban ser aplicadas porque así lo imponen otras normas presupone el hecho de que las normas fundamentales, que prescriben la aplicación de otras normas, deben ser aplicadas en virtud de una práctica. *En otras palabras, según esta perspectiva positivista, las diferentes características de cada sistema jurídico existente consisten*

*en el hecho de que las normas que lo componen deben aplicarse sólo porque, en última instancia, se basan en hechos sociales*²⁷.

La idea que subyace en este planteamiento es que la aceptación de una norma es un acto mental o interno y que, en cuanto tal, no es relevante para la justificación de un determinado comportamiento. Por expresarlo con palabras de Hart, “los sentimientos no son necesarios ni suficientes para la existencia de reglas ‘obligatorias’”²⁸. Una norma jurídica puede ser aceptada por criterios de prudencia o morales, así como una norma moral puede ser aceptada por razones morales o por razones de prudencia o por razones de simple conformismo. Lo que cuenta, para justificar una acción, es el carácter de la norma que se adopta como modelo de conducta: si se trata de una norma jurídica, entonces nos encontramos frente a una obligación jurídica; mientras que, en cambio, si se trata de una norma moral, entonces nos encontramos frente a una obligación moral. Esto implica que en la justificación de un acto no es posible ignorar la norma que se adopta como modelo de conducta. Es oportuno precisar que poner como fundamento de la obligación jurídica una regla social y, por lo tanto, una práctica social, no conlleva una violación de la ley de Hume. Como observa Shapiro,

²⁷ Redondo, M. C., “Sulla rilevanza pratica del diritto”, *Ragion Pratica*, 13, 1999, pp. 203-218, la cita es de la p. 209, añadida la cursiva; véase también Hart, H. L. A., “Legal Duty and Obligation”, en Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 127-161, en particular pp. 153-161. Para una presentación general de esta perspectiva cfr. también Bayón, J. C., “Deber jurídico”, en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 313-331, en particular pp. 326-327 y Bulygin, E., *Il positivismo giuridico* (2006), Milano, Giuffrè, 2007, pp. 173-186.

²⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 72. En otra parte, Hart es aún más claro: “No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a hacerlo, si bien lo es cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. *En efecto el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros*” [*Ibidem*, pp. 250-251, cursiva añadida].

en relación con un hecho social como, por ejemplo, la existencia de una regla social, se pueden imaginar dos comportamientos diferentes. El primero es el comportamiento teorético y descriptivo del investigador. El segundo es, por el contrario, el comportamiento normativo de aquel que se sitúa en un punto de vista interno y extrae juicios normativos no desde un hecho social sino desde la misma “aproximación práctica a hechos descriptivos”²⁹. Hart sigue, entonces, el modelo de inferencia (*pattern of inference*) que Shapiro denomina NENS (normativo entra/normativo sale) y por lo tanto evita violar la ley de Hume.

Para concluir, me gustaría señalar una diferencia entre mi reconstrucción de la teoría hartiana de la obligación jurídica y la que propone Shapiro. Según mi reconstrucción, Hart defiende la autonomía de la obligación jurídica respecto de la obligación moral, y no instaura ninguna relación jerárquica entre los dos tipos de obligaciones. Se trata fundamentalmente de unas obligaciones que tienen ámbitos de aplicación diferentes y se basan en reglas sociales diferentes (la obligación jurídica en la regla de reconocimiento, la obligación moral en una regla social que se fundamenta a su vez en una cierta práctica moral positiva).

Shapiro, por el contrario, atribuye a Hart la tesis según la cual

²⁹ Véase Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 138-140. Shapiro opina además que la manera en la que Hart supera el desafío de Hume presupone la adopción de una perspectiva meta-ética de tipo expresivista. Aunque no puedo entrar en el mérito, no comparto esta conclusión. Hart, de hecho, no parece sostener que la aceptación de una meta-ética no cognitivista sea parte integrante de una teoría del derecho positivista. Al menos en una ocasión, él ha expresado esta tesis claramente: “Let us now suppose that we accept this rejection of ‘non-cognitive’ theories of morality and this denial of the drastic distinction in type between statements of what is and what ought to be, and that moral judgments are as rationally defensible as any other kind of judgments. What would follow from this as to the nature of the connection between law as it is and law as it ought to be? Surely, from this alone, nothing” [Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 1958, 71, pp. 593-629, citación en p. 626. Sin embargo, en un ensayo posterior Hart defiende la tesis opuesta. Ver Hart, H. L. A., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, en *Id.*, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268]. La observación sobre el contenido mínimo del derecho natural tampoco parece que sea totalmente compatible con una perspectiva expresionista. Ver Ricciardi, M., *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, ETS, 2008, pp. 221-263.

considerar que las personas tienen la obligación de pagar impuestos no equivale a considerar que tienen la obligación moral de hacerlo. En efecto, puede pensarse que las personas tienen la obligación jurídica de pagar impuestos, pero negar coherentemente que tengan una razón para cumplirla. Por tanto, al distinguir los conceptos jurídicos de los morales, Hart pensó que podría explicar la coherencia de afirmar la existencia de una obligación jurídica, pero negar la correspondiente obligación moral de cumplirla³⁰.

Pero, si la existencia de una obligación jurídica no es una razón para la acción, entonces me parece que nos desviamos desde el plano del discurso normativo hacia el plano del discurso descriptivo, vaciando de sentido la idea del punto de vista interno. Como veremos, este problema también aparece en la concepción de la normatividad asociada a la *teoría del derecho como plan*.

IV. La teoría práctica y sus límites

Según Hart, la existencia de una obligación jurídica conlleva que sea posible determinar una regla social que fundamente dicha obligación. A partir de esta intuición, Hart por un lado critica a Austin, en cuanto que, reduciendo el derecho a órdenes apoyadas en amenazas, no es capaz de distinguir entre las situaciones en las que uno tiene una obligación de hacer algo y las situaciones en las que uno está obligado o coaccionado a hacer algo. Por otro lado, este autor mantiene que sea posible distinguir la obligación jurídica de la obligación moral en cuanto que la fuente de una obligación del primer tipo es una regla jurídica, mientras que la fuente de una obligación moral es una regla moral.

Las críticas principales a esta posición desafían precisamente la posibilidad de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral a partir de la idea de la regla social³¹.

El error fundamental de Hart sería el de considerar que la existencia de una obligación presupone necesariamente la existencia de una regla social. Un vegetariano podría afirmar que existe un deber de no matar a ningún ser vivo aunque no haya una regla social que prescriba en realidad un modelo de conducta de este tipo.

Mediante este ejemplo lo que se pretende demostrar es que la fuente de las obligaciones no son las reglas sociales, sino las reglas morales, las reglas de la moralidad crítica de los individuos, reglas que, aunque no necesariamente, son *también* reglas sociales. Si esto es cierto, la consecuencia es que las únicas obligaciones genuinas son obligaciones morales, y, por lo tanto, no es posible distinguir en sentido estricto, a pesar de lo que afirma Hart, las obligaciones jurídicas de las obligaciones morales. Esta conclusión la comparte el propio Shapiro que, criticando Hart, observa:

En contextos jurídicos, exigimos a las personas que paguen impuestos, se alisten al ejército, aprueben exámenes complejos antes de ejercer una profesión, y que testifiquen en juicios penales, bajo la amenaza de prisión o multas graves. *Solo los conceptos morales tienen el peso para plantear exigencias tan severas*³².

En contra de esta objeción se podría admitir que, en algunos casos, como en el del vegetariano, la teoría práctica de las normas, que instaura una relación indisoluble entre la existencia de una obligación y la existencia de una regla social, no sea la apropiada, y, en cambio, se podría seguir manteniendo esta teoría en relación con aquellos casos en los que, en la comunidad, existe un acuerdo generalizado, acerca de la existencia de una obligación determinada.

³¹ El principal adversario del modelo hartiano de la obligación es Ronald Dworkin, de quien se puede consultar al menos *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978, pp. 46-80.

³² Shapiro, S., *Legalidad*, *op. cit.*, p. 155, añadida la cursiva.

Esta posible réplica es, sin embargo, insatisfactoria en cuanto que no tiene en cuenta la importancia de distinguir entre dos situaciones cualitativamente diferentes.

La primera situación incluye los casos en los que es algo accidental el hecho de que exista un acuerdo generalizado sobre la existencia de una determinada obligación en el seno de una comunidad. En relación con estos casos, Ronald Dworkin habla de “*moral concurrente*”: el acuerdo no es una de las razones esenciales de la existencia de la obligación en cuestión. Imaginemos, por ejemplo, que todos los miembros de una comunidad sean vegetarianos y que, por lo tanto, en esa comunidad sea posible encontrar la existencia de una regla social que prohíba matar a los seres vivos con fines alimentarios. La existencia de esta regla social no es capaz de fundamentar la obligación que cada miembro de la comunidad cree que tiene, es decir, la obligación de no matar a los seres vivos. De hecho, es verosímil que un vegetariano esté convencido de que no se debe matar a los seres vivientes aunque nadie comparta su creencia moral. Entonces, en casos de este tipo, la relación entre la obligación, por un lado, y la existencia de una regla social, por otro, es muy débil: el hecho de que todos los miembros del grupo acepten una determinada regla no es la razón, ni una entre las razones, de la aceptación de tal regla. En conclusión, en los casos en los que la existencia de una regla social tiene un carácter accidental, la fuente de la obligación no es la regla social, que podría también no existir, sino la moralidad crítica de cada individuo.

La segunda situación comprende los casos en los que el acuerdo generalizado sobre la existencia de una determinada obligación está relacionado, de alguna manera, con la existencia de un problema de coordinación. En relación con estos casos, Dworkin habla de “*moral convencional*”: resolver un problema de coordinación presupone un acuerdo, en sentido amplio, entre los que se encuentran implicados en este problema y, por consiguiente, el acuerdo (que puede consistir en la aceptación de una regla social) se convierte en una condición al menos necesaria para la existencia de una obligación.

En relación con estos casos parece plausible considerar que una regla social sea capaz de justificar determinados comportamientos. Por ejemplo, una regla social que prescriba conducir por la derecha (o

indiferentemente por la izquierda) es necesaria para regular el tráfico. Por lo que se refiere a casos de este tipo, que forman parte de lo que Dworkin denomina “moral convencional”, la teoría práctica parece mantener una cierta razonabilidad: al fin y al cabo, ¿qué es lo que nos obliga a conducir por el lado derecho sino la existencia de una regla social que proporciona la permanencia necesaria a esta práctica?

El problema de Hart, a estas alturas, es el de demostrar que la regla de reconocimiento es una regla convencional. Este intento lo realiza Hart en el “Postscriptum” en la segunda edición de *CD*.

Antes de ocuparnos del “giro convencionalista” (*conventionalist turn*)³³ de Hart, es conveniente señalar otro grave límite de la teoría práctica en su primera versión.

He afirmado que el objetivo de Hart es el de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral. Es también debido a ello que este autor rechaza la asimilación entre el punto de vista interno y el punto de vista moral: la aceptación del derecho puede ocurrir por diversas razones que están todas a un mismo nivel.

Esta tesis de Hart es, sin embargo, cuestionable. Por ejemplo, el “conformista”, que respeta el derecho porque otros hacen lo mismo, aunque se pueda, según Hart, perfectamente incluir en la perspectiva del participante, presenta, de hecho, muchas analogías con la perspectiva del *hombre malo*. La única diferencia entre estas dos situaciones es que el hombre malo sigue las normas por miedo a la sanción, mientras que el conformista por miedo a la reprobación social. La reprobación social, sin embargo, no es otra cosa que una sanción no institucionalizada. La caracterización en sentido débil del punto de vista interno reduce por consiguiente la distancia entre la concepción hartiana de la obligación jurídica y el modelo del bandido. Si las razones para aceptar el derecho están al mismo nivel, se podría imaginar un caso en el que todos los participantes aceptan el derecho por conformismo, y, allí donde esto ocurra, la diferencia entre “tener una obligación” y “ser obligado” pierde consistencia.

³³ Usa esta expresión Green, L., “Positivism and Conventionalism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XII, 1999, pp. 35-52.

Para alejarse del modelo austiniano de derecho es necesario caracterizar la aceptación del derecho en sentido fuerte, es decir como aceptación moral. La necesidad de caracterizar en sentido fuerte la aceptación del derecho la reconocen, entre otros, algunos discípulos de Hart. MacCormick, en particular, determina el punto débil del análisis de Hart de las reglas sociales exactamente en la caracterización demasiado débil de la aceptación del derecho. La existencia de algunas normas jurídicas, en vez de otras, depende del hecho de que al menos algunos de los miembros de la comunidad prefieren (o al menos afirman preferir), desde un punto de vista moral, el esquema de comportamiento determinado por dichas normas respecto a otros esquemas alternativos de comportamiento³⁴.

Afirmar que la existencia de una regla social implique el hecho de que haya alguien que considere el comportamiento prescrito por esta regla preferible respecto a comportamientos alternativos no significa que se niegue la posibilidad de que algunos sigan la regla por pereza o hipocresía, o bien que otros se rebelen contra determinadas reglas. Estas últimas situaciones, sin embargo, pueden solamente comprenderse presuponiendo la existencia de un grupo relevante que acepta las normas desde un punto de vista moral.

Todos los comportamientos que se pueden imaginar en relación con las normas son entonces “parasitarios” respecto a la actitud de aquel que considera las normas adecuadas desde un punto de vista moral. Mientras que es posible imaginar el caso en que una determinada norma se acepte en sentido fuerte por parte de todos, no es imaginable el caso en que un comportamiento prescrito por una regla no sea efectivamente aprobado por alguna persona.

A conclusiones similares llega también Raz, el cual está convencido de la imposibilidad de rendir cuentas sobre el derecho y la interpretación

³⁴ MacCormick observa: “That there can be common patterns of criticism of conduct or states of affairs depends upon our conceiving that some patterns are willed as common patterns for all people in given circumstances. We can conceive of that independently of our own will in the matter, but not independently of our beliefs about the will of other members of our social group...”. MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, II ed. 1994, pp. 287-288.

jurídica indicando entre paréntesis las razones que llevan a los participantes a considerar el derecho como moralmente correcto o justo:

... while the law may be morally indefensible, it must be understood as a system which many people believe to be morally defensible. While rejecting any explanation of the nature of law or legal interpretation which is true only if the law is morally good, we must also reject any explanation which fails to make it intelligible. This means that to be acceptable an explanation of the law and of legal interpretation must explain how people can believe that their law, the law of their country, is morally good³⁵.

En conclusión, Hart se encuentra ante una posición bastante incómoda: si caracteriza la aceptación del derecho en términos débiles, entonces su concepción del derecho y su teoría de la obligación jurídica están atrapadas por un modelo imperativístico a la Austin, mientras que, si reconoce que la aceptación del derecho implica una especie de acto de compartir moralmente los valores y las finalidades incorporadas al derecho, entonces debe renunciar a la autonomía de la obligación jurídica frente a la obligación moral.

Resumiendo: la teoría práctica avanza una concepción de la obligación jurídica que tiene la pretensión de defender la autonomía de esta última tanto frente a la coacción como a la obligación moral. En su versión originaria, este proyecto fracasa por dos razones. En primer lugar, porque no siempre la existencia de una obligación se fundamenta en una regla social, y es discutible si, en el caso específico de la obligación jurídica, sea correcto afirmar que este sea efectivamente el caso. En segundo lugar, la caracterización demasiado débil que Hart presenta del punto de vista interno produce dentro de su versión del positivismo jurídico algunos defectos que él mismo había atribuido a Austin. Tal y como se ha señalado por parte de algunos discípulos importantes de Hart, la única vía de salida consiste en reducir la distancia entre el

³⁵ Raz, J., "Intention in Interpretation", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 249-286, la cita se encuentra en la p. 260.

punto de vista interno y el punto de vista moral. Esto, sin embargo, impone el sacrificio de la autonomía de la obligación jurídica frente a la obligación moral. Un camino posible, sugerido a Hart, tal vez de forma un tanto capciosa, por parte del propio Dworkin, consiste en tratar la regla de reconocimiento como una regla convencional capaz de resolver los problemas de coordinación. Tal y como se ha adelantado, Hart emprende este camino. El próximo epígrafe está dedicado a la realización de un análisis crítico del giro convencionalista.

V. El giro convencionalista y sus límites

Hart en el epílogo al “Postscript”, aunque concediendo a Dworkin que la teoría práctica no es aceptable como teoría general de la obligación, sostiene que esta sigue siendo una teoría plausible en relación con las reglas convencionales. El hecho de que Hart en esa sede afirme expresamente que la regla de reconocimiento es una regla convencional lleva a algunos estudiosos a hablar de un giro convencionalista.

Entre los estudiosos que han señalado este giro convencionalista de Hart, Julie Dickson es la que pone de relieve el mayor distanciamiento entre la versión original de *The Concept of Law* y el Epílogo³⁶. Según Dickson, en la primera edición de *The Concept of Law* “... the rule of recognition plays a vitally important role in the union of primary and secondary rules which forms the explanatory core of his account of a legal system”³⁷.

El hecho de que la regla de reconocimiento sea una regla social no nos dice nada, según Dickson, sobre las razones que los individuos tienen para obedecer al derecho: “... nothing in Hart’s original account of the rule of recognition should lead us to conclude that he regards this rule as a conventional rule wherein common official practice constitutes part of the reasons which judge has for treating it as binding”³⁸.

³⁶ Véase Dickson, J., “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, pp. 373-402, en particular pp. 373-389.

³⁷ *Ibidem*, p. 375.

³⁸ *Ibidem*, p. 382.

La reconstrucción de Dickson enfatiza los pasajes de *El concepto de derecho* del 1961 en los que Hart sostiene que la aceptación de la regla de reconocimiento puede depender de diversas razones, ninguna de las cuales es jerárquicamente superior a las otras.

Entre estas razones puede incluirse también el deseo de respetar una práctica consolidada de aceptación de la regla de reconocimiento; esta razón, sin embargo, como todas las demás, no es una razón necesaria, y, por lo tanto, no nos permite afirmar que Hart proponga una concepción de la obligación en clave convencionalista.

En el Epílogo de 1994, Hart, dejándose llevar por la línea argumentativa seguida por Dworkin, afirma que la regla de reconocimiento es una regla convencional, en el sentido de que su obligatoriedad para cada juez depende necesariamente, entre otras cosas, también del hecho de que esta se considere obligatoria por parte del conjunto del poder judicial. Según Dickson, esta concesión de Hart, además de no ser de ninguna manera necesaria, desnaturalizaría la teoría práctica de las normas, que desde una teoría sobre la determinación del derecho se transformaría en una concepción (errónea según Dickson) de la obligación jurídica.

Teniendo en cuenta todo esto, mi consideración es que no se debe enfatizar el giro convencionalista; pues una fuerte “vocación” convencionalista caracterizaba ya la versión original de la concepción hartiana de la obligación (tal y como se desprende también de la reconstrucción ofrecida por Hacker, citada en la sección III).

En el Epílogo Hart se limita a señalar con mayor claridad lo que, siguiendo a Bruno Celano³⁹, denomino “condición de dependencia”. La condición de dependencia puede ser entendida tanto en sentido fuerte como en sentido débil. Si se sostiene que la única razón que un individuo tiene para considerar una regla social como un modelo de conducta es que también los otros miembros del grupo la consideren como tal, entonces la condición de dependencia se entiende en sentido

³⁹ Véase Celano, B., “Consuetudini, convenzioni”, en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 35-87; Id., “La regola di riconoscimento è una convenzione?”, *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 347-360.

fuerte; si, por el contrario, se afirma que la conformidad general de los miembros del grupo es solo una de las razones para la aceptación de una regla, entonces la condición de dependencia se entiende en un sentido débil. Hart acepta la versión débil de la condición de dependencia.

Vale la pena subrayar que, con más de treinta años de distancia desde la publicación de *El concepto de derecho*, la exigencia de Hart todavía es la de distinguir la obligación jurídica de la obligación moral y de la coacción. Esto lo confirma también Nicola Lacey: “[Hart] worried... that any revisions he might make [on his theory of legal obligation] would either render it impossible to differentiate his own position from the earlier positivist account of obligation as equivalent to the demands of a gunman, or else from the fully moral account of obligation espoused by natural lawyer”⁴⁰.

Los fragmentos del “Postscript” que son relevantes a fin de caracterizar como convencionalista la concepción hartiana de la obligación jurídica se encuentran en el tercer apartado, titulado *La naturaleza de las reglas*, y en el cuarto apartado titulado *Principios y Regla de Reconocimiento*.

En el tercer apartado, Hart, después de haber concedido a Dworkin que el ámbito de extensión de su teoría de la obligación debe ser restringido, afirma, sin embargo, que esta teoría se aplica a las reglas convencionales y añade que la regla de reconocimiento es una regla convencional. Hart propone la siguiente definición de la regla convencional: “Las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad general de un grupo hacia ellas es *parte* de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación”⁴¹.

⁴⁰ Lacey, N., *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 335.

⁴¹ Hart, H. L. A., “Postscript”, en *The Concept of Law* (1961), Second Edition. Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 255 (33), cursivas añadidas. [N. E.: no se ha consolidado aún una traducción canónica de las notas manuscritas de Hart, que Joseph Raz y Penelope Bulloch incluyeron como “Postscript” en la segunda edición de *The Concept of Law* (pp. 238-276). A los fines de lograr uniformidad se cita en la traducción de Rolando Tamayo y Salmorán: Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000. En paréntesis se indican las páginas correspondientes a la traducción].

El hecho de que Hart considere que la “conformidad general” respecto a una regla convencional como parte solo del conjunto de las razones para aceptar esta regla, demuestra cómo este autor acepta la condición de dependencia entendida en sentido débil; esto comporta que su teoría de la obligación no pueda considerarse una alternativa al modelo del bandido y al modelo de la moral.

A estas alturas, ya es posible comprender la preocupación de Hart, documentada por Lacey, de que cualquier modificación que este hubiese aportado a la versión original de la teoría de la obligación habría supuesto renunciar a la autonomía de la obligación jurídica.

Esta preocupación lleva Hart a confirmar la postura que defendió en un primer momento. En resumen, según Hart, no es correcto atribuir una superioridad jerárquica a ninguna de las razones para aceptar una regla convencional que sea posterior respecto a la aceptación por otros participantes:

Evidentemente, una sociedad puede tener reglas aceptadas por sus miembros que son moralmente perversas, reglas tales como prohibir a las personas de cierto color usar servicios públicos, como parques o balnearios en las playas. Verdaderamente, aun la más débil condición de que para la existencia de una regla social tenga que ser el caso que los participantes tengan únicamente que *creer* en que hay buenos fundamentos morales para conformarse a ella es muy fuerte como condición general para la existencia de reglas sociales [...]. Por supuesto, una regla convencional puede ser moralmente correcta y justificada y creerse que lo es. Pero, cuando surge la cuestión de por qué lo han hecho así los que han aceptado las reglas convencionales como guías para su comportamiento o como estándares de crítica, no veo ninguna razón para seleccionar, de entre las muchas respuestas que dar [...], la creencia en la justificación moral de las reglas como la única respuesta posible o adecuada⁴².

⁴² Hart, H.L.A., “Postscript”, *op. cit.*, p. 257 (35-36), cursiva en el original.

Entonces, según Hart, son múltiples las razones que pueden inducir a aceptar una regla social, en muchos sentidos insondables y todas situadas al mismo nivel. A este respecto, la única diferencia apreciable entre la edición original y el “Postscript” es que en este escrito póstumo Hart especifica con más claridad la idea de que, en el caso de las reglas sociales, la aceptación por parte de los otros miembros del grupo es una razón necesaria para la existencia de una obligación.

¿En qué sentido la regla de reconocimiento es una regla convencional? La respuesta de Hart a esta pregunta es la siguiente:

Ciertamente, la regla de reconocimiento es tratada en mi libro como reposando en una forma convencional de consenso judicial. Que efectivamente ésta descansa así, parece muy claro, al menos en el derecho inglés y en el derecho estadounidense porque, ciertamente, la razón de un juez inglés para tratar a la legislación del Parlamento (o la razón de un juez estadounidense para tratar la Constitución) como una fuente de derecho que tiene supremacía sobre todas las otras fuentes, *incluye* el hecho de que sus colegas de la judicatura concurren en ésto como sus predecesores lo hicieron⁴³.

Para concluir, la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento no es suficientemente fuerte para asegurar la autonomía de la obligación jurídica respecto a la obligación moral. La única oportunidad para el convencionalismo a fin de preservar la autonomía de la obligación jurídica es la de tratar a la regla de reconocimiento como una convención a la Lewis de tal forma que permita resolver los problemas de coordinación entendidos en sentido estricto. En relación con un problema de coordinación típico (por ejemplo: en el caso de interrupción de la conversación telefónica, ¿quién debe volver a llamar?) es indiferente la solución que se elija, lo importante es que todos se inclinen por la misma solución. En otras palabras, el giro convencionalista para ser eficaz debería adoptar la condición de dependencia en la versión más fuerte. De este modo, sería efectivamente posible distinguir la obligación jurídica

de la obligación moral: la normatividad del derecho no dependería de su capacidad para asegurar un orden social moralmente apreciable, sino de su capacidad para resolver problemas de coordinación.

Esta versión del convencionalismo, sin embargo, todavía parece poco plausible. El hecho es que a nosotros no nos basta con que el derecho coordine la actuación social de una manera u otra, sino que deseamos que lo haga de la manera justa. Como pone de relieve Shapiro, una constitución generalmente no se considera una solución arbitraria que puede ser sustituida por un otro texto en cualquier momento; por el contrario, muchos opinan que “el texto de la Constitución es sagrado y que tienen la obligación moral de acatarlo, con independencia de lo que hagan los demás”⁴⁴. El convencionalismo fuerte podría garantizar la autonomía de la obligación jurídica, pero con el precio de una grave distorsión de la realidad.

VI. La teoría de la planificación y la normatividad del derecho

Shapiro propone una teoría del derecho basada en la noción de “plan” elaborada por Michael Bratman en el ámbito de una teoría general de la intención colectiva. La parte final de este artículo está dedicada a un análisis crítico de la concepción de la normatividad del derecho asociada a la *teoría del derecho como plan*. Como veremos, Shapiro sigue los pasos de Hart en su preocupación por distinguir la obligación jurídica de la obligación moral y esto debilita la concepción de la normatividad del positivismo de los planes.

Con carácter preliminar, es necesario presentar esquemáticamente la *teoría del derecho como plan*.

Usando las palabras de Shapiro, “La idea central que subyace a la Teoría del derecho como plan es que el ejercicio de la autoridad jurídica, al que me referiré como ‘actividad jurídica’, es una actividad de planificación social. Las instituciones jurídicas planifican para las

⁴⁴ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 149.

comunidades sobre las que pretenden autoridad, tanto diciendo a sus miembros lo que pueden o no hacer como autorizando a algunos de ellos a planificar para los demás”⁴⁵.

Antes de profundizar en esta tesis es necesario detenerse en la noción de “plan” con carácter general. Los seres humanos son animales que planifican. Hay al menos dos razones que hacen de la planificación una característica esencial de los seres humanos. La primera es que los seres humanos, a diferencia de la mayor parte de otros animales, tienen objetivos y deseos complejos que, para ser realizados, requieren de una compleja actividad de organización del futuro. Los planes, en este sentido, satisfacen la exigencia de la coordinación. La segunda razón es que los seres humanos están dotados de una racionalidad limitada. El planificar les permite ahorrar la energía que malgastaríamos si nos pasáramos todo el tiempo decidiendo qué hacer y revisando continuamente nuestras decisiones. Por otra parte, esta manera de proceder produciría la mayoría de las veces una parálisis en la acción. Planificar, en definitiva, es un método eficaz para hacer frente a los límites de nuestra capacidad cognitiva y reducir el coste de la deliberación. Una respuesta satisfactoria a la pregunta “¿Qué hago para cenar?” puede ser la elaboración de un plan de cenas para casa⁴⁶. Este plan muy general me permite descartar toda una serie de posibles acciones como cenar en un restaurante, autoinvitarme a cenar a casa de un amigo, ayunar, etcétera. Además la aplicación de este plan⁴⁷ hace que surjan otras preguntas que nos permiten seguir realizando otros de nuestros deseos más complejos. Una vez que ya he planificado que cenaré en casa, la pregunta “¿Qué hago para cenar?” deja de ser actual y se sustituye por la pregunta “¿Dónde voy a comprar la comida para cocinar esta noche?”. La respuesta a esta pregunta, como por ejemplo “voy a comprar la comida al supermercado”, se presenta a su vez como un subplan del plan de cenar en casa. A su vez, el plan de ir a comprar

⁴⁵ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 245.

⁴⁶ El ejemplo es de Shapiro.

⁴⁷ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 167: “‘aplicar’ un plan significa usarlo para guiar o evaluar la conducta”.

la comida al supermercado representa el punto de partida de unos subplanes todavía más específicos, y así sucesivamente hasta la realización del objetivo. Un aspecto importante que se debe resaltar es que la aplicación de un plan impone un elevado grado de estabilidad. Un plan, en otros términos, desempeña la misma función de las que Raz denomina *exclusionary reason*: es una razón para no tomar en cuenta consideraciones ulteriores. Una vez que he planificado cenar en casa, se elimina la hipótesis de cenar en el restaurante. Esto no significa que los planes son inmodificables, sino que su “reconsideración es racional si, pero solo si, existen suficientes buenas razones para ello”⁴⁸.

La exigencia de planificar aumenta obviamente cuando se pasa de actividades individuales a “actividades compartidas” (*shared activities*). Entre estas últimas hay una diferencia fundamental, además, entre las actividades de pequeño alcance (*small-scale*) y las agencias compartidas masivas (ACM). Entre las primeras se encuentran actividades como organizar con algunos amigos una cena; entre las segundas, por ejemplo, destaca la creación de una empresa de catering⁴⁹.

Las ACM merecen algunas palabras más en cuanto que el derecho ejercita su actividad de planificación precisamente en relación con actividades de este tipo. En el caso de actividades de pequeño alcance puede ser útil introducir una cierta jerarquía entre los participantes. Por ejemplo, un grupo de amigos que siguen el plan de hacer una cena juntos pueden decidir asignar a uno de ellos el cometido de hacer de chef. Esta decisión es racional en cuanto que evita el tener que someter a debate la adopción de cualquier decisión, desde la de determinar qué preparar para cenar a la de decidir quién cocina cada cosa. La jerarquía es incluso indispensable en el caso de las ACM. Si ya entre un grupo de amigos es difícil adoptar planes por unanimidad, en un grupo de amplias dimensiones esto es imposible. La diferencia entre los dos tipos de actividad compartida no se refiere solo al número de participantes, sino también al hecho de que en las ACM es muy variable el grado de interés que los diversos participantes muestran hacia la actividad com-

⁴⁸ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, p. 166.

⁴⁹ También estos ejemplos son de Shapiro.

partida. Es sobre todo esta última constatación la que hace indispensable que el poder de planificar se concentre en algunas manos. Más precisamente: “quienes están comprometidos con el éxito de la actividad han de tener una forma de dirigir y controlar a quienes carecen del mismo entusiasmo”⁵⁰. Si se prescinde además del interés que cada uno de los participantes tiene por la actividad compartida, es evidente que no todos los participantes pueden tener una visión amplia del alcance de la actividad en cuestión. Esto implica que quien se encuentra en la cúspide de la jerarquía debe prever una división rígida del trabajo horizontal de forma que todos los participantes sepan cuál es su papel en la aplicación del plan general. La división del trabajo requiere que sea quien está por “encima” elabore “planificaciones de actividad” (*policies*) para quien está por “debajo”. Entre estas planificaciones algunas –aquellas que tienen la función de atribuir diversos papeles– son muy generales, otras más específicas. En el ejemplo de Shapiro de la empresa de catering, entre las *planificaciones* más generales podrían encontrarse la que impone al camarero quedarse siempre detrás de la barra y servir a los clientes la bebida que le pida.

Entre las *planificaciones* más específicas Shapiro distingue entre *estipulaciones*, *factorizaciones* y *permisos*. Las *estipulaciones* son instrucciones que los destinatarios deben seguir en la aplicación del plan sin preguntarse si son correctas o erróneas. Si en el recetario de los cócteles distribuido a los camareros aparece que entre los ingredientes del *Bloody Mary* está el zumo de mango, entonces los camareros deben usar también este ingrediente cuando un cliente pida este cóctel. Las *factorizaciones* determinan los factores que se deben tener en cuenta en la aplicación del plan. Una *factorización* puede, por ejemplo, prescribir a los empleados que estén concienciados sobre los costes. Finalmente, los *permisos* son “antidirectivas”; estas se limitan a informar a los destinatarios que determinadas acciones son lícitas. Permitir, por ejemplo, que los camareros se lleven a casa la comida que sobra sería un *permiso*. Todas estas *planificaciones* son subplanes del plan compartido para participar conjuntamente en el negocio del catering.

En el caso de las ACM, la división horizontal del trabajo implica también una división vertical. Es preciso que algunos individuos elegidos, tanto por su capacidad como por su entrega a la actividad común, se encarguen de vigilar la aplicación de las planificaciones diseñadas por los creadores del plan para los miembros del equipo de trabajo. Esto requiere que quien está en la cúspide de las ACM prevea ulteriores subplanes: que atribuyan a los supervisores “la potestad de aplicar aquellos planes de la empresa que se dirigen a los miembros del personal” y que especifiquen “cómo se espera que los supervisores ejerciten las potestades que les han sido conferidas”⁵¹. Shapiro denomina a estos subplanes respectivamente “autorizaciones” y “instrucciones”.

Resumiendo, lo que distingue las ACM de otro tipo de actividades comunes es la presencia de “*participantes alienados*”. Volviendo al ejemplo de la empresa de catering, es lícito imaginar que quien es contratado por el jefe como camarero puede no estar particularmente interesado en el buen resultado de la actividad común, sino más bien en ganar lo que necesita para vivir; el problema, entonces, es el de hacerlo de tal manera para que también estos individuos poco motivados apliquen el plan de forma correcta. El alejamiento que caracteriza las ACM impone a aquel que ha determinado el contenido del plan general prever a) una conducta detallada, b) unas estructuras jerárquicas y c) la posibilidad de que aquellos que ostentan una posición de supervisores puedan imponer sanciones.

Tal y como anticipa Shapiro, el derecho es una actividad de planificación que debe enfrentarse a las dificultades típicas de las planificaciones de las ACM. Arriesgándose a una cierta imprecisión se puede decir que una comunidad social es una ACM a la enésima potencia. Un sistema jurídico es por lo tanto una organización de planificación altamente sofisticada y está compuesto por un “plan maestro” compartido por un grupo de planificadores y por las normas (que son unos subplanes, básicamente) que este grupo adopta y aplica.

Desde el momento en el que el derecho no es la única actividad compartida de planificación social es necesario determinar las carac-

⁵¹ Shapiro, S., *Legalidad*, op. cit., p. 191.

terísticas ulteriores que permiten determinar la identidad. En otros términos, es preciso preguntarse cuáles son las diferencias entre el derecho y las otras actividades compartidas que no son jurídicas. Shapiro enumera cinco características ulteriores que permiten hacer que la respuesta a la pregunta “¿qué es el derecho?” sea más determinada.

En los siguientes párrafos me limito a introducirlas brevemente.

En primer lugar, el derecho se configura como una actividad oficial. La actividad jurídica se desarrolla por cargos públicos que no son posiciones de autoridad *ad hoc*. Estos cargos son, por ejemplo, la Presidencia de la República, la Presidencia del Consejo de Ministros, etcétera. Una característica esencial de estos cargos públicos es que la persona física que los ocupa es reemplazable. Esta característica nos permite distinguir el derecho de la actividad de planificación de los padres hacia sus hijos. Generalmente, el poder de los padres sobre los hijos no es constante sino que disminuye hasta desaparecer. Además los padres no son reemplazables: “Los padres en general siguen siendo padres de sus hijos –para bien o para mal–”⁵².

En segundo lugar, el derecho es una actividad institucional. Esto significa que la producción del derecho se realiza a través de procedimientos que permiten prescindir de las intenciones de los individuos. Una norma jurídica es válida si se ha elaborado respetando los criterios previstos por el master plan, y esto a pesar de que quien la haya votado no estuviera al corriente de su contenido. Por decirlo utilizando palabras de Kelsen, una norma es una orden (pero también un permiso) “des-psicologizado”. La dimensión institucional del derecho marca una vez más una diferencia con la actividad de planificación de los padres.

En tercer lugar, el derecho impone un gobierno obligatorio. No somos libres de pagar o no pagar los impuestos, de respetar los límites de velocidad, etcétera. Desde este punto de vista, el derecho es similar a la actividad de planificación de los padres y se distingue de la actividad, vista anteriormente, de la empresa de catering. En este último caso, de hecho, el miembro del personal que no quisiera someterse a las reglas impuestas por el jefe y por los supervisores podría ser despedido.

En cuarto lugar, el derecho es una actividad de planificación que tiene el objetivo bien preciso de resolver de la forma más eficiente posible los problemas morales que surgen en una sociedad. Como hemos visto anteriormente, nosotros no le pedimos al derecho que solo coordine las acciones de una forma u otra, sino que elija la solución moralmente justa. Esta característica del derecho, por ejemplo, se viene expresada adecuadamente en el “argumento de la corrección” de Robert Alexy⁵³. La “tesis del fin moral” es fundamental en la concepción de Shapiro de la normatividad del derecho, y, por lo tanto, retornaré pronto sobre esta cuestión. Aquí me limito a destacar que esta característica nos permite distinguir el derecho de otros fenómenos en algunos aspectos similares como el crimen organizado. La cuestión no es que la actividad jurídica se caracteriza por ser moralmente correcta mientras que una organización como la mafia no; sino más bien la diferencia consiste en el hecho de que el derecho tiene el objetivo necesario de organizar una sociedad de una forma moralmente correcta, mientras que este no es el objetivo de una asociación criminal.

En quinto lugar, el derecho es “una organización de planificación que se autocertifica”. En palabras de Shapiro, una organización se autocertifica si es suprema o si goza de una presunción general de validez por parte de “todas las organizaciones superiores de planificación”. Esta última característica nos permite distinguir el derecho de comunidades más pequeñas –por ejemplo, grupos de personas mayores que se organizan en comunidades residenciales creadas específicas para ellos– que se organizan de manera autárquica.

Resumiendo: “un grupo de individuos participa en una actividad jurídica siempre que su actividad de planificación social sea compartida, oficial, institucional, compulsiva, goce de autocertificación y tenga un fin moral”⁵⁴.

Según Shapiro, la teoría de la planificación permite distinguir la “autoridad jurídica” de la “autoridad moral” y la obligación jurídica de

⁵³ Vease Alexy, R., “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167-183.

⁵⁴ Shapiro, S., *Legalidad, op. cit.*, pp. 278-279.

la obligación moral. En pocas palabras, la existencia de una autoridad jurídica presupone el cumplimiento de dos condiciones: la primera es que el *master plan* del sistema autorice a un grupo de individuos a planificar por los demás; la segunda es que los miembros de la comunidad generalmente escuchen a aquellos que están autorizados por el *master plan*. La solución de la paradoja de la autoridad propuesta por la teoría de la planificación es la siguiente: la autoridad jurídica se deriva del *master plan* y el poder de los que están encargados de adoptar el plan común se deriva de las normas de la racionalidad instrumental. Como hemos visto, planificar, en realidad, es un modo racional para perseguir los deseos y objetivos complejos. Las normas de la racionalidad instrumental que legitiman la adopción de un *master plan* no son a su vez planes y esto significa que no es necesario buscar una autoridad que las haya producido: “Existen solo en virtud de que son principios racionalmente válidos”⁵⁵.

Resuelto el problema de la paradoja de la autoridad, queda todavía por afrontar la cuestión de la normatividad del derecho: ¿es lícito criticar a quién intencionadamente viola el derecho? Según Shapiro, la teoría de la planificación nos permite contestar afirmativamente a esta pregunta. Ante todo, la aceptación de las reglas fundamentales de un sistema jurídico implica “la adopción de un plan” y esto nos reenvía a las normas de la racionalidad instrumental. Por consiguiente, un funcionario que acepta su posición dentro de una estructura autoritaria puede ser racionalmente criticado en el caso de desobediencia a sus superiores, y, más en general, si no aplica el plan. Como hemos visto, de hecho, la función de la planificación se vacía si los planes adoptados se reconsideran sin tener en cuenta las “razones imperiosas para hacer”. Este tipo de crítica es una consecuencia de lo que Bratman y Shapiro denominan “racionalidad interna del derecho”. Obviamente, los vínculos que se derivan de la racionalidad interna del derecho son válidos solo para aquellos que aceptan el plan maestro.

Desde el punto de vista de la racionalidad interna del derecho, la defensa de Adolf Eichmann en el juicio de Jerusalén de 1961 es correcta.

Como demuestra claramente este último ejemplo, afirmar que sería irracional para quien acepta el derecho no aplicar los planes jurídicos no significa que quien viola el derecho sea criticable también desde un punto de vista moral. La crítica moral reviste, en realidad, la legitimidad moral del plan maestro. Entonces: “[a] menos que el plan maestro establezca un esquema legítimo de gobierno, aquellos autorizados simplemente gozarán de autoridad jurídica, pero carecerán de la capacidad de imponer obligaciones morales de obediencia”⁵⁶.

Esta afirmación parece conectar la autoridad jurídica con la autoridad moral, y, por consiguiente, también la obligación jurídica a la obligación moral. A fin de cuentas, ¿por qué la defensa de Eichmann alegando haberse limitado a cumplir órdenes no nos satisface? Precisamente porque consideramos que las órdenes en cuestión eran inmorales y provenían de una autoridad ilegítima desde el punto de vista moral. Esta conclusión, que Shapiro, en mi opinión, conecta necesariamente equivocándose con la aceptación de una perspectiva del derecho natural, parece implicar la imposibilidad de realizar un discurso sobre la normatividad del derecho que no esté formulado en términos morales. Quien acepta el derecho debe estar dispuesto a defender su aceptación desde un punto de vista moral.

Shapiro, aunque comparte la distinción entre los vínculos impuestos por la racionalidad y vínculos impuestos por la moral, considera que es posible –y necesario para un iuspositivista– distinguir entre la autoridad jurídica y la autoridad moral y entre la obligación jurídica y la obligación moral.

Este autor distingue dos posibles modos de entender la autoridad jurídica: la “interpretación adjetival” y la “interpretación perspectivista”.

Sobre la base de la primera interpretación, “la autoridad jurídica implica autoridad moral y, como los planes compartidos ilegítimos no confieren autoridad moral, no pueden conferir autoridad jurídica”⁵⁷. Shapiro rechaza esta interpretación en cuanto que no es capaz de resolver el “problema del mal”: si se liga la autoridad jurídica a la autoridad

⁵⁶ *Ibidem*, p. 232.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 233.

moral no es posible justificar la existencia de regímenes inmorales. Esta conclusión no es convincente en cuanto que presupone la confusión entre la conexión identificativa y la conexión justificativa entre el derecho y la moral. Raz, por ejemplo, señala que una característica fundamental del derecho es aquella de presentar una pretensión de ser una autoridad legítima. Esta pretensión no implica que, de hecho, la autoridad del derecho sea legítima. En conclusión: la existencia del derecho depende exclusivamente de hechos sociales (la existencia de una determinada práctica entre cuyas características necesarias está también la de presentar una pretensión de legitimidad) mientras que su mayor o menor legitimidad depende de valoraciones morales. También la distinción de John Finnis entre los “casos centrales y periféricos del derecho”, en parte criticada por Shapiro en el último capítulo de su libro, permite distinguir entre la existencia y la legitimidad de un sistema jurídico y, por lo tanto, es una manera posible de superar el “problema del mal”.

De acuerdo con la segunda interpretación, el término “legal” en la expresión “autoridad legal” funciona como una tesis perspectivista. Esto significa que otorgar a alguien autoridad legal no implica la atribución también de una autoridad moral, sino la constatación de que, desde un punto de vista del derecho, este sujeto ejercita un poder moralmente legítimo. Shapiro observa que la interpretación perspectivista desempeña una “función desvinculante” (*distancing function*), en el sentido de que nos permite de hablar de la concepción moral de un sistema jurídico sin aceptarla en primera persona. Se puede decir que un sistema jurídico que prohíba el divorcio atribuye un alto valor moral al modelo de familia tradicional sin que por ello se comparta en primera persona esta perspectiva. Sobre la base de esta interpretación es posible entonces distinguir entre la autoridad legal y moral.

Por un lado, la interpretación modal de la autoridad jurídica no parece muy diferente de la tesis de Raz según la cual cada sistema jurídico presenta una pretensión de legitimidad. Por otro lado, sin embargo, el hecho de que Shapiro continúe manteniendo una neta distinción entre la autoridad moral y la legal produce una serie de ambigüedades en relación con el tema de la normatividad del derecho. Como he dicho, un discurso sobre la normatividad del derecho requiere formularse la

pregunta de si y en qué medida el derecho es una razón para la acción. Como ha demostrado claramente Hart, esta pregunta impone tomarse en serio la perspectiva del participante. Como he intentado demostrar, el participante, para justificar su comportamiento conforme al derecho, debe estar dispuesto a defender, en todo o en parte, la perspectiva moral recogida por el derecho. Esto significa que no es posible distinguir la obligación jurídica de la obligación moral. Creo que Shapiro comparta esta conclusión, aunque la distinción entre la autoridad legal y moral vaya en la dirección contraria. A esto hay que añadir: a) los vínculos racionales que imponen no alejarse de un plan una vez que se ha adoptado no autorizan dejar de lado las razones (morales, sobre todo) que han empujado hacia la adopción de ese plan; b) realizar la propia parte en una actividad compartida a fin de no traicionar las expectativas de los otros planificadores presupone una valoración positiva desde un punto de vista moral de la tutela de la confianza y, por lo tanto, es una razón moral que tiene que ponderarse junto con las demás razones morales.

Un último punto. Shapiro señala que “esta teoría normativa podría ser falsa desde una perspectiva moral. Aquellos autorizados por las instituciones jurídicas a actuar podrían carecer de legitimidad moral y sus acciones podrían no generar obligaciones morales de obediencia”⁵⁸. Esta afirmación presupone la aceptación de una metaética cognitivista y objetivista. El objetivismo ético sostiene a) que es posible predicar la verdad o la falsedad de los enunciados que contengan valoraciones o apreciaciones morales, b) que estos enunciados son verdaderos o falsos independientemente de nuestras opiniones y c) que los cánones del razonamiento moral constituyen un método fiable para conseguir y aumentar el conocimiento moral⁵⁹. La teoría de la planificación sostiene que una característica de la actividad legal es su “fin moral”. Sin embargo, si se defiende una fuerte posición objetivista en ámbito metaético se debe estar dispuesto a sostener que es posible demostrar

⁵⁸ *Ibidem*, p. 235.

⁵⁹ Ver Boyd, R.N., “How to Be a Moral Realist”, en Sayre-McCord, G. (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1988, p. 181-228, en particular pp. 181-183.

si un sistema es conforme a la moral correcta o no. La posibilidad de demostrar la inmoralidad de un sistema jurídico provoca algunos problemas al positivismo jurídico y, más aún, al positivismo de la planificación que introduce entre las características necesarias del derecho la finalidad moral. Estos problemas los tenían muy claros los positivistas de la primera mitad del siglo pasado, y, quizás, Shapiro habría debido prestarles una mayor consideración.

En conclusión, la distinción entre la autoridad moral y la autoridad legal es un legado de la teoría práctica al que Shapiro podría renunciar sin ningún tipo de consecuencias para su positivismo de la planificación.

Bibliografía

- Alexy, R., "On Necessary Relations Between Law and Morality", *Ratio Juris*, 2, 1989, pp. 167-183.
- Barberis, M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica. Terza edizione*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Bayón, J.-C., "Deber jurídico", en Garzón Valdés, E. y Laporta, F. J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 313-331.
- Boyd, R. N., "How to Be a Moral Realist", en Sayre-McCord, G. (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca and London, Cornell University Press, 1988, pp. 181-228.
- Bulygin, E., *Il positivismo giuridico* (2006), Milano, Giuffrè, 2007.
- Celano, B., "Consuetudini, convenzioni", en Comanducci, P. y Guastini, R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 35-87.
- Celano, B., "La regola di riconoscimento è una convenzione?", *Ragion Pratica*, 21, 2003, pp. 347-360.
- Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

- Comanducci, P., "Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio", en Bianchini, M. y Viarengo, G. (eds.), *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 125-134.
- Comanducci, P., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1998.
- Dickson, J., "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, pp. 373-402.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978.
- Gilbert, M., *A Theory of Political Obligation*, Oxford, Clarendon Press, 2006.
- Green, L., "Positivism and Conventionalism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XII, 1999, pp. 35-52.
- Hacker, P. M. S., "Hart's Philosophy of Law", en Hacker, P. M. S. y Raz, J. (ed.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 1-25.
- Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, traducción de Genaro R. Carrió.
- Hart, H. L. A., "Commands and Authoritative Legal Reasons", en Id., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268.
- Hart, H. L. A., "Legal Duty and Obligation", en Id., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 127-161.
- Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán.
- Hartney, M., "Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation", *Ratio Juris*, 7, 1994, pp. 44-55.
- Lagerspetz, E., *The Opposite Mirrors. An Essays on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1995.
- Ricciardi, M., *Diritto e natura. H. L. A. Hart e la filosofia di Oxford*, Pisa, ETS, 2008.

- MacCormick, N., "Law, Morality and Positivism", en MacCormick, N. y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo, Reidel, 1986, pp. 127-144.
- MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, II ed. 1994.
- Mackie, J. L., *Ethics. Inventing Rights and Wrong*, Harmondsworth, Penguin Books, 1977.
- Nino, C. S., "Legal Norms and Reasons for Action", *Rechtstheorie*, 15, 1984, pp. 489-502.
- Nino, C. S., *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Postema, G. J., The Normativity of Law, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 81-104.
- Raz, J., "Authority and Justification", en Id. (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, pp. 115-141.
- Raz, J., "Authority, Law and Morality", en Id., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (revised ed.), Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 210-237.
- Raz, J., "Reasons: explanatory and normative", en Sandis, C. (ed.), *New Essays in the Explanation of Action*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 184-202.
- Raz, J., "The Authority of States", en Id., *The Morality of Freedom*, II ed., Oxford, Clarendon Press, 1988.
- Raz, J., "Intention in Interpretation", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 249-286.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms (with a new postscript)*, Oxford, Oxford University Press, 1990 (ed. or., London, Hutchinson, 1975).
- Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- Redondo, M. C., "Sulla rilevanza pratica del diritto", *Ragion Pratica*, 13, 1999, pp. 203-218.

Norma de reconocimiento, convención y obligación. Aquello que Shapiro...

Shapiro, S. J., "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507.

Shapiro, S., *Legalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2014, traducción de Papayannis, D. M. y Ramírez Ludeña, L.