

# Variabilidad de la regla de reconocimiento: reglas secundarias y metalenguaje prescriptivo del derecho\*

## Variability of the rule of recognition: secondary rules and prescriptive metalanguage of law

Oscar Alexis Agudelo Giraldo\*\*

---

Fecha de recepción: 20 de julio de 2015

Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2015

---

### RESUMEN

Atendiendo a una metodología dogmática, se abordara como problema a desarrollar, la variabilidad en el contenido de la regla de reconocimiento, su hipotética existencia plural, su naturaleza prescriptiva o conceptual, sus problemas de circularidad y, su posible trasplante a los sistemas que por adopción, implementan la tradición del Derecho Continental Europeo.

**Palabras claves:** Regla de reconocimiento, aplicabilidad, validez, perspectiva del participante, metalenguaje prescriptivo.

### ABSTRACT

Attending to dogmatic methodology, be addressed as a problem to develop, variability in the content of the rule of recognition, its hypothetical plural existence, prescriptive or conceptual nature, problems of circularity and possible transplant systems for adoption, implemented the tradition of European Continental law.

**Keywords:** Rule of recognition, applicability, validity, participant point of view, prescriptive metalanguage.

---

\* El presente artículo se estructura como desarrollo del proyecto de investigación "Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y formas contemporáneas" del Grupo de estudios legales y sociales "Phronesis", adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas "CISJUC" de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia.

\*\* Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Master en Filosofía del derecho. Docente Universidad Católica de Colombia e investigador en asuntos de lógica, argumentación jurídica y, teoría del derecho. Correo electrónico: oaagudelo@ucatolica.edu.co.

## INTRODUCCIÓN

**E**n el año 1961, Herbert Hart publicaba la primera edición de su obra magna “The concept of law”. En esta obra, de la mano de la tradición analítica anglosajona, se demarca un criterio de sistematización jurídica y social para la raigambre de reglas que persistían y, sobre las cuales, subsistía con univocidad, el hábito general de obediencia como criterio de aceptación. Es así como, con la demarcación de la regla de reconocimiento, se dota de contenido social, restándole contenido político – hegemónico, a la naturaleza de los sistemas jurídicos.

La regla de reconocimiento apareció como criterio de validez para el conjunto de reglas primarias, propias de los mandatos del soberano. Con su instauración, se estatuye la noción de orden jurídico como sistema; posición que para el devenir de la teoría jurídica situara como objeto de debate la determinación de las normas morales como elemento exógeno o aledaño a la naturaleza de los sistemas jurídicos, planteando, en sede de revisión, la posibilidad de existencia de una regla de reconocimiento incluyente.

A su vez, la regla de reconocimiento fue dada con la finalidad de dotar al sistema jurídico de un grado superior de certeza jurídica frente a los criterios de vinculatoriedad o pertenencia de una regla al sistema jurídico; situación que supone un examen de validez. Al respecto, atendiendo a investigaciones ulteriores sobresalen como hipótesis científicas: i) La posibilidad de que la regla de reconocimiento constituya un test de validez, sin encontrarse inmersos en ella la totalidad de los criterios de validez, ii) La posibilidad de que la regla de reconocimiento determine la validez de las fuentes legales que dan nacimiento a las reglas, mas no las reglas en sí mismas, iii) La posibilidad, tomada de la literatura jurídica Norteamericana, de que el hecho de aceptación de las reglas como válidas de la regla de reconocimiento, devenga no con exclusividad de la autoridad judicial, sino además, de la misma profesión legal, los teóricos del derecho y las instituciones de enseñanza de éste.

Por ello, atendiendo a los problemas de ambigüedad, vaguedad, y circularidad en las reglas secundarias y, por lo tanto, en la regla de reconocimiento, se atenderá a la posibilidad de existencia plural de reglas de reconocimiento o, en sentido inverso, la idea de una sola regla de reconocimiento con varios criterios de validez; posición que, como se demostrará, afecta el ideal de coherencia de los sistemas jurídicos. Lo anterior, implica, una posibilidad adicional, y es que la regla de reconocimiento puede variar en cuando a la determinación de su criterio de identificación, lo que dependerá del régimen político que coexista con el sistema jurídico.

Por último, partiendo de un emparejamiento dúctil del sistema jurídico colombiano, con el sistema de precedente judicial y, entendiendo la tradición jurídica a la que corresponde el sistema jurídico colombiano – Derecho Continental Europeo – se hará un análisis proyectivo ante la posibilidad de trasplantar la noción de la regla de reconocimiento, basado en su hecho de aceptación por parte de funcionarios judiciales.

## 1. LA INTENCIÓN SUBYACENTE EN LA FORMULACIÓN DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Investigar a fondo las contingencias de la regla de reconocimiento, implica un examen acerca del fundamento último de validez del derecho. Bajo el análisis de la regla secundaria de reconocimiento subyacen a juicio del profesor RAMOS PASCUA en García Higuera, otra serie de problemáticas tales como: “La obligatoriedad jurídica de las fuentes del derecho, la consideración del orden jurídico como sistema y..., las relaciones entre el derecho y la moral”<sup>3</sup>. Con la teoría de la regla de reconocimiento Hartiana, se plantea una “reformulación” de la versión Kelseniana de la norma fundante básica donde, como crítica central en contra de esta, se trasladaba el fundamento último de validez a una norma presupuesta y por lo tanto artificial, postulado que contraría uno de los apogemas básicos del positivismo jurídico que adopta algunos de los postulados del positivismo científico como aquel que reza “Debe rechazarse toda explicación metafísica” y, además la existencia de esta en términos contemporáneos requiere de la aceptación popular en términos de obligatoriedad y existencia.<sup>4</sup>

Hart, intentando ir más allá de la artificiosidad de la norma fundante básica Kelseniana, determina que la regla secundaria de reconocimiento parte de su existencia como un “hecho” basado en la identificación de las demás reglas del sistema jurídico en el momento de su aplicación por parte de los funcionarios y tribunales. Sin embargo, pareciera que la propuesta de Hart no va más allá de la tentativa de superar los presupuestos de la norma hipotética fundamental.

Pero, la teoría de las reglas de Hart no parte con exclusividad de una reformulación de la norma hipotética fundamental. Es ostensible que la posibilidad teórica de creación de una regla de reconocimiento secundaria, a partir de los problemas latentes en las reglas primarias, no sería posible, además, sin la existencia del

3 García, Rubén. “La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart”, en *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, No. 8, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010. P. 1

4 Berteza, Stefano. “The master rule, normativity, and the institutional theory of law”, en *E. Fossum and A. Menendez, Law and Democracy in Neil MacCormick’s Legal and Political Theory*, Dordrecht, 2011, pp. 69 – 91. P. 22

concepto de Derecho de Austin. La crítica de Hart frente a Austin, que daría lugar a lo que bajo el sistema de reglas primarias denomina “el modelo simple”, se cimienta en tres puntos básicos de la teoría jurídica de Austin:

- El concepto de derecho como ordenes respaldadas por amenazas
- La atribución absoluta de poder al soberano de quien emanan aquellas ordenes respaldadas por amenazas
- El hábito general de obediencia.

Para Hart, el fundamento último de todo sistema jurídico no podrá reposar en el poder ilimitado del soberano sino, en un hecho social tendiente a calificar una regla como jurídica.<sup>5</sup>

El calificativo de “simple”, que empleó Hart para criticar a la teoría del derecho de John Austin, ocurre por la visualización pobre de un sistema jurídico donde solo existen deberes con respecto al soberano. Dicho modelo se compone entonces de lo que Hart en su tipología de reglas denomina como reglas primarias, las cuales deben ser complementadas con la introducción de reglas secundarias<sup>6</sup>, de ellas, la regla de reconocimiento cuya finalidad no es más que eliminar la falta de certeza relativa a la cuestión según la cual qué tipo de reglas o normas jurídicas hacen parte del sistema jurídico.<sup>7</sup> Es ostensible que la falta de certeza no es el único problema subyacente en el modelo simple de reglas, Roberto Jiménez Cano agrega como problema adicional al sistema de reglas primarias su carencia de unidad, donde las reglas primarias serian vistas “como un agregado de normas de comportamiento separadas o inconexas”<sup>8</sup>

En Hart, la disposición de reglas secundarias funciona como reglas que operan sobre otras reglas, en este caso, las reglas primarias. Ahora, si las reglas primarias obran sobre comportamientos, debe entenderse que estas obedecen al “uso” en términos lógicos del lenguaje jurídico. Pero, las reglas secundarias corresponden a un segundo nivel del lenguaje jurídico, a un metalenguaje prescriptivo del derecho.<sup>9</sup>

5 Garcia Ruben, *La regla de reconocimiento*, op.cit. p. 3

6 Hart. H. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeldo Perrot, 2012, p. 123

7 Garcia Ruben, *La regla de reconocimiento*, op.cit. p.

8 Jiménez, Roberto, “Problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, en *Universitas, Revista de filosofía, derecho y política*, No. 10, Julio 2009, p. 87.

9 Así como en la semiótica existe un lenguaje objeto y un metalenguaje, de igual manera ocurre con las normas jurídicas. Las reglas primarias puesto que mediante formulaciones lingüísticas permiten, prohíben u obligan ciertas conductas constituirían el nivel de lenguaje objeto para el derecho en general. En el caso de las reglas secundarias dado que son reglas que se refieren a otras reglas, constituyen la dimensión del metalenguaje del derecho. A su vez el metalenguaje jurídico de acuerdo con GUIBOURG puede ser de

## 2. FUNCIONALIDAD DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

La inclusión de la regla de reconocimiento como regla secundaria útil para eliminar la falta de certeza en los sistemas jurídicos cumple con tres funciones básicas:

**Determinación de criterios de autoridad:** con la regla de reconocimiento se enviste de autoridad a particulares y funcionarios con la finalidad de determinar cuáles son las normas jurídicas validas del sistema jurídico.

**Función de alienación:** con la regla de reconocimiento se transa una separación entre lo que es y no derecho, por lo que supone un elemento de separación entre el derecho y la moral. Esta segunda funcionalidad resume el concepto de derecho positivo en Hart pero, a partir de las críticas de Dworkin existe la posibilidad de una regla de reconocimiento inclusiva o suave<sup>10</sup>

**Función de sistematización:** la regla de reconocimiento tiene un rol de sistematización del sistema jurídico es decir, ofrece la versión del derecho como sistema, donde a partir de esta es factible identificar que normas hacen parte o no del plexo normativo valido, lo cual equivale a la intención Kelseniana de la norma fundante básica como elemento de unidad para una pluralidad de normas<sup>11</sup>

Para Waldrom, persiste una cuarta funcionalidad en la regla de reconocimiento. Para ello, debe partirse de la consideración según la cual, esta no ha de poder consistir en un criterio de reconocimiento de reglas de moral positiva, derivada de la presión de grupos sociales. Es así como, basado en los escritos de Hobbes, Waldrom encuentra relevancia a la función de la regla de reconocimiento, en la medida que persiste en ésta un fin político pues, dota a la comunidad sobre el sentido de lo que debería considerarse como derecho.<sup>12</sup>

## 3. PRESUPUESTOS DE EXISTENCIA, VALIDEZ Y EFICACIA DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Inicialmente, la regla de reconocimiento carece del adjetivo valido/invalido pues, constituye un hecho de aceptación por parte de los tribunales para identificar

dos tipos: Un metalenguaje prescriptivo, como el caso de las reglas de competencia que determinan los mecanismos para crear o modificar normas jurídicas y, un metalenguaje descriptivo, como el caso de la regla de reconocimiento conceptual que determina dentro del criterio de validez de las normas jurídicas en general el concepto de los criterios formales y materiales de validez. *Vid.* Guibourg Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Cap. 1, Núm. 1.2.3 Niveles del lenguaje. Ed. Eudeba. Buenos Aires 2000.

10 Garcia Ruben, *La regla de reconocimiento*, *op.cit.*, p. 4.

11 Ídem.

12 Waldron, Jeremy, "Who needs rules of recognition?", en Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by). *The rule of recognition and the U.S Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 327 - 349.

una norma jurídica como válida; razón por la cual es “criterio ultimo” y por lo tanto, no se valida, ni se invalida a sí misma. Sin embargo, investigaciones ulteriores ponen en tela de juicio, dos perspectivas inherentes a la validez implícita más no autorreferente de la regla de reconocimiento:

La posibilidad de que la regla de reconocimiento no constituya la totalidad de criterios de validez para un sistema jurídico, sino que constituya, en términos de filosofía de la jurisprudencia norteamericana un test de validez.

La hipótesis según la cual, la regla de reconocimiento establece la validez de las fuentes legales y no de las normas jurídicas.<sup>13</sup> Sin embargo, sostendrá Waldron que la regla de reconocimiento es útil para reconocer reglas de Derecho, pero no para reconocer fuentes legales.<sup>14</sup>

En este mismo sentido, su existencia deberá constituirse por los funcionarios como “un criterio común y público de decisiones judiciales correctas”<sup>15</sup> Ahora, si las reglas secundarias se constituyen como metalenguaje de las reglas primarias, podría pensarse que la regla de reconocimiento opera como metalenguaje descriptivo de las demás reglas, desde su determinación de criterios de validez. Esta es la regla primigenia para todo sistema jurídico pues “simplemente existe, y su existencia es una cuestión de hecho y, por lo tanto, comprobable empíricamente”<sup>16</sup>

Con respecto a la eficacia de las reglas secundarias, la pregunta inicial planteada por Hart es si la eficacia de una regla puede afectar su validez y, por lo tanto, la existencia de otra regla. Para ello, cabría responder que, si la regla de reconocimiento opera como criterio formal y material de validez, entonces la afectación de una regla en su validez por problemas de eficacia solo sería posible si la regla de reconocimiento determinara dicho hecho como criterio de validez<sup>17</sup>

Si la regla de reconocimiento puede o no ser tachada de eficaz o ineficaz, este es un problema independiente a su validez, tal como Hart defendió la no alteración de la validez de las reglas en virtud de su ineficacia<sup>18</sup>. Sin embargo, la eficacia si se constituye como requisito para su existencia, lo cual puede llegar a afectar al sistema jurídico en general.<sup>19</sup>

13 Pino, Giorgio, “Farewell to the rule of recognition”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No 5, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

14 Waldron Jeremy, *Who needs rules*, *op.cit.*, p. 12

15 Garcia Ruben, *La regla de reconocimiento*, *op.cit.*, p 5

16 Jiménez, Roberto, *Problemas abiertos de la regla*, *op.cit.*, p. 89

17 Ídem.

18 Hart, H, *El concepto*, *op.cit.*, p. 129

19 Garcia Ruben, *La regla de reconocimiento*, *op.cit.* p. 7

Ahora, la práctica jurídica del Sistema Norteamericano, ha hecho palpable los problemas de ambigüedad y vaguedad en la regla de reconocimiento, razón por la cual, se estima, debe ser esta reformulada. En atención a ello, se han determinado cuatro principios reconstructivos:

El grupo social que debe aceptar las reglas secundarias, y que, a su vez, delimita la regla de reconocimiento, es el grupo constituido por cada uno de los miembros de la profesión legal, en vez de jueces y otras autoridades. Situación que delimita el contenido de la regla de reconocimiento a la práctica profesional del Derecho

Si la profesión legal acepta una regla secundaria como una regla de reconocimiento, ésta puede ser dotada de contenido, examinando los tipos de reglas primarias que son empleadas en el ejercicio del Derecho, como reglas jurídicas dadas en la resolución de cuestiones legales y en la decisión de casos particulares.

Una regla puede ser una regla de Derecho, así no sea vinculante. Situación que posicionaría una tesis incorporacionista frente al contenido de los sistemas jurídicos.

En los Estados Unidos, el Derecho no solo es hecho por los jueces y otras autoridades jurisdiccionales. Adicionalmente, es hecho por el poder judicial nacional, los juristas y las instituciones profesionales.<sup>20</sup>

En la interpretación de García Higuera al sistema jurídico de reglas de Hart, se encuentra que la existencia o inexistencia de los sistemas jurídicos es una cuestión aledaña a la eficacia de sus reglas. Dicha capacidad de las reglas para imponerse, puede darse por uno de dos caminos: “por fuerza o por legitimación”<sup>21</sup>. Ahora, la existencia de todo sistema jurídico implica un análisis de su fundamentación. García Higuera encuentra que la fundamentación del derecho como sistema jurídico de reglas puede darse en la dualidad “norma fundante básica” y... “hecho fundante básico”, propuesta por el profesor Peces Barba. El hecho fundante básico equivaldría al poder del soberano que, de acuerdo al “habito general de obediencia” se traduce como efectivo pues, reporta la aceptación del derecho por parte de la ciudadanía. El modelo del hecho fundante básico se daría en un estado “pre jurídico” donde aún no existe el derecho, más si el poder. Luego, para que el poder del estado pre jurídico supere su rasgo eminentemente factico, encuentra la necesidad de institucionalizarse y gozar de “estabilidad”. Es en este momento de institucionalización donde, para García Higuera, comienza a darse la modernidad, a partir de la secesión entre el poder político y el poder

20 Eisenberg, Melvin, “The concept of national law and the true rule of recognition”, en *Florida Estate University Law Review*, Vol 29, Florida, 1229 – 2002, p. 1231

21 García Ruben, *La regla de reconocimiento*, op.cit. p. 13

económico.<sup>22</sup> Con la institucionalización del poder de facto a través del derecho y, del nacimiento del estado, cobra raigambre la tesis central de la existencia de estados modernos bajo la premisa central de “seguridad jurídica”. Así, el poder pasara a ejercerse a través del derecho, donde “el poder sería hecho fundante básico y pasaría a ser un poder institucionalizado con el complemento de una norma fundante básica de identificación de normas.”<sup>23</sup>

De la correlación entre el hecho fundante y la norma fundante básica, considérese que la eficacia de la norma fundante básica, donde reposan los criterios formales y materiales de validez de las normas jurídicas del sistema, reposa en que el poder del hecho fundante básico la sostiene. Por lo tanto, el contenido de la norma fundante básica puede variar en virtud del hecho fundante básico pues, el poder puede cambiar de manos y, de paradigmas de sistemas jurídicos.

#### 4. EL PARTICIPANTE Y EL OBSERVADOR FRENTE A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

De acuerdo con la obra magna de Hart “El concepto de derecho”, los enunciados de validez frente a las reglas del sistema jurídico son adoptados desde el punto de vista interno<sup>24</sup>. Parecería claro que el uso de la regla de reconocimiento como criterio de identificación y pertenencia de las reglas es un hecho eminentemente dado desde el punto de vista interno<sup>25</sup>. Sin embargo, es posible considerar que desde el punto de vista externo el observador podría decir de acuerdo a la regla de reconocimiento: “En Colombia reconocen como derecho”. Sin embargo, el desarrollo de la teoría jurídica ha suscitado una aparente ambigüedad en la naturaleza del punto de vista externo, para lo cual sobresaldrán dos determinaciones semánticas:

El punto de vista externo podría corresponder al estado mental de un teórico del derecho que describe el sistema legal. Siendo así, el teórico del derecho, desde el punto de vista externo formularía proposiciones normativas.<sup>26</sup>

22 *Ibid.*, p. 14

23 *Ibid.*, p. 15

24 Hart, H, *El concepto*, *op.cit.*, p. 128

25 Es así como el punto de vista interno equivale a una actitud de aceptación normativa. Sin embargo, tiende a confundirse el punto de vista de interno como un punto de vista privilegiado (*insider point of view*). Véase, Shapiro, Scott, “What is the internal point of view?”, en *Fordham Law Review*. No 75, 2006,

26 Una proposición normativa corresponde a la proposición acerca de la existencia de una norma. Por ejemplo, desde el punto de vista externo, el observador podría decir “En Colombia se prohíbe matar”, cuya afirmación remite de manera directa a la norma que formula lingüísticamente la prohibición. Sobre la naturaleza de las proposiciones normativas Véase: Navarro, Pablo, “Permisos, enunciados normativos y proposiciones normativas”, en *XVII Seminario hispano –italiano –francés de Teoría del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2011.



El observador que, desde el punto de vista externo, advierte que el participante del sistema cumple, pero no acepta el sistema de reglas<sup>27</sup>, situando un problema de legitimación en la obediencia de reglas.<sup>28</sup>

McCormick, en García Higuera, agrega un tercer punto de vista relativo a los enunciados de validez, distinto al del participante y el observador: “El punto de vista hermenéutico”. Para el autor, este tipo de enunciados serían emitidos por abogados y teóricos del derecho, cuya fórmula sería: “Tal regla es válida en Derecho Colombiano por que satisface los requisitos exigidos por la regla de reconocimiento cuya aceptación en Colombia nosotros constatamos”<sup>29</sup>

## 5. ¿REGLA DE RECONOCIMIENTO PLURAL?

En la lectura de la obra de Hart parece reflejarse la posibilidad de existencia de varias reglas de reconocimiento para los sistemas jurídicos dado que, el autor en ocasiones usa el término regla de reconocimiento en plural.

“En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias”<sup>30</sup>

La idea de la pluralidad de la regla de reconocimiento es defendida por Joseph Raz partiendo de una incógnita<sup>31</sup> relativa a si es posible decir que existen varias reglas de reconocimiento, para distintos tipos de funcionarios. Sobre la posibilidad de una pluralidad de reglas de reconocimiento, Jiménez Cano arguye que puede existir una sola regla de reconocimiento que consta de varios criterios de validez de las normas jurídicas<sup>32</sup> y, por lo tanto, podrían existir varias reglas de reconocimiento pero, vale recordar que la función de la regla es la de unificar el sistema jurídico y, si dicha regla constara de una pluralidad de criterios de validez que no tuvieran distinción jerárquica; es decir entre dichos criterios no se encuentra uno supremo, no cumpliría entonces la regla con su función de unificación pues, a la luz de distintos criterios de validez jurídica no diferen-

27 Para Adler, un grupo acepta una regla social, cuando creen en su fuerza vinculante. Por otro lado, simplemente la obedecen por miedo a la sanción o hábito, sin otorgarle fuerza normativa o vinculatoriedad. Véase. Adler, Matthew, “Popular constitutionalism and the rule of recognition: Whose practices govern U.S. Law?”, en *Faculty Scholarship*, Paper 52, University of Pennsylvania Law School, 2006, pp 719 – 804.

28 Adler, Matthew, “Constitutional fidelity, the rule of recognition and the communitarian turn in contemporary positivism”, en *Faculty Scholarship*, Paper 87, Pennsylvania, University of Pennsylvania Law School, 2006.

29 García Ruben, *La regla de reconocimiento*, op.cit. p. 7.

30 Hart, H, *El concepto*, op.cit, p. 118

31 García Ruben, *La regla de reconocimiento*, op.cit. p. 7.

32 Jiménez, Roberto, *Problemas abiertos de la regla*, op.cit, p 90

ciados, podrían existir diferentes tipos de normas jurídicas que podrían llegar a contrariarse por emanar de un criterio de validez diferente, quebrantando la pretensión de coherencia de los sistemas jurídicos modernos.<sup>33</sup>

Frente a la pluralidad de reglas de reconocimiento, de nuevo Raz en García Higuera, sustenta que sí es posible encontrar normas jurídicas contradictorias dentro del sistema jurídico, es porque cada una de ellas pudo haber obedecido a un tipo diferente de regla de reconocimiento. Luego, Ramos Pascua ataca la posición de Raz, sustentando que la regla de reconocimiento solo arroja criterios de validez formales para las normas jurídicas, relativos a su producción.<sup>34</sup>

Un tercer argumento de Raz a favor de la existencia de una pluralidad de reglas de reconocimiento, apunta a la posibilidad de existencia de “fuentes jurídicas permisivas” que supondrían su uso en aquellas situaciones donde las fuentes jurídicas obligatorias no resuelven el caso, lo que a juicio de Raz permitiría la existencia de una regla de reconocimiento que guía las normas que se deben aplicar y, una regla de reconocimiento para los casos que gozan de discrecionalidad<sup>35</sup>.

Sin embargo, frente a la posibilidad de la existencia de varias reglas de reconocimiento, interpretando a Hart, Shapiro apunta a la existencia de una única regla de reconocimiento, de ahí que: “According to Hart, every legal system necessarily contains one, and only one rule which sets out the test of validity for that system”.<sup>36</sup>

## 6. CONTENIDO DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Sobre el contenido de la regla de reconocimiento García Higuera reporta tres tesis al respecto:

En la regla de reconocimiento se encuentran contenidos “los múltiples criterios de validez jurídica” inmersos en el ordenamiento jurídico.

En la regla de reconocimiento se encuentra inmerso el criterio de validez supremo, criterio que luego Hart desestimaría al sostener que la regla de reconocimiento “contiene varios criterios de validez clasificados en orden de subordinación y primacía relativas”

33 Vid. Ruiz, Mario. *La construcción coherente del derecho*. Madrid, Ed. Dykinson, 2009.

34 García Ruben, *La regla de reconocimiento*, *op.cit.* p. 8

35 Idem.

36 Shapiro, Scott, “What is the rule of recognition (and does it exist?)”, en: Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by). *The rule of recognition and the U.S Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 4.

En la regla de reconocimiento se encuentran solo los criterios jurídicamente obligatorios, más no jurídicamente válidos; es decir que no son derivados del criterio último de validez, sino, independientes a él. De esta manera, a juicio de García Higuera, ésta sería la forma de equiparar la regla de reconocimiento a un hecho.<sup>37</sup>

Sin embargo, debe advertirse un contenido social en la regla de reconocimiento. Para ello, Shapiro determina dos características relativas a su adjetivo social:

- Se refiere a hechos sociales, en tanto, los miembros del grupo, desde el punto de vista interno, examinan la validez de las normas jurídicas
- Estandariza un amplio grupo de personas.<sup>38</sup>

## 7. EL PROBLEMA DE LA CIRCULARIDAD DE LAS REGLAS SECUNDARIAS

La manera en que se relacionan las reglas secundarias entre sí, para muchos autores atiende a lo que podría denominarse como un círculo vicioso, círculo virtuoso o el problema de la circularidad. La circularidad de las reglas secundarias estriba básicamente de la relación entre la regla de reconocimiento y la regla de adjudicación o enjuiciamiento. El problema implica que, si la regla de reconocimiento es un hecho de aceptación de las normas jurídicas como válidas por parte de los funcionarios judiciales, entonces de antemano deberían estar estos investidos por autoridad o competencia por las reglas de adjudicación<sup>39</sup>, como si estas fuesen necesariamente anteriores a la regla de reconocimiento.

En el estudio preliminar a la obra de MacCormick titulada: “H.L.A. Hart”, Perez Bermejo advierte acerca de una posible circularidad lógica de las reglas secundarias en la teoría de las reglas Hartiana, añadiendo el ya aludido problema de la “unidad o pluralidad” de la regla de reconocimiento. La circularidad de la regla de reconocimiento implica que en la formulación de ésta, a cargo de los jueces y tribunales, implícitamente opera la regla de enjuiciamiento pues, el operador judicial al aplicar una norma jurídica ya la ha identificado como válida a partir de la regla de reconocimiento. A su vez, cuando el operador judicial aplica una norma jurídica a un caso concreto, la regla de adjudicación supone la existencia

37 García Ruben, *La regla de reconocimiento*, *op.cit.* p. 10

38 Shapiro, Scott. *What is the rule*, *op.cit.* p. 4

39 En materia de tipología de reglas, las reglas de adjudicación constituyen las denominadas “Reglas que confieren poderes”, estas, son normas que determinan los requisitos necesarios para que un sujeto pueda realizar una acción institucional jurídica como legislar, sentenciar o contratar. Véase, Pérez, Juan, “Normas constitutivas: Reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones”, en Lagier, Daniel, *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015.

de la regla de reconocimiento, dado que, a partir de esta se puede concluir y validar la existencia y temporalidad de la regla secundaria de enjuiciamiento, que supone la competencia del operador judicial.<sup>40</sup> Adicionalmente, puede estimarse un concepto de reglas bajo la noción de generalización. Quiere decir ello, que son una generalización en tanto, constituyen un acto de conexión de una acción o hecho particular con una categoría que contiene a éste y otros particulares.<sup>41</sup>

Además, la circularidad de las reglas secundarias con respecto a la regla de reconocimiento, también se evidencia en el uso de las reglas del cambio que puedan afectar a la regla de reconocimiento. Por ejemplo, si el órgano legislativo haciendo uso de la regla del cambio que valida su competencia, determina hacer cambios a las normas fundamentales sobre las reglas de producción de normas jurídicas en general, no obsta que alteraría la regla de reconocimiento, en cuyo caso validaría la modificación en asuntos tales como invalidez de dichas normas, situación que, atendiendo a su circularidad, posibilitaría la instauración de la regla de reconocimiento como una reduplicación de las reglas del cambio.<sup>42</sup> De la relación que presenta entonces la regla de reconocimiento con la regla del cambio, WALDRON determina cinco posibilidades de relacionarlas, bajo la posibilidad de concebir a la constitución como regla de reconocimiento o como regla de cambio:

Hipótesis 1: La constitución provee la regla de reconocimiento. Actividad vista cuando se analiza si una norma jurídica o regla ha sido incorporada válidamente al sistema jurídico.

Hipótesis 2: Con la operación de la regla del cambio no se requiere de una regla de reconocimiento.

Hipótesis 3: La regla del cambio requiere, de manera separada, una regla de reconocimiento.

Hipótesis 4: La regla del cambio es la regla de reconocimiento, o parte de esta.

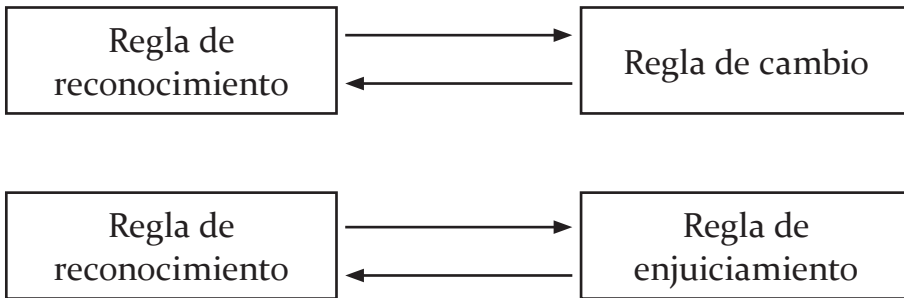
Hipótesis 5: La regla de reconocimiento opera como regla de clausura.<sup>43</sup>

40 Maccormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 28

41 Sebok, Anthony. "Is the rule of recognition a rule?", en *Notre Dame Law Review*, Vol 72, Issue 5, Article 10, 2014, p. 1540

42 Morales, Andrés, "La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart: ¿Innecesaria reduplicación de las reglas del cambio o concepto con autonomía explicativa?", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No 39, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp 55 - 78

43 Waldron Jeremy, *Who needs rules*, *op.cit.*, p. 16. Sobre la hipótesis de la regla de clausura puede consultarse: Alchourron Carlos, Bulygin Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bogotá, Ed. Astrea, 2013



Sobre el problema de la circularidad de las reglas secundarias, MacCormick al contrario de Bermejo, apuesta por una ausencia de patología en la funcionalidad circular de las reglas secundarias, aludiendo a que dicha circularidad refleja el ejemplo claro de un sistema autorreferencial y autopoietico en términos de Luhmann. MacCormick, trata de demostrar que la posibilidad de un círculo vicioso en las reglas secundarias no es efectivamente real, en tanto que, la directa correlación y coproductividad de las reglas secundarias refleja un sistema jurídico que se retroalimenta de sí mismo. De esta manera, “el derecho valida el derecho”, siempre que las instituciones jurídicas hacen remisión al derecho como su criterio de validez<sup>44</sup>. Pero, para Bermejo en la circularidad de las reglas no se muestra un apoyo entre estas sino, una mera remisión conceptual.<sup>45</sup>

La circularidad ostenta un problema adicional. Los operadores judiciales requieren una regla de reconocimiento para identificar el plexo jurídico pero, la regla de reconocimiento puede estar sujeta a las reglas de competencia que otorgan los poderes judiciales pues, la identificación de normas jurídicas en sede judicial a partir de la regla de reconocimiento requiere el ejercicio previo de la competencia jurisdiccional.

De la relación entre las reglas de reconocimiento y las reglas de competencia, subyacen, según Greenawalts en Carey<sup>46</sup>, tres posiciones adicionales:

El estándar último de la regla de reconocimiento puede ser incierto, dada la interacción entre la autoridad judicial y la derivación desde las normas de orden superior.

Es posible que la relación entre la regla última de reconocimiento y el criterio supremo de validez, pueda variar.

44 Maccormick, Neil, *H. L. A. Hart, op. cit.*, p. 214

45 *Ibid.*, p. 29

46 Carey, Stephen. “What is the rule of recognition in the United States?”, en *University of Pennsylvania Law Review, Pennsylvania*, Vol. 157, No 4, 2009, p. 1176

El estándar último de la regla de reconocimiento puede cambiar en el tiempo, de manera desapercibida.

De esta forma, uno de los problemas abiertos de la regla de reconocimiento desde la perspectiva de los estados constitucionales, estriba en la necesaria reciprocidad de vigencia de la regla de reconocimiento con respecto a la regla de enjuiciamiento que da competencia a la autoridad judicial pero, a su vez, sin la existencia de la regla de reconocimiento no podrían ser aplicadas las normas jurídicas dado que, primero como criterio de aplicabilidad deberá la norma jurídica en cuestión pasar por un examen de validez.<sup>47</sup> Raz en MacCormick, determina dos condiciones básicas para la existencia de la regla de reconocimiento en los estados constitucionales modernos:

- Que las instituciones a las cuales la regla se refiere existan
- Que las instituciones obedezcan realmente a la regla de reconocimiento según la cual esta debe contener una “proposición referida a la forma jurídica”<sup>48</sup> de las instituciones

Ahora, para quien otorga respuesta afirmativa a la prelación existencial de la regla de adjudicación sobre la regla de reconocimiento, de acuerdo a la posición de Ruiz Manero habría que pensar en un sistema de Derecho primitivo donde los jueces anteceden a la regla de reconocimiento en virtud de “reglas sociales aceptadas” que.... “definen el rol del juez”<sup>49</sup>

A juicio de García Higuera, el problema subyacente bajo la contingencia de la circularidad de las reglas secundarias y de la versión sistemática general del derecho en Hart, es obviar en la conformación de un sistema jurídico la teoría del poder; queriendo con ello decir que no basta con una teoría jurídica para la explicación del funcionamiento de un sistema jurídico; sino que, requiere de una teoría política.<sup>50</sup> De esta manera, si el fundamento de la regla de reconocimiento no obra en un soporte jurídico, entonces, a juicio de García Higuera, se da en un soporte político.

“El sistema jurídico no encuentra su fundamento en una regla, sino en haber sido creado y estar sustentado por un poder que cuenta con la capacidad de imponer conductas, en base a la relación entre fuerza y legitimidad<sup>51</sup>”

47 Maccormick, Neil, *H. L. A. Hart, op. cit.* 213

48 *Ibid.*, p. 214

49 García Ruben, *La regla de reconocimiento, op.cit.*, p. 11

50 *Ibid.*, p. 12

51 *Ídem*

Con respecto a la deficiencia jurídica de la regla de reconocimiento y del sistema jurídico, García Higuera, termina por concluir que el modelo de sistema jurídico Hartiano es efectivo para un “sistema jurídico institucionalizado” pero, no es útil ni eficaz para legitimarse a sí mismo, dado que, no es capaz de responder a preguntas como de donde viene el derecho;<sup>52</sup> incógnita que suscita además una reflexión acerca de la obligatoriedad de la regla de reconocimiento. Someramente, este es un problema donde, para Jiménez Cano, debe entenderse la obligatoriedad del derecho en tanto este aporte “razones para la acción”<sup>53</sup> en términos prudenciales. Si la regla de reconocimiento es una razón para la acción, entonces esta impone un deber sobre los jueces relativo a la identificación y aplicación de normas jurídicas, pero, si la regla es un hecho, la pregunta subyacente es cómo es posible que determine deberes jurídicos. En este punto cobra relevancia la circularidad de las reglas secundarias y la estrecha correlación entre la regla de adjudicación con la de reconocimiento.<sup>54</sup>

## 8. PUNTO DE VARIABILIDAD DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Si el intérprete de la regla de reconocimiento indagara cual es la regla de reconocimiento para un sistema jurídico, podría pensar, como abducción inicial, que es la constitución política dado que, a partir de la construcción Kelseniana de un orden jurídico escalonado para los sistemas jurídicos de derecho continental; es decir, desde el principio de jerarquía normativa, la constitución política de un sistema jurídico equivaldría a la regla de reconocimiento, en tanto, esta es la única norma jurídica de la cual su existencia no deriva de su propia validez. Pero, desde el punto de vista de regla de reconocimiento como hecho, no cabría la tesis de la constitución como criterio último de validez de normas jurídicas, pues esta no es un hecho de reconocimiento.

Jiménez Cano advierte sobre la posibilidad de una variabilidad en la forma de la regla de reconocimiento y, en la variabilidad de la regla de reconocimiento según sus criterios de identificación de normas jurídicas como válidas. Siendo así, lo que sea la regla de reconocimiento dependerá del sistema jurídico en cuestión donde, puede ser regla de reconocimiento lo que el soberano designa –

52 *Ibid.*, p. 13

53 Para la teoría jurídica la incorporación de un concepto de derecho como razones excluyentes para la acción, inicialmente se da a partir de los escritos de Hart y posteriormente Raz puesto que, la filosofía jurídica anglosajona tardo en la preocupación según la cual, estas son las razones que el derecho ofrece a sus destinatarios para que éste deba ser obedecido y, en ese mismo sentido bajo el paradigma de los positivistas metodológicos las razones que ofrece para su acatamiento son “excluyentes”. Vid: Zambrano, Pilar, “El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía del derecho y Teoría del derecho*, No 4, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010

54 Jiménez, Roberto, *Problemas abiertos de la regla*, *op.cit.*, p. 91

regímenes totalitarios – o lo que la constitución ordena – Estado constitucional de derecho –.<sup>55</sup>

## 9. ¿REGLA DE RECONOCIMIENTO INCLUYENTE?

Múltiples fueron las críticas de Dworkin a la teoría jurídica de Hart. Para la practicidad del presente artículo se consideraran dos puntos de la crítica: i) La crítica a la visión Hartiana del término “Obligación” y, ii) La propuesta de una regla de reconocimiento incluyente<sup>56</sup>.

La primera crítica opera con especificidad frente a la dicotomía “tener obligación de – verse obligado a”. Dworkin encuentra una falencia conceptual en la obligatoriedad de la regla de reconocimiento dado que, Hart no distingue entre: i) Obligación por convicción y, ii) Obligación por convención. En este sentido, la regla de reconocimiento debe ser obedecida por su obligatoriedad derivada de su repetitiva aceptación; es decir, como convención.<sup>57</sup>

Para Hart, como un positivista metodológico, es ostensible que una de las funciones de la regla de reconocimiento consiste en delimitar el espectro del derecho, con respecto al espectro de la moral. He aquí uno de los puntos de crítica central de Dworkin a la teoría jurídica de las reglas de Hart pues, a juicio de Dworkin, la inclusión de la regla de reconocimiento y de sus criterios de validez para las demás reglas del sistema jurídico, obedecen a un pedegree<sup>58</sup> de las reglas, olvidando que para todo sistema jurídico existen principios y, que por lo tanto, la regla de reconocimiento debe ser útil para determinar además la existencia de principios dentro de los sistemas jurídicos. Para Dworkin, en la versión de la regla de reconocimiento de Hart no figura dentro de ésta un criterio de identificación de otro tipo de normas jurídicas, como el caso de los principios jurídicos, que son, principios de contenido moral inmersos en los sistemas jurídicos, que plantean la posibilidad de un positivismo incluyente y de una regla de reconocimiento incluyente, v., gr, los derechos fundamentales.<sup>59</sup>

En respuesta a Dworkin, Hart plantea que la crítica a la regla de reconocimiento aparece desde los postulados de un positivismo jurídico incluyente que, no niega

55 *Ibid.*, p. 90

56 Las versiones contemporáneas del positivismo jurídico son: el positivismo jurídico incluyente y, el positivismo jurídico excluyente. En relación al positivismo jurídico incluyente y la teoría de las fuentes sociales del derecho, existen elementos morales en el nacimiento propio del derecho. Vid: Jiménez, Roberto, Una metateoría del positivismo jurídico, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008, p. 73

57 Jiménez, Roberto, *Problemas abiertos de la regla*, *op.cit.*, p. 114

58 Hart, H, “Postscriptum”, en Rodríguez, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin* (Trad), Bogotá, Ed. Silgo del hombre editores, 2002, p. 106

59 Jiménez, Roberto, *Problemas abiertos de la regla*, *op.cit.*, p. 94



la posibilidad de incluir dentro del plexo jurídico – normativo, principios, cuyo contenido es eminentemente moral y, de esta manera, “la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales sustantivos de validez jurídica”<sup>60</sup> Pero, desde la perspectiva de Hart, la regla de reconocimiento como hecho equivale a una “práctica social convencional”<sup>61</sup>; concepción que no validaría la posibilidad de una regla de reconocimiento incluyente pues, a juicio de García Higuera, en la idea convencional de la regla de reconocimiento, resultaría imposible por parte de los operadores jurídicos llegar a un acuerdo relativo al contenido de los principios morales que afectarían los criterios materiales de validez jurídica<sup>62</sup>. Desde las tesis incorporacionistas – positivismo incluyente – dos pueden ser los puntos de discusión con respecto a la regla convencional de reconocimiento incluyente:

- Los criterios de validez de la regla de reconocimiento
- El contenido de los criterios de validez de la regla de reconocimiento

Como alternativa de solución, Jiménez Cano plantea la posibilidad de que los jueces lleguen a un acuerdo al menos en abstracto sobre “los términos morales en abstracto de los propios criterios de validez jurídica”, a lo cual denomina como “estrategia de abstracción”.<sup>63</sup>

## 10. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO CONCEPTUAL COMO CRITERIO FUNDAMENTAL DE APLICABILIDAD

Los diferentes enfoques de análisis de la regla de reconocimiento no han sido agotados. La regla de reconocimiento ha sido objeto de estudio desde disciplinas como la teoría del poder, la teoría jurídica y, la legitimidad del derecho. Eugenio Bulygin, acorde a su formación, analiza la regla de reconocimiento en apego a una lógica del lenguaje y de los sistemas jurídicos. Bulygin encuentra en la naturaleza de la regla de reconocimiento, una naturaleza diferente a la de una norma de tipo prescriptivo. Argumenta que la regla de reconocimiento

60 *Ibid.*, p. 93

61 Para Andrei Marmor la regla de reconocimiento como una “profunda convención” nace a partir de “convenciones superficiales” donde, partiendo de un pequeño número de funcionarios judiciales que encuentran como obligatoria la regla de reconocimiento – convención superficial –, su evolutiva extensión y aceptación por parte de los funcionarios judiciales la convierte en una regla de conocimiento unánime para cada uno de estos – convención profunda – a pesar, de haber iniciado bajo el arbitrio de unos pocos. *Vid.* Marmor, Andrei, “How law is like a chess”, en *USC Legal Studies Research*, Paper No. 06, 2006

62 Jiménez, Roberto, *Problemas abiertos de la regla*, *op.cit.*, p. 95

63 *Ibid.*, p. 98

parece una regla conceptual dado que, “tiene carácter definicional y carece de todo contenido normativo”<sup>64</sup>

A juicio de Bulygin, la regla de reconocimiento carece de carácter normativo debido a que en esta no se encuentra prescrita la obligación de los jueces de aplicar normas jurídicas a casos concretos.<sup>65</sup> Al respecto, añade que la obligación en cuestión por parte de los funcionarios judiciales no surge a partir de la regla de reconocimiento, “sino de una regla específica del sistema, identificada conforme a la regla de reconocimiento”<sup>66</sup>. Entender la posición de Bulygin implica distinguir las reglas de conducta de las reglas conceptuales. Las reglas de conducta aluden a la predeterminación de una acción bajo tres modalidades deónticas: permitir, prohibir u obligar<sup>67</sup>; mientras que las reglas conceptuales atienden a la “definición de ciertos conceptos”; en este caso, los criterios de identificación de normas jurídicas válidas para el sistema jurídico. Frente a la posición de Bulygin, Ruiz Manero en García Higuera argumenta una confusión frente a la regla de reconocimiento en dos aspectos:

## 11. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO REGLA DE CONDUCTA ACEPTADA POR LOS JUECES

La regla de reconocimiento como criterio usado por un observador externo, como pueda ser, por ejemplo un teórico del derecho<sup>68</sup>

Con respecto a la regla de reconocimiento como criterio de identificación desde el punto de vista externo, vale agregar que desde el punto de vista del participante, para el caso de los funcionarios judiciales, si estos a partir de la regla de reconocimiento identifican una norma como válida y, por lo tanto, aplicable; quiere decir que el uso de la regla de reconocimiento como criterio de identificación opera específicamente desde el punto de vista interno.<sup>69</sup>

64 García Ruben, *La regla de reconocimiento, op.cit.*, p. 15

65 En este sentido, atendiendo a la tradición analítico – anglosaona, habira que determinar si la regla de reconocimiento puede circunscribirse a una norma primaria o a una norma secundaria. Sobre la naturaleza de las normas primarias Véase: Moreso, Joseph, “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 03, 1986, pp 129 - 139

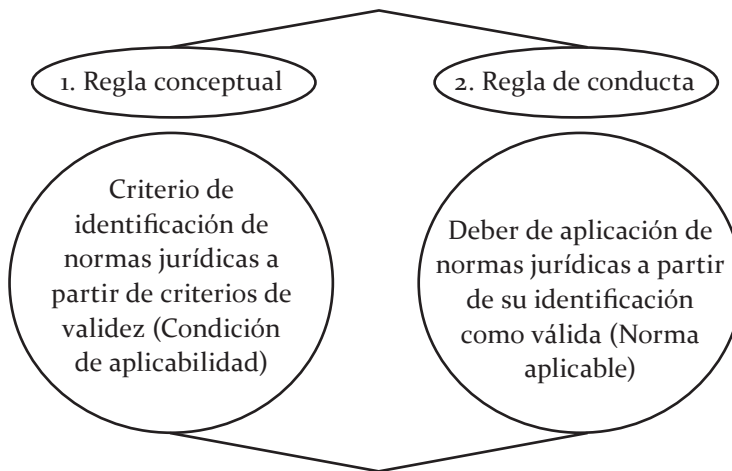
66 García Ruben, *La regla de reconocimiento, op.cit.*, p. 15

67 Al respecto considérese que a partir de las formulaciones de Von Wright las tres modalidades deónticas resultan interdefinibles, como es el caso del principio de prohibición. Véase también En: Alchourron Carlos, Bulygin Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bogotá, Ed. Astrea, 2013. Cap VII, Num II: Clausura basada en la interdefinibilidad de permitido y prohibido.

68 García Ruben, *La regla de reconocimiento, op.cit.*, p. 17

69 *Ibid.*, p 16

Ahora, sobre la base de las reglas conceptuales y, las reglas de conducta frente a la regla de reconocimiento, subyace una cuestión relativa a si primero existe un regla de conducta que impone a los jueces el deber de aplicar normas y, luego existe otra regla de reconocimiento conceptual a partir de la cual es posible identificar las normas jurídicas como parte del sistema jurídico. Para García Higuera primero debe contarse con una regla conceptual que determine que normas jurídicas deben ser aplicadas en virtud de su posicionamiento de criterios de validez y, una vez identificadas las normas jurídicas, como la de aplicar otras normas, atender a la regla de conducta<sup>70</sup>. De esta manera la regla de reconocimiento tiene una naturaleza bifronte y temporal; Primero es regla conceptual y segundo es regla de conducta.



De acuerdo con la gráfica se pretende demostrar que la regla de reconocimiento cobra la forma jurídica del criterio supremo de aplicabilidad de una norma jurídica. La aplicabilidad de las normas jurídicas supone una delimitación de criterios para la función judicial: aplicar e interpretar. Dentro de la delimitación de criterios de aplicabilidad subyace la regla de reconocimiento, dado que la aplicabilidad de normas jurídicas dispone de dos criterios; i) Regulación del caso en cuestión y ii) Pertenencia de la norma jurídica al sistema jurídico<sup>71</sup>. La pertenencia de la norma jurídica al sistema jurídico supone una identificación

70 Vid. Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No 09, 1991, p. 13

71 En la teoría de los sistemas normativos, se distinguen dos criterios de pertenencia de normas: i) Pertenencia como criterio de legalidad; es decir, la norma ha sido dictada por autoridad competente, ii) Pertenencia como criterio de deducibilidad; es decir, cuando la norma es consecuencia lógica de otras normas expresas. Véase, Mendonca, Daniel, *Exploraciones normativas*, México. Ed. Fontamara, 1995.

de las normas jurídicas desde su validez; es decir hacer uso de la regla de reconocimiento en sede de aplicabilidad.<sup>72</sup>

## 12. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO FRENTE A LAS ALTAS ESFERAS DEL PODER ESTATAL

Cuando Hart, al parecer pretende fundamentar la regla de reconocimiento en “la aceptación por los funcionarios y tribunales”, dejando para los particulares simplemente la obediencia frente a esta, a juicio de García Higuera, está fundamentando el sistema jurídico en el poder o coerción de los tribunales sobre la ciudadanía.

Aterrizando la discusión al sistema jurídico colombiano y, tratando de trasladar el debate a un sistema jurídico no propio del Common Law, subyacen toda una seria de complejidades. La primera de ellas, una variabilidad de la regla de reconocimiento como criterio de validez de normas jurídicas en la práctica judicial al interior de los juzgados y despachos. En este punto, cobra practicidad el presente artículo pues, para el abogado litigante es frecuente encontrar al interior de los despachos judiciales diferentes hechos de aceptación de normas jurídicas como aplicables y por lo tanto válidas. En su labor de proyección de decisiones judiciales, los secretarios de despacho y sustanciadores no tienen claro el criterio de reconocimiento de las normas jurídicas como aplicables pues, puede llegarse al extremo de indagar al criterio de aplicabilidad y, por lo tanto, de reconocimiento de normas jurídicas al funcionario judicial del vecino despacho. El problema subyacente, en este caso, se trata del desconocimiento de las condiciones de aplicabilidad de las normas jurídicas, de las cuales, la condición fundamental ha de ser el uso de la regla de reconocimiento.

Una segunda complejidad para la regla de reconocimiento frente al sistema jurídico colombiano y, en este caso, para los sistemas jurídicos en general, consiste en indagar si existe regla de reconocimiento para los legisladores y cuáles. La posibilidad de una regla de reconocimiento para los legisladores ocurre de acuerdo a lo que, en forma inversa al presente, consideró Kelsen como la vinculación entre la función del derecho como legislación y, la función judicial. Recuérdese que para Kelsen resulta tediosa la distinción entre producción y aplicación<sup>73</sup> del derecho dado que, cuando un juez de la República emite una decisión judicial para un caso concreto, de constituirse como precedente su decisión, indirectamente estaría cumpliendo con una sub función de producción del derecho. Esta primera forma de vinculación es totalmente clara en los países

72 Vid. Rodríguez, Jorge. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002., p. 140

73 Vid. Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la constitución (Justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 10, julio – diciembre de 2008.

de Common Law. La segunda forma de vinculación se da cuando el legislador en su función de producción, indirectamente debe aplicar la ley que prescribe su competencia de crear normas jurídicas, e incluso, en el proceso de producción debe aplicar y no puede obviar normas jurídicas que casi que en su totalidad aparecen dentro de la constitución política. De esta manera, si existiese regla de reconocimiento para los legisladores en virtud de la vinculación entre función de producción y función de aplicación, sería esta la Constitución política pues, de ella parte su norma de competencia y, es a su vez, el criterio material de validez para las normas jurídicas que pretende elaborar.

La tercera complejidad atiende a la siguiente incógnita: ¿si un juez, a falta de norma jurídica aplicable, discrecionalmente crea una norma jurídica para el caso, dicha norma de creación judicial se adecua a la regla de reconocimiento? Con respecto al dilema planteado se proponen dos posiciones en correlación a la práctica judicial colombiana:

Perspectiva del participante – juez de inferior jerarquía: Cuando un juez de inferior jerarquía encuentra una fisura en el sistema jurídico y, por lo tanto, una laguna normativa, en términos de Hart, goza de discrecionalidad. Incluso para negar discrecionalidad, en términos de Dworkin, podría acudir a principios, pero, de igual manera solo a principios positivos y, no a principios derivados a partir de otros o, a partir de reglas generales de la experiencia. Siendo así, es probable en ambos casos, al juez de inferior jerarquía le sea tacha su decisión y, se ordene la investigación del funcionario judicial por el delito de prevaricato

Perspectiva del participante – Magistrados de altos tribunales: Al respecto pueden plantearse las dos condiciones anteriores frente a los magistrados: la posibilidad de una regla de reconocimiento frente a asuntos discrecionales y, una regla de reconocimiento mediante la cual les sea permitido identificar principios no explícitos<sup>74</sup> o no positivos al interior del sistema jurídico. Para el caso del magistrado, probablemente la consecuencia sería distinta a la del juez de inferior jerarquía. De esta forma, podría pensarse como ocurre en la práctica judicial, que sí existe regla de reconocimiento, pero, solo para magistrados de altas cortes frente a los dos asuntos mencionados.

## CONCLUSIONES

Las contingencias de la regla de reconocimiento demuestran que, basado en el ideal de coherencia de los sistemas jurídicos, ésta debería ser solo una, que, a su

74 Como ejemplo recuérdese el famoso caso de Riggs donde Dworkin plantea una situación donde un juez norteamericano decide un caso a partir de la formulación de un principio no explícito por el derecho norteamericano. Vid: Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2002, P. 80

vez, determine el criterio único de validez. Sin embargo, las prácticas profesionales demuestran que existen varias reglas de reconocimiento, las cuales pueden focalizar problemas de contradicción normativa, derivada de distintos criterios de reconocimiento y validez, dados por varias reglas de reconocimiento. Por su puesto, la regla de reconocimiento dependerá del régimen político momentáneo. Es evidente que la regla de reconocimiento en un sistema totalitario será ostensiblemente distinta a la de un sistema democrático.

A su vez, coincidiendo con la literatura jurídica recaudada, es necesario determinar la funcionalidad de la regla de reconocimiento en los ámbitos local, federal y nacional, al menos para sistemas como los del Derecho Norteamericano.

Adicionalmente, la regla de reconocimiento debe erigirse y co - existir con independencia a las reglas del cambio y adjudicación pues, basado en el argumento de la circularidad, de encontrarse contenida en la regla del cambio o en la regla de adjudicación, sobre ésta podrían emitirse juicios de validez, rompiendo así su naturaleza, la cual es la de determinar los criterios de validez para el sistema jurídico. Ello, conlleva a la necesidad de determinar si la regla de reconocimiento contiene en si todos los criterios de validez o, corresponde simplemente a un test. Por su puesto, si se acude a la idea de Waldron, según la cual la regla de reconocimiento obra en la constitución, contendría esta todos y el único criterio de validez. Sin embargo, su criterio único se vería resquebrajado en el marco de la soberanía en el mundo moderno y sus ámbitos de validez.

Por último, se entiende debe reconfigurarse los protagonistas de la regla de reconocimiento como hecho de aceptación social, en tanto que, restringir el hecho de aceptar una norma jurídica como válida solo a los jueces o funcionarios judiciales, ubicaría al punto de vista interno como, lo que mal se ha entendido, el punto de vista privilegiado (insider point of view). El hecho de aceptación de reglas o normas jurídicas primarias como válidas opera, en concreción, no solo en la autoridad judicial, sino además, en la práctica profesional del derecho y en su contexto académico.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alchourron, Carlos: Bulygin Eugenio. *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bogotá, Ed. Astrea, 2013
- Adler, Matthew, “Constitucional fidelity, the rule of recognition and the communitarian turn in contemporary positivism”, en *Faculty Scholarship, Paper 87*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Law School, 2006
- Adler, Matthew, “Popular constitutionalism and the rule of recognition: Whose practices ground U.S. Law?”, en *Faculty Scholarship, Paper 52*, University of Pennsylvania Law School, 2006, pp 719 – 804
- Berteau, Stefano. “The master rule, normativity, and the institutional theory of law”, en E. Fossum and A. Menendez, *Law and Democracy in Neil MacCormick’s Law and Political Theory*, Dordrecht, 2011, pp. 69 – 91.
- Bulygin, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No 09, 1991
- Carey, Stephen. “What is the rule of recognition in the United States?”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, Vol. 157, No 4, 2009
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2002
- Eisenberg, Melvin, “The concept of national law and the true rule of recognition”, en *Florida State University Law Review*, Vol 29, Florida, 1229 – 2002,
- García, Rubén. “La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart”, en *Papeles de teoría y filosofía del derecho*, No. 8, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2010
- Guibourg, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2000
- Hart, H. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeldo Perrot, 2012
- Hart, H, “Postscriptum”, en Rodríguez, Cesar. La decisión judicial. *El debate Hart – Dworkin* (Trad), Bogotá, Ed. Silgo del hombre editores, 2002
- Jiménez, Roberto, “Problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, en *Universitas, Revista de filosofía, derecho y política*, No. 10, Julio 2009

- Jiménez, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2008
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la constitución (Justicia constitucional)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 10, julio – diciembre de 2008
- Maccormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010
- Marmor, Andrei, “How law is like a chess”, en *USC Legal Studies Research*, Paper No. 06, 2006
- Mendonca, Daniel, *Exploraciones normativas*, México. Ed. Fontamara, 1995
- Morales, Andrés, “La regla de reconocimiento de H.L.A. Hart: ¿Innecesaria reduplicación de las reglas del cambio o concepto con autonomía explicativa?”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, No 39, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014, pp 55 - 78
- Moreso, Joseph, “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 03, 1986, pp 129 - 139
- Navarro, Pablo, “Permisos, enunciados normativos y proposiciones normativas”, en *XVII Seminario hispano –italiano – francés de Teoría del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2011
- Pérez, Juan, “Normas constitutivas: Reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones”, en Lagier, Daniel, *Conceptos básicos del derecho*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2015.
- Pino, Giorgio, “Farewell to the rule of recognition”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No 5, México, Universidad Nacional Autónoma de México
- Rodríguez, Jorge. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002
- Ruiz, Mario. *La construcción coherente del derecho*. Madrid, Ed. Dykinson, 2009
- Sebok, Anthony. “Is the rule of recognition a rule?”, en *Notre Dame Law Review*, Vol 72, Issue 5, Article 10, 2014



Shapiro, Scott, "What is the rule of recognition (and does it exist?)", en: Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by). *The rule of recognition and the U.S Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009

Shapiro, Scott, "What is the internal point of view?", en *Fordham Law Review*. No 75, 2006

Waldron, Jeremy, "Who needs rules of recognition?", en Adler, Matthew y Himma, Kenneth (edited by). *The rule of recognition and the U.S Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p 327 - 349

Zambrano, Pilar, "El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis", en *Revista Problema. Anuario de Filosofía del derecho y Teoría del derecho*, No 4, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010