

La naturaleza del derecho: ¿Están nuestras prácticas jurídicas fundadas en una convención constitutiva o en un plan compartido?*

“... hay porciones del mundo real, hechos objetivos en el mundo, que son hechos sólo merced al acuerdo humano...”

John Searle

Edgar Ramón García Aguilera**

En este artículo, el autor presenta y discute dos concepciones recientes en torno a la naturaleza del derecho: La visión *convencionalista* de Andrei Marmor y la visión del derecho como un *plan compartido* de Scott Shapiro. Ambas parten de la revisión de la noción de *regla de reconocimiento* propuesta por Hart en su proyecto de comprender al derecho como la *unión de reglas primarias y secundarias*.

El objetivo del autor consiste en ofrecer una propuesta plausible de interlocución desde la que puedan comenzar a compararse ambos modelos, de modo que se identifiquen sus diferencias y se ubiquen sus puntos de convergencia, a fin de que eventualmente pueda proceder su fructífera integración.

In this article the author introduces and discusses two contemporary conceptions about the nature of law: Andrei Marmor's conventionalist theory of law, and Scott Shapiro's shared plan model of the law. Both conceptual projects are based on the revision of H. L. A. Hart's notion of a rule of recognition which is central to his proposal of understanding law as the union of primary and secondary rules. The author's ultimate aim is to develop a plausible framework where these conceptions can be compared, and where their differences and convergence points may be assessed in order to eventually integrate the two positions.

SUMARIO: Introducción / I. Objetivo / II. Hart y su caracterización de la *regla de reconocimiento* como una *regla social*. Identificando un punto de partida común para contextualizar las aportaciones de Marmor y Shapiro / III. *Problemas en el paraíso*.

Sobre las críticas de Marmor a la noción hartiana de *regla de reconocimiento* /

IV. La visión *convencionalista* del derecho de Andrei Marmor /

V. La visión del derecho como un *plan compartido* de Scott Shapiro

/ VI. Discusión y conclusiones / Bibliografía

* Agradezco mucho los comentarios y sugerencias que con respecto a este artículo recibí de mis apreciados colegas Juan Vega Gómez, Enrique Rodríguez Trujano e Imer B. Flores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Claro está que hago extensivo este agradecimiento a los dictaminadores anónimos de este trabajo por sus atinadas orientaciones.

** Doctor en Derecho, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Introducción

En la actualidad, la filosofía del derecho (disciplina en la que se ubica la discusión que abordaremos en este trabajo) se caracteriza por la existencia de una nutrida y variada oferta de *modelos jusfilosóficos*¹ orientados a explicar algunos de los aspectos fundamentales de nuestras prácticas jurídicas.²

Por su parte, la elaboración y propuesta de los modelos referidos no puede dejar de entenderse —so pena de distorsión— sino en el contexto de un *conjunto de elecciones* (explícitas, pero generalmente implícitas) que el teórico toma respecto de la serie de propiedades, atributos, rasgos o características del fenómeno jurídico que su modelo o teoría pondrán de relieve por considerar *importante* su explicación;³ elecciones respecto del inventario de problemas centrales que la teoría abor-

¹ Como explica Nancy Nersessian, el estudio de la capacidad humana consistente en generar *modelos mentales* del mundo físico y social para múltiples fines (como el de realizar tareas de razonamiento, comprender textos o situaciones, etcétera), forma parte fundamental de la agenda de temas abordados por las denominadas *Ciencias cognitivas*. Kenneth Craik, pionero en este campo, concibe dichos modelos como un conjunto de versiones o representaciones internas que son estructural, conductual y/o funcionalmente análogas a fenómenos del mundo real, las cuales son empleadas para razonar en diversos contextos. Por su parte, Nersessian estipula que *modelo mental* denota las unidades cognitivas que organizan las representaciones mentales de conocimientos empleados en el desempeño de diversas tareas cognitivas, tales como razonar, resolver problemas o en la comprensión del discurso. V. Nancy Nersessian, “Mental modeling in conceptual change”, en Stella Vosniadou (ed.), *Handbook of conceptual change*, EU (Nueva York), Routledge, 2008. El artículo de Nersessian también está disponible desde Internet en: <<http://www.cc.gatech.edu/aimosaic/faculty/nersessian/papers/Nersessian-ModelingConceptualChange.pdf>>. Con base en lo anterior, propongo concebir a las comúnmente denominadas “teorías jurídicas” como una subclase de los modelos que generamos (en este caso, que generan cierto tipo de académicos profesionales) para comprender y explicar específicamente diversas facetas del fenómeno jurídico. En efecto, puede hablarse de múltiples tipos de modelos de dicho fenómeno. Llamaré a los que se mueven en el plano más abstracto “modelos jusfilosóficos”. Algunos ejemplos de estos modelos serían la *teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, el *concepto de derecho* de Hart, etcétera.

² Los modelos referidos no suelen tener la pretensión de ser *omnicomprensivos* del fenómeno jurídico, sino que, como se verá en breve, arrojan luces respecto de *ciertos aspectos* que el teórico en cuestión juzga *importante* incluir en su propuesta (restando prioridad a, o incluso prescindiendo de, otros). Ahora bien, por múltiples factores —cuya elucidación correspondería a estudios empíricos en el ámbito de lo que provisionalmente podríamos denominar como la *sociología del conocimiento jurídico*— la popularidad y diseminación de esos modelos se aleja por mucho, de ser homogénea y equilibrada.

³ En efecto, la consideración de ciertas características, propiedades o atributos del derecho como *importantes* presupone un *componente evaluativo* en la empresa de generar teorías jurídicas. Sin embargo, la evaluación en cuestión no tiene necesariamente que ser realizada desde el punto de vista moral. Esto significa que las razones que sustentan la elección de los rasgos relevantes por parte del teórico no necesariamente tienen que hacer alusión a cuestiones de *moralidad política* en un intento —velado o subrepticio— de *justificar* la presencia de tales características (como la existencia de cierto tipo de instituciones, como las que instauran procesos democráticos, etcétera). De hecho, para autores contemporáneos como Julie Dickson, fundamentar estos *juicios de importancia* sobre la base de las denominadas “proposiciones evaluativas indirectas” (que no invocan razones de tipo moral), constituye la forma adecuada de proceder en el trayecto de construir un modelo jusfilosófico o teoría jurídica. V. Julie Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. Juan Vega Gómez, México, UNAM-IJ, 2006; en particular el cap. tercero “Teoría jurídica de evaluación indirecta. Para responder al reto planteado por Finnis”, pp. 65-89.

dará (identificables a partir de la elección previa); así como elecciones relativas a los compromisos ontológicos y metodológicos particulares que se adquirirán en la presentación de su proyecto.⁴

En esta ocasión, dirigiré mi atención sólo a ciertos modelos y problemas que, desde mi punto de vista (nótese el sesgo que producen elecciones como las referidas anteriormente), constituyen un ejemplo paradigmático de las rutas por las que transita la filosofía del derecho contemporánea (o al menos una corriente sobresaliente de la misma).

I. Objetivo

Como he mencionado, no pretendo ofrecer un panorama exhaustivo de la oferta de modelos jusfilosóficos contemporáneos disponibles. Mi objetivo es más acotado. Me limitaré a esbozar algunos ejemplos de teorías que explotan el recurso principal de una de las grandes vertientes metodológicas actuales. Dicho recurso consiste en el denominado *análisis conceptual*, del cual, la filosofía jurídica *analítica* hace un uso preponderante.⁵

En concreto, me daré a la tarea de revisar las propuestas de Andrei Marmor⁶ y de Scott Shapiro⁷ en torno a la “naturaleza” del derecho; y particularmente, en torno a la “naturaleza” de la *regla de reconocimiento* postulada por Hart en su famosa obra *El concepto de derecho*⁸ (se trata, en este sentido, de una discusión *neo* o *poshariana*).

⁴ Las elecciones de las que venimos hablando, indudablemente se encuentran influenciadas (en mayor o menor grado) por los vicios y virtudes propias de la formación profesional del teórico, así como por lo que acontece en otros ámbitos del conocimiento (jurídico y extrajurídico).

⁵ Otra de las vertientes metodológicas que circulan actualmente en el ámbito internacional constituye un esfuerzo por implementar la “naturalización” de la filosofía del derecho. Sin hacer a un lado la poderosa y crucial herramienta del filósofo representada por el *análisis conceptual*, la corriente naturalizada propone que dicho análisis mantenga continuidad, se nutra de, o que sea congruente con, los resultados (e incluso con ciertos aspectos de la metodología) de las ciencias empíricas relevantes para la agenda explicativa y de problemas que un proyecto filosófico-jurídico pretenda abordar. Se trata, pues, de un intento por matizar el frecuente desdén que algunos filósofos hacen respecto de qué es lo que sucede en la realidad social en relación con el fenómeno sobre el que reflexionan, el cual se manifiesta en actitudes tipo “*eso es un asunto empírico que no me compete*”. V. el excelente artículo sobre la naturalización de la filosofía del derecho de Brian Leiter, entrada “Naturalism in legal philosophy”, en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*; disponible desde Internet en: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/lawphil-naturalism/>>.

⁶ V. su página personal en: <<http://lawweb.usc.edu/users/amarmor/>>.

⁷ V. su página personal en: <<http://www.law.yale.edu/faculty/SShapiro.htm>>.

⁸ V. H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires (Argentina), Abeledo-Perrot, 1963.

II. Hart y su caracterización de la *regla de reconocimiento* como una *regla social*. Identificando un punto de partida común para contextualizar las aportaciones de Marmor y Shapiro

Al igual que Shapiro —como veremos después—⁹ Marmor considera necesario someter a una revisión rigurosa, la noción de “*regla de reconocimiento*” (propuesta por H.L.A. Hart como una noción fundamental, junto con otras, para explicar las *condiciones de existencia* de un sistema jurídico). Esta reconceptuación conllevará una forma distinta de concebir el derecho en general.¹⁰

Procedamos, primero, a la exposición de ciertos aspectos de la doctrina hartiana a los efectos de contextualizar las aportaciones de Marmor (lo cual nos servirá para el mismo propósito en el caso de Shapiro).

Como es sabido, para Hart la clave para explicar los sistemas jurídicos contemporáneos radica en concebirlos como una compleja maquinaria, operada por los *oficiales* respectivos, para la administración o tratamiento de las denominadas *reglas primarias de obligación*, en términos de su creación, modificación, interpretación y aplicación, esta última, en casos concretos de controversias relativas a su violación. El eslogan que encapsula esta visión sostiene que “el derecho (al menos el municipal-moderno) consta de la *unión de reglas primarias y secundarias*”.¹¹

Ahora bien, las *reglas secundarias* —componente crucial del modelo— pueden a su vez, considerarse como *metareglas*, es decir, como reglas que establecen y regulan un conjunto de cosas que pueden hacerse a, o respecto de, reglas más básicas (*primarias*).

Por su parte, las tres grandes clases de reglas secundarias postuladas por Hart, la de *reconocimiento*, la de *cambio* y la de *adjudicación*, son presentadas en su propuesta como una especie de antídoto, como una suerte de lista de remedios progresivamente introducidos por las sociedades humanas al efecto de superar o subsanar las deficiencias de sistemas de regulación conductual exclusivamente *consuetudinarios* (únicamente basados en la costumbre del grupo en cuestión).

En este sentido, al establecimiento de una regla de reconocimiento resolvería los problemas de *incertidumbre normativa* que muy probablemente habría en esta clase de *sociedades prejurídicas*. La pregunta central en torno a la que girarían las dudas y los desacuerdos que caracterizan la incertidumbre referida, podría formularse del modo que sigue: ¿Cuáles son las obligaciones de los particulares? La cual puede responderse de manera más eficiente si se sabe qué reglas forman parte del conjunto

⁹ V. la sección V de este trabajo.

¹⁰ Para presentar el pensamiento de Marmor a este respecto, sigo de cerca las siguientes obras del autor en comentario: *Positive law and objective values*, Oxford University Press, 2001; “Conventions revisited: a reply to critics”, *Jurisprudence*, vol. 2, núm. 2, 2011; “How law is like chess”, *Legal Theory*, vol. 12, núm. 4, dic. 2006, pp. 347-371; “Legal conventionalism”, *Legal Theory*, vol. 4, núm. 4, dic. 1998, pp. 509-531.

¹¹ V. H.L.A. Hart, *op. cit.*

de reglas *operante*. Suministrar los criterios —las marcas, señales, o rasgos de *validez*— con base en los cuales es posible detectar las reglas primarias respectivas es precisamente la misión de la regla de reconocimiento.

Las reglas de cambio, por su parte, resolverían el *carácter estático* o al menos de *lenta modificación* propio de las reglas costumbristas, el cual disminuye la capacidad de respuesta o adaptación a necesidades sociales urgentes de parte del sistema regulatorio de conductas.

Por último, las reglas de adjudicación resolverían el problema relativo a las dudas y desacuerdos que en el sistema exclusivamente consuetudinario se darían en torno a si una regla primaria ha sido infringida o no por una instancia particular de conducta. Dicha incertidumbre podría canalizarse a través de un mecanismo o método específicos (la adjudicación) en el que un tercero imparcial decidiera tales cuestiones. En este sentido, la regla secundaria de adjudicación establece *quiénes* (oficiales con funciones jurisdiccionales) y *cómo* (procedimientos de cierto tipo) tendrían que resolverse las controversias o disputas fundadas en alegaciones de incumplimiento o violación de reglas primarias.¹²

Habiendo clarificado (aunque sea brevemente) las nociones previas, procedamos a tratar la cuestión de las condiciones cuya satisfacción permite predicar la *existencia*, como *sistema jurídico*, de ese entramado, engranaje o unión de reglas secundarias y primarias al que Hart se refiere. Dichas condiciones son:

- A) Que la regla de reconocimiento (la cual establece el conjunto de criterios oficiales para determinar si una norma pertenece o no al sistema jurídico, es decir, si se trata de una norma *válida*) sea *aceptada desde el punto de vista interno*¹³ por los oficiales respectivos (concretamente por los jueces en sus prácticas adjudicatorias);
- B) Que dicha regla sea efectivamente seguida por la mayoría de los miembros de la comunidad judicial (que sea eficaz);

¹² En este momento, me parece oportuno destacar lo siguiente: Suele presentarse a la teoría de Hart como preponderantemente enfocada a objetivos descriptivos y no a cuestiones prescriptivas relativas a cómo debe ser el derecho (independiente de cómo, de hecho, sea). En términos más generales, se supone que la de Hart es una teoría que permanece neutra en cuanto a las características que atribuye al derecho, es decir, que no realiza defensa alguna, ni presupone que la haya, respecto de la pertinencia (incluso moral) de dichas características. Sin embargo, de manera velada y sutil Hart presenta los sistemas jurídicos como una especie de siguiente paso en la *evolución* de los sistemas regulatorios de conductas humanas. De hecho, desde algunas lecturas, la propuesta de Hart podría concebirse como un ataque eficientista (y hasta simplista) dirigido a los sistemas consuetudinarios, marcados en su teoría con el estigma de constituir sistemas prejurídicos y con una serie de defectos que nadie en su sano juicio optaría por preservar. El derecho proveniente del Estado sería el destino natural en el tránsito de un estadio primitivo a uno iluminado.

¹³ Como explica Brian Bix, al incluir el elemento del punto de vista interno en su teoría, Hart manifiesta la influencia de las adecuaciones metodológicas que en su época experimentara la teoría social en general. En este sentido, se consideraba que la explicación de un fenómeno social sería mejor si tomara en cuenta la perspectiva de los participantes de la práctica o fenómeno a analizar, que una que no lo hiciera. V. Brian Bix, “H.L.A. Hart and the hermeneutic turn in legal theory”, *Southern Methodist University Law Review*, vol. 52, pp. 167-199, 1999; y ———, “John Austin and constructing theories in law”, *Minnesota Legal Studies Research*. Paper núm. 10-07.

- C) Que las reglas primarias reconocidas con base en los criterios establecidos por la regla de reconocimiento sean *generalmente* cumplidas u observadas por la población (sociedad civil).

Las condiciones A) y B) a su vez, materializan las condiciones de existencia que Hart postulara respecto de una *regla social*, la cual constituye la categoría a la que pertenecen las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico (esto de acuerdo con la primera versión de la doctrina hartiana, la cual, como después veremos, se modifica en el *PostScriptum* al concepto de derecho).

En efecto, para Hart una regla social existe si se obtienen los siguientes estados de cosas:

- A) Hay una regularidad de comportamiento por parte de los miembros de G (un grupo social determinado), el cual se ajusta a R (la regla social respectiva);
- B) Los miembros de G manifiestan una actitud normativa hacia R, a la cual Hart denominó “*aceptación*”.
- C) Por su parte, la aceptación referida implica lo siguiente:
- D) Para la mayor parte de G, la existencia de R constituye *una razón para actuar* conforme a lo que R demanda;
- E) La existencia de R es empleada por la mayor parte de G como un *estándar* o punto de referencia para criticar las instancias del comportamiento desviado de R (incluido el propio comportamiento desviado);
- F) La existencia de R es empleada por la mayor parte de G como base racional suficiente para justificar las diversas dosis y modalidades de *presión social* consideradas apropiadas a efectos de ser suministradas a los miembros recalitrantes de G con el fin de lograr que su comportamiento se ajuste a R.

En resumen, las condiciones de existencia de un sistema jurídico engloban varios aspectos, a saber: Las condiciones de existencia de una regla social (consuetudinaria) efectivamente practicada, crucial para el derecho, es decir, de la regla de reconocimiento; las condiciones de existencia de cada una de las normas jurídicas primarias (identificadas sobre la base del empleo de los criterios de la regla de reconocimiento),¹⁴ es decir, que éstas sean *válidas* (que formen parte del sistema); y que además,

¹⁴ Como sabemos, la “*practice theory of social rules*” que articula el análisis conceptual que Hart realiza respecto de una *regla social*, además de desempeñar un papel importante en la teoría de las condiciones de existencia de un sistema jurídico contemporáneo, es también empleada por el autor en comentario a los efectos de analizar el concepto de “*obligación jurídica*” y de diferenciar escenarios en donde existen tales obligaciones de situaciones en donde los sujetos se ven “*compelidos*” a actuar conforme a los requerimientos o demandas de un asaltante armado. Este segundo empleo de la “*practice theory of social rules*” parece querer decir de un lado, que un sistema jurídico, conceptualmente hablando, no puede consistir en un mero ejercicio de poder fáctico en el que preponderantemente se emitan órdenes respaldadas por amenazas (a la Austin); y de otro, que las normas —al menos las que imponen obligaciones— deben reflejar, o estar cimentadas en la costumbre imperante en la comunidad de que se trate, de modo tal que los comportamientos obligatorios ya vienen observándose por la mayoría de los miembros del grupo G, quienes también *aceptan* la regla social que los impone en el sentido de considerarla como

las normas jurídicas primarias sean generalmente observadas por la población.¹⁵

III. *Problemas en el paraíso. Sobre las críticas de Marmor a la noción hartiana de regla de reconocimiento*

No profundizaremos en esta oportunidad en los problemas originados por requerir la eficacia generalizada de las normas jurídicas primarias al efecto de que *exista* un sistema jurídico.¹⁶ En lugar de ello, enfocaremos nuestra atención en algunos de los problemas u objeciones que Marmor asocia con la denominada “*practice theory of social rules*” (o *teoría de las reglas sociales como prácticas*) sobre la que se basa la noción de *regla de reconocimiento* hartiana.

fundada en, y proveedora de, razones para justificar la acción o conducta correspondiente, y en el sentido de servir, tanto de estándar para criticar a quines se desvían de tales pautas como de justificación para ejercer presión social a los efectos de corregir y alinear a los desviados. Sin embargo, ambas tesis parecen refutarse en el terreno empírico (múltiples ordenamientos jurídicos parecen basarse exclusivamente en la amenaza de consecuencias negativas asociadas al incumplimiento de sus normas, y, además, no reflejar adecuadamente la costumbre de los grupos que conforman su población). A lo anterior se podría responder que si ese es el caso, estamos ante instancias de pseudo-sistemas jurídicos (o cuasijurídicos) y que, en última instancia, ello no representa ningún riesgo para la empresa teórica en términos de refutar su análisis. Lo único que tales casos demostrarían es que tenemos prácticas que no se ajustan a nuestras expectativas de lo que el derecho debería ser si éste ha de estar justificado racionalmente. Pero, no se supone que la teoría de Hart se mueva exclusivamente en el plano descriptivo (de tal suerte que incluso algunos autores han considerado su trabajo como de sociología aplicada). ¿Acaso estas prácticas no deberían también hallar un lugar en las elaboraciones teóricas acerca de lo que el derecho es? En opinión de quien esto escribe, no deberíamos proceder a descartar tan fácilmente como *anómalas* prácticas que contradicen nuestros análisis conceptuales. Si en efecto, como sostiene Raz, debemos analizar “nuestro” concepto de derecho, es decir, el concepto de tal fenómeno que opera en sociedades históricamente determinadas, deberíamos tomar seriamente en cuenta la posibilidad de que para ciertas sociedades, lo que algunos considerarían una práctica defectuosa o anómala, forma parte de su concepto de derecho (sobre todo teniendo en mente la heterogeneidad en cuanto al desarrollo económico, social y jurídico de las sociedades humanas).

¹⁵ Nótese lo siguiente: La existencia de una norma jurídica primaria se agota con la determinación de su *validez* (es decir, existe válidamente si ha sido producida conforme a los procedimientos seguidos por las personas facultadas para tales efectos, establecidos por la regla de reconocimiento). En este sentido, su existencia individual no requiere de su cumplimiento efectivo, o lo que es lo mismo, su ineficacia o falta de observancia no constituye un hecho social relevante para derogarla o eliminarla del sistema. Sin embargo, cuando se trata de predicar la existencia del sistema jurídico en su conjunto, cobra crucial relevancia la eficacia de la mayoría de las normas jurídicas primarias. Requerir la eficacia de “la mayoría” (no especificada) de las normas jurídicas primarias (las que regulan directamente los comportamientos de los sujetos particulares) genera diversos problemas, entre ellos, que nos conduce a sostener que si bien un conjunto grande de normas jurídicas primarias puede ser válido, y, por tanto, existir, pese al incumplimiento generalizado de las normas que lo constituyen, ese mismo conjunto (que bien podría contar como “la mayoría” de las normas primarias) no puede constituir un sistema jurídico precisamente por ser generalmente incumplido. En cierto sentido ese conjunto de normas existe y no existe. O más raro aún, ese conjunto es válido en términos de formar parte de un sistema jurídico, *el cual, por el incumplimiento de la mayor parte de sus normas, no existe*. De modo que la existencia y no existencia son propiedades que terminan simultáneamente predicándose del sistema jurídico en cuestión.

¹⁶ En efecto, la ineficacia generalizada de la mayoría de las normas jurídicas primarias genera consecuencias desastrosas para un sistema jurídico, pero no su inexistencia, sino quizá una especie de “*existencia perversa*”.

Pues bien, de acuerdo con Marmor, la falla crucial en el análisis hartiano de la noción de *regla social* es que, en efecto, Hart correctamente identifica al hecho de que la regla en cuestión sea generalmente seguida por los miembros de G, que los miembros de G se percaten de ello y que mantengan la expectativa de que R permanecerá vigente (siendo observada al menos en el corto plazo), como algunas de las razones que *válidamente* pueden tenerse para seguir una regla social. Sin embargo, esto no sucede en el caso de todas las reglas sociales, sino que sólo procede para explicar la *normatividad* (es decir, el problema de elucidar las razones que justifican su seguimiento) de algunas de esas reglas, las cuales son conocidas con el nombre genérico de “convenciones”.

En el *PostScriptum*, Hart concede que su *practice theory of rules* —que le sirvió de marco para articular la noción de regla de reconocimiento— constituye en efecto, un análisis de una subclase de reglas sociales, es decir, de las denominadas *convenciones*, cuyo estudio conduce a considerar al hecho de que exista una práctica generalizada de conformidad con la regla en cuestión, como *parte* —esencial, pero sólo parte— de las razones que los miembros de G podrían válidamente esgrimir para justificar el seguir R.¹⁷

Sin embargo, esta razón parcial no agota el análisis del problema de la *normatividad* de la regla de reconocimiento, ni del derecho en general. Es decir, el problema de por qué seguir o actuar de conformidad con la regla de reconocimiento y con las reglas del derecho en general. ¿Qué razones y de qué tipo —morales, prudenciales, etcétera— podríamos tener, y podrían tener los jueces, para actuar conforme a lo que establecen las reglas de reconocimiento?

Pues bien, es en la caracterización de la regla de reconocimiento como una convención de cierto tipo —específicamente como una *convención constitutiva*— que Marmor pretende arrojar luces sobre el problema de la normatividad anteriormente referido, y de paso, abordar y clarificar el problema de la *autonomía parcial* del fenómeno jurídico concebido como un conjunto de prácticas (¿qué tanto estas se encuentran vinculadas con la moral y de qué tipo son estos vínculos?).

IV. La visión *convencionalista* del derecho de Andrei Marmor

Marmor procede a la caracterización de la regla de reconocimiento como una *convención constitutiva* a partir del análisis filosófico que David Lewis hace de otro tipo de convenciones, las denominadas “*convenciones de coordinación*”.¹⁸

¹⁷ V. H.L.A. Hart, *Post Scriptum al concepto del derecho*, est. prelim, notas y bib. Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.

¹⁸ Para una introducción al pensamiento y contribuciones a la filosofía de David Lewis, v. Brian Weatherspoon, entrada “David Lewis”, en Edward N. Zalta (ed.), *op. cit.*, disponible desde Internet en: <<http://plato.stanford.edu/entries/david-lewis/>>.

De acuerdo con Lewis (o mejor dicho, con la lectura que Marmor hace de Lewis), una convención de coordinación constituye una subclase de regla social que emerge normalmente sin acuerdo previo y unánime entre todos los interesados, sino progresiva o paulatinamente, ante la presencia recurrente (en términos de su frecuencia) y masiva (en términos de la cantidad de personas involucradas) de los llamados “*problemas de coordinación*”.

Por su parte, un problema de coordinación surge cuando en ciertas circunstancias, un conjunto amplio de agentes humanos posee una preferencia o expectativa preponderante respecto de sus conductas mutuas: Que estas *converjan*. Expliquemos:

Ante la diversidad de opciones de conducta abiertas para tales agentes en determinadas circunstancias (ante la presencia recurrente de uno o varios problemas de coordinación), cada uno de ellos prefiere renunciar a la que en su fuero interno considera óptima o más conveniente para resolver el problema en cuestión, con tal de que la que el grupo tiene la disposición de establecer y termina, haciéndolo, *garantice la uniformidad de conductas*.

En otras palabras, los agentes prefieren evitar las consecuencias (normalmente concebidas como negativas desde diversos ámbitos normativos) de la acción social descoordinada en ciertas situaciones, incluso cuando la alternativa, cuya observancia termina por generalizarse, resulta no coincidir con la que cada agente hubiera considerado más apropiada (o resulta no coincidir con la alternativa por la que cada agente hubiera pugnado con el propósito de alcanzar un acuerdo unánime, lo cual, como se ha dicho, no es posible de acuerdo con la definición técnica de “*convención de coordinación*”).

El afán o la expectativa de uniformidad en el comportamiento del grupo alcanza para que cada miembro considere en su beneficio y, por tanto, razonable el sumarse a la práctica que termina por establecerse. Es la uniformidad del comportamiento en abstracto, lo que se valora como *la mejor* solución a cierto tipo de problemas, independientemente de la alternativa por la que se logra dicha uniformidad (claro, generalmente la alternativa implementada yace y debe hacerlo, en el radio de opciones razonables y realistas).

Este análisis (conceptual) articula dos intuiciones fundamentales en torno a la noción de convención (de coordinación), a saber: Que el contenido de la convención es, en cierto sentido, *arbitrario*; y que dentro de las razones que se tienen para seguir tales convenciones se encuentra el hecho de que *los demás* (“los demás” que se encuentran en la situación pertinente) *también lo hacen* (de tal suerte que no tendría sentido seguir una regla convencional si esta no fuere, en efecto, seguida por la comunidad relevante de agentes).

Aquí comienzan los problemas para caracterizar a la regla de reconocimiento como una convención de coordinación (razón por la cual Marmor eventualmente optará por usar la noción de “convención constitutiva”):

De un lado, resulta contraintuitivo concebir a los criterios que permiten la resolución de posibles conflictos normativos (también considerados parte del contenido de la regla de reconocimiento), como el caso de la jerarquización de leyes (federales, locales y municipales, o constitucionales, legales y reglamentarias, etcétera), como un asunto arbitrario (como veremos más claramente en el caso de Shapiro, el establecimiento de criterios, como el de la jerarquía normativa, para resolver los posibles conflictos entre normas jurídicas, reflejan decisiones fundamentales relativas a la forma de gobierno y de Estado que la comunidad relevante adoptará).

Estas elecciones (contar con un régimen federal que convive con los ámbitos local y municipal, así como con un régimen constitucional al que se supeditan las leyes restantes), que están presupuestas en los criterios de jerarquización normativa aludidos con anterioridad, parecen ser todo menos un capricho arbitrario. Se trata de cuestiones de *moralidad política* que han de cimentarse en una justificación cautelosa fundante de las decisiones respectivas.

Para matizar este efecto indeseable, Marmor sostiene que el término *arbitrariedad* no necesariamente debe entenderse como *indiferencia* respecto de las alternativas que se abren para resolver el problema de coordinación específico. De hecho, el autor en comento sugiere concebir la intensidad de la preferencia por la uniformidad de conductas como parte de un continuo o espectro (gradual) en el que en un extremo podría ubicarse la actitud totalmente indiferente hacia las alternativas de solución, y en el otro, una preferencia aunque sea *mínimamente superior* por la uniformidad (con todos los estadios intermedios que estos extremos suponen).

Pese a la enmienda previa al análisis de las convenciones de coordinación, Marmor identifica un problema más que, desde su punto de vista, cancela las pretensiones de extender dicha noción al caso de la regla de reconocimiento jurídica. El problema referido consiste en que el establecimiento en la práctica de la regla de reconocimiento no parece tener el objetivo de resolver un *problema de coordinación* como sí sucede en el caso de las convenciones estudiadas por Lewis.

Aunque pudieran idearse formas ingeniosas y sofisticadas de plantear el escenario en el que surgen las reglas de reconocimiento jurídicas en términos de una instancia de algún problema de coordinación, para Marmor, ello eclipsa un efecto muy importante producido por el tipo de convenciones —*constitutivas* en lugar de convenciones de coordinación— con base en las cuales es más adecuado caracterizar la naturaleza de la regla de reconocimiento: A saber, el efecto de *constituir una práctica parcialmente autónoma o independiente* (de las deliberaciones prácticas normales que cotidianamente realizamos, en las que participan razones morales, prudenciales, etcétera).

Para ahondar en la explicación del efecto constitutivo referido, Marmor nos insta a considerar como casos *relativamente semejantes* al derecho y a los juegos (claro, siempre manteniendo las proporciones conducentes). Particularmente menciona el ejemplo del ajedrez.

Como un género distinto de actividad humana, el surgimiento del ajedrez no puede satisfactoriamente explicarse como una solución a un problema recurrente de coordinación entre dos jugadores. En efecto, puede hablarse de un contexto de *necesidades sociales* (y más generalmente, de necesidades humanas) que propicia el surgimiento de prácticas o actividades como la del ajedrez (tales como la necesidad de interactuar de forma lúdica —sin las presiones y cargas de la vida cotidiana— competitiva e intelectualmente estimulante, persiguiendo una meta cuya obtención constituye el final de la interacción, etcétera).¹⁹ No obstante, ese contexto no parece caracterizarse adecuadamente como un problema recurrente de coordinación (al menos en el sentido técnico propuesto por Lewis) en el que los involucrados valoran cualquier formato de interacción grupal que resulte implementarse con tal de que aquel garantice la uniformidad de sus conductas.

Con antelación al surgimiento de las convenciones que *constituyen* el ajedrez no había problema de coordinación que resolver.²⁰ Pero aún más importante es que después de su establecimiento queda disponible para quien lo considere oportuno o conveniente, un formato o protocolo de interacción-colaboración, con significado propio, al que se puede recurrir a los efectos de tener acceso a una especie de “*dimensión o mundo artificial*” que establece, hasta cierto punto, sus propios objetivos, las formas de conseguirlos, sus propios estándares de valoración, etcétera. En concreto, establece el punto (el *chiste*) de participar en dicha práctica.

De manera que, en cada instancia particular de una partida de ajedrez (que no podría comprenderse como tal si no conociéramos los contornos de dicha actividad establecidos por las convenciones respectivas), los jugadores pueden tener distintas razones en las cuales fundar su decisión de jugar ese juego en específico, lo cual no ocurre en los casos de convenciones de coordinación en los que, una de las razones fundamentales para seguirlas en cada caso concreto es el observar la pauta efectivamente implementada para resolver el tipo de problema de coordinación social recurrente de que se trate (en conjunción con las razones —que bien pueden ser morales— que hay para proceder a la resolución del problema de coordinación específico). Cada vez que logramos identificar la presencia del problema en cuestión, optamos por hacer lo que sabemos que todos hacen en esas circunstancias, porque, de lo contrario, no obtenemos nuestros fines (como en el caso en que nuestro objetivo de comunicarnos pueda verse frustrado si no respetamos la convención que podría requerir que si se corta la llamada entre dos personas que usan teléfonos celulares, quien hizo la llamada es quien debe volver a marcar), e incluso podemos ponernos en riesgo físico, o a otros tipos de riesgos (piénsese en el caso de las convenciones que establecen el lado del camino por el que circulan los autos, etcétera).

¹⁹ V. Andrei Marmor, “How law ...”, *op. cit.*

²⁰ Aunque, en efecto, el contexto de necesidades sociales en el que podría sostenerse que el juego respectivo surge, puede incluir un requerimiento de conducta o acción coordinada. Sin embargo, este componente o requerimiento de coordinación no se ajusta al análisis técnico-filosófico que Lewis hace respecto de los denominados “problemas de coordinación”.

Ahora bien, aunque Marmor no acude al marco teórico de John Searle, algunas de sus nociones principales nos son de utilidad para explicar (quizá con mayor claridad) el efecto que venimos comentando, predicado de las convenciones constitutivas.

Como sabemos, Searle distingue entre dos tipos de hechos (que conforman parte de la ontología —o mobiliario— del mundo), los “*hechos brutos*” de los “*hechos institucionales*”. Los primeros consisten, generalmente, en conductas que podríamos continuar describiendo en términos coloquiales aunque fueran regulados (como el caso de la regla que especifica dónde está permitido estacionarse y dónde está prohibido; la existencia de la regla no impone capas ulteriores de significación —o un *status* diferente, como Searle lo llama— a la conducta consistente en “estacionarse”). En otras palabras, el hecho o conducta regulados son perfectamente comprensibles —y autónomos— con independencia de la regla en cuestión.²¹ Por su parte, los segundos (los institucionales) son conductas o hechos que requieren de la existencia de ciertas *reglas constitutivas* a los efectos de que podamos siquiera concebirlos, comprenderlos, evaluarlos y participar en los contextos en que son producidos (*anotar un gol*, por ejemplo, es una conducta que no podríamos concebir como tal, que no podríamos comprender, reconocerla cuando ocurre, apreciar o juzgar, y llevar a cabo, salvo por nuestro conocimiento de los contornos y límites de la práctica —el fútbol— en la que esta conducta puede tener lugar; contornos y límites que son establecidos precisamente por las reglas constitutivas respectivas; nótese cómo los hechos brutos consistentes en correr en un campo abierto golpeando un balón con los pies hasta lograr que éste rebase el límite representado por una estructura con dos barras verticales y una horizontal que las une por la parte superior, adquieren el significado de “*anotar un gol*” por el efecto de las reglas constitutivas de este deporte).²²

De hecho, Marmor sostiene que generalmente las convenciones constitutivas de las que habla, conforman *sistemas* cuyos componentes interactúan de modos complejos. Esta característica también podemos hallarla en el marco de Searle, quien denomina “*instituciones*” precisamente a la interacción sistémica que normalmente acontece entre un conjunto de reglas constitutivas de la forma *X vale (cuenta) como Y en el contexto C* (de ahí que sus hechos institucionales presupongan, u ocurran en el marco de la institución respectiva, es decir, al amparo del entramado pertinente —del *sistema respectivo*— de reglas constitutivas).²³

²¹ En efecto, los enunciados lingüísticos con los que intentamos referirnos a ciertos hechos y conductas son, ellos mismos, *hechos institucionales* en virtud de que se trata de hechos que no podrían existir sin la existencia y funciones constitutivas previas del entramado de reglas del tipo lógico “*X vale como Y en C*” en las que se fundan nuestras prácticas lingüísticas. Pero el que se requiere de un hecho institucional —la producción o emisión de un enunciado lingüístico— para referirnos a ciertos hechos brutos no convierte en institucionales a los últimos. Se debe, pues, diferenciar entre los enunciados de los objetos, eventos, estados de cosas, etcétera, mediante ellos referidos.

²² V. John Searle, *La construcción de la realidad social*, trad. y pról. Antoni Doménech, Barcelona (España), Paidós, 1997, en particular el cap. 1 “Las piedras angulares de la realidad social”, pp. 21-57.

²³ V. John Searle, *op. cit.*, pp. 94-100.

En este punto, el problema de determinar si quienes intervienen o participan en la práctica que llamamos “derecho” —particularmente los jueces (o los oficiales del sistema, de manera más general)— tienen o no una *obligación moral* de participar en ella (el problema de la *normatividad jurídica*), queda por abordarse.

A este respecto, Marmor sostiene que las convenciones que constituyen las prácticas jurídicas no pueden ofrecer ninguna respuesta (en ellas no puede radicar el germen de la normatividad del derecho). Dichas convenciones —como las del ajedrez— sólo establecen cómo ha de practicarse el género de actividad humana por ellas constituido, mas no que este género *deba* ser practicado (desde el punto de vista moral). Por ello, pretender analizar la regla de reconocimiento como imponiendo deberes (morales), de acuerdo con Marmor, es un error.

Si es que existe o no un deber (moral) de participar en la práctica constituida, esto es una cuestión que depende del tipo de razones (motivadoras o no de la conducta del sujeto) disponibles para justificar tal decisión (la cual se vuelve una obligación si entre las razones disponibles hay algunas de naturaleza moral y si éstas logran vencer en el balance respectivo).

Sin embargo, no siempre puede haber razones de tipo moral a las que se pueda recurrir para fundar la decisión de participar en una práctica particular constituida. De hecho, la práctica sólo requiere de quienes en ella intervienen, que sean *participantes comprometidos*, de quienes puede esperarse el cumplimiento u observancia de sus roles respectivos.

Sin esta participación comprometida que se ajusta al formato de interacción establecido por las reglas constitutivas respectivas, la práctica en cuestión pierde su sentido. Los sujetos estarían haciendo cosas, pero no practicando el género de que se trate. El deseo (o la decisión) de participar en la práctica correspondiente, aunado a la intención de no modificar los aspectos básicos de la misma, acarrearán la fuerza obligatoria *mínima* de las convenciones constitutivas (el sentido mínimo de esta obligatoriedad conmina a los sujetos a desempeñar sus roles, sin lo cual, la práctica perdería su sentido).

En suma, la participación de los sujetos en la práctica en cuestión está *condicionada* a que estén *comprometidos* con desempeñar los roles que aquella les impone. Ese compromiso puede fundarse en una amplia gama de razones. En efecto, si estas razones son de índole moral, entonces puede decirse que ese compromiso está respaldado por una obligación o deber moral (lo cual no siempre es el caso, y no es una *condición necesaria* para que proceda la participación de los sujetos).

En el caso del derecho, los jueces, lo mismo que la población en general, pueden fundar su participación en la adjudicación (o en el derecho) sobre la base de razones *meramente prudenciales* (en el caso de los jueces, porque serlo les otorga cierto estatus que desean, por los beneficios económicos que el ejercicio de la profesión conlleva, etcétera: o en el caso del ciudadano, debido a que prefieren evitar las consecuencias negativas derivadas del incumplimiento, o porque hacerlo promueve otro tipo de fines que persiguen, etcétera).

Sin embargo, debido a que el derecho es una de esas prácticas respecto de las cuales en principio (y aunque algunos lo intenten) no podemos “escapar” o decidir dejar de participar (ya que constituye una especie de filtro continuo por el que se destila nuestra vida), sería deseable, sugiere Marmor, que entre las razones no sólo posibles, sino actuales, para participar en sus prácticas, se contara con razones que apunten a su *legitimidad*, o más específicamente, a la *legitimidad* de la distinta gama de autoridades que participan en el derecho.²⁴ De lo anterior se sigue que sólo si contamos con razones actuales (no sólo posibles, sino empíricamente verificadas) acordes con ciertos principios de moralidad política (que fundan la legitimidad del sistema jurídico), tenemos la obligación moral —también de carácter *prima facie*—²⁵ de participar en las prácticas a las que en conjunto denominamos “derecho”.²⁶

V. La visión del derecho como un *plan compartido* de Scott Shapiro

Como en el caso de Marmor, Shapiro también considera que la noción hartiana de “*regla de reconocimiento*” debe ser revisada con el propósito de caracterizar su naturaleza de un modo más adecuado.

En este sentido, Shapiro cuestiona la presentación de dicha regla como una *regla social*, y en lugar de ello propone concebirla, junto con la totalidad de clases de *reglas secundarias* (la de *reconocimiento*, la de *cambio* y la de *adjudicación*) postuladas por Hart, como instrumentos que expresan los componentes esenciales de un *plan* a gran escala, diseñado para, y compartido por, los oficiales-operadores del sistema jurídico en su conjunto, a los efectos de estructurar y organizar sus actividades de cierto modo.²⁷ Pero, vayamos por partes:

²⁴ V. Andrei Marmor, “An institutional conception of authority”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 39, núm. 3, verano 2011.

²⁵ Incluso cuando se cuentan con razones verificadas de legitimidad de la autoridad —por ejemplo, las propuestas por Raz— la obligación moral de cumplir con sus directivas es derrotable en virtud de que siempre quedará un resquicio por el que puedan colarse razones *no-dependientes* en los contextos específicos en los que surge la opción de ajustarse o no a las normas correspondientes. Esto deriva del reconocimiento realista de las limitaciones epistémicas de las autoridades humanas. Pese a que pueden estar en mejores condiciones informativas respecto del ciudadano de a pie, sus razonamientos jamás podrán contemplar la gama completa de situaciones particulares de deliberación práctica. Las autoridades trabajan con modelos hipotéticos de clases de situaciones. Como en el caso de la elaboración de cualquier modelo, este consiste en una simplificación de la realidad (mucho más cuando se trata de modelos predictivos, es decir, contra-fácticos referidos al futuro). Por ellos es que, como Raz sostiene, las directivas constituyen razones excluyentes de ciertas razones de primer orden, no de su totalidad. En esa medida, en general, las directivas jurídicas son también razones *no-concluyentes*.

²⁶ Claro está que entre nuestras obligaciones (morales) derivadas de nuestro rol de “ciudadanos” de un sistema político, en principio tenemos la obligación, *prima facie*, de obedecer al derecho. Sin embargo, el surgimiento de esta obligación ciudadana también está sujeto a ciertas condiciones de legitimidad del sistema en cuestión.

²⁷ Para la reconstrucción del pensamiento de Shapiro, siga de cerca las siguientes fuentes: Scott Shapiro, “Was inclusive legal positivism founded on a mistake?”, *Ratio Juris*, vol. 22, núm. 3, sep. 2009; “What

En la ruta hacia la concepción delineada anteriormente, Shapiro comienza por revisar la estrategia que a Hart le sirve de trasfondo para introducir la noción de reglas secundarias como la clave para entender y explicar los sistemas jurídicos contemporáneos.

Como recordará el lector, esa estrategia consiste en diseñar un experimento mental en el que se nos invita a imaginar un caso (quizá extremo) de sociedad humana regida exclusivamente por las costumbres que paulatinamente han venido desarrollándose en dicho grupo. La idea básica es identificar-diagnosticar en tal caso hipotético, la serie de problemas o defectos propios del operar cotidiano de este sistema consuetudinario omnicomprendido de la vida de la comunidad en cuestión. En este contexto, las reglas secundarias funcionan como una especie de terapia o tratamiento para combatir los efectos perniciosos de dichos “*agentes patógenos*”.

Uno de los problemas principales que experimenta este sistema basado únicamente en la costumbre grupal (para el que la regla de reconocimiento opera como remedio) tiene que ver con la denominada *incertidumbre normativa*, es decir, con las dudas y desacuerdos que con respecto de cuáles son las obligaciones de los particulares, podrían darse de manera recurrente y expansiva.

Para reducir (no necesariamente erradicar del todo) la incertidumbre propia de este ambiente se requiere que exista la posibilidad de que las reglas (primarias) que imponen obligaciones a los miembros de la comunidad, sean *identificadas*, en principio, sin ambigüedades, lo cual, a su vez requiere de la existencia de una regla cuya función principal consista en suministrar el conjunto de criterios que permitan llevar a cabo la identificación de los insumos regulativos referidos.

Dichos criterios tendrían que hacer alusión a ciertas *propiedades* cuya posesión por parte de los candidatos considerados, tendría el efecto de convertirlos en *normas válidas* del sistema jurídico (en proceso de construcción).

Una de las tesis torales del positivismo jurídico contemporáneo sostiene que las propiedades mencionadas pueden reducirse al hecho (social, empíricamente verificable) de que los candidatos provengan de ciertas *fuentes* sociales (tales como la actividad del parlamento, decisiones previas de las cortes o tribunales, de la costumbre, etcétera). A esta tesis se le conoce precisamente como la “*tesis de las fuentes sociales*”.

Pues bien, Shapiro sostiene que adicionalmente a este problema o defecto de la incertidumbre normativa se debe considerar la presencia de otro de mayor importancia, para el cual la *totalidad* de las reglas secundarias —no sólo la de reconocimiento— constituye el remedio adecuado (como en breve veremos, dicha incertidumbre es la que en realidad, detona la irrupción del proyecto jurídico).

is the rule of recognition (and does it exist)? en M. Adler y K. Himma (eds.), *The rule of recognition and the US constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009; “Law, plans and practical reason”, *Legal Theory*, vol. 8, núm 2, dic. 2002, pp. 387-441; “Authority” en J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Clarendon Press, 2002.

El autor en comento denomina a dicho problema capital como una “*incertidumbre de segundo orden*” en el sentido de que se trata de un tipo de incertidumbre más básico que a la manera de un efecto en cascada, produce o acarrea la incertidumbre normativa referida anteriormente (considerada por Shapiro como *incertidumbre de primer orden*).

La incertidumbre de segundo orden tiene que ver con las dudas y desacuerdos que la comunidad podría frecuentemente experimentar en torno a la cuestión fundamental de quién, o mejor dicho, *quiénes* serán los depositarios del *poder público* y de *cómo* habrán de ejercerlo.

Nótese cómo, a diferencia del problema para el cual la incorporación de la regla de adjudicación funcionaría como antídoto (problema que puede formularse en términos de la pregunta ¿*quiénes* dirimirán las disputas relativas a la satisfacción o violación de las normas primarias y con qué método lo harán?), la incertidumbre de segundo orden sienta las bases para un proyecto de mayor calado y alcance consistente en el diseño del aparato burocrático en su totalidad.

Se trata, en efecto, de asuntos de la mayor relevancia para la vida política de la comunidad, los cuales corresponden al ámbito de la *moralidad política*, y se caracterizan por la confrontación de concepciones diversas respecto de nociones cruciales como las de justicia, equidad, libertad, seguridad, igualdad, soberanía, etcétera.

Cómo han de convivir estas nociones, cuáles de ellas constituyen los objetivos fundamentales de la vida colectiva, qué concepciones recíprocas deben hacerse entre ellas, cuáles y en qué casos algunas de ellas tienen prioridad sobre otras, pero sobre todo, cómo han de materializarse esos equilibrios y concesiones recíprocas en un entramado o arreglo institucional propicio, son las interrogantes que correspondería despejar, de acuerdo con Shapiro, a una suerte de *diseño institucional* sobre el cual se base la solución (no definitiva, claro) de la incertidumbre de segundo orden anteriormente aludida.

Asimismo, el mencionado proyecto de diseño o ingeniería institucional tendría que abordar otro aspecto en el que Shapiro hace hincapié, a saber: La cuestión relativa al perfil, o mejor dicho, a los *perfiles ideales* de desempeño que los oficiales, operadores o burócratas del sistema tendrían que satisfacer, los cuales, a su vez, deberían estar basados en juicios adecuados en torno a la dosis de *confianza* que, de acuerdo con dichos perfiles, procedería depositar en cada puesto o encargo burocrático contemplado.

La propuesta de Shapiro consiste, pues, en concebir a la totalidad de reglas secundarias de las que Hart hablaba, como un conjunto de criterios interconectados que expresan los componentes esenciales del *plan*, que, para el abordaje e intento de solución del conglomerado de problemas, interrogantes e incógnitas propias de la distribución y equilibrio del poder (y de la confianza respectiva), ha sido diseñado a los efectos de contar con un proyecto a gran escala —con el armazón o estructura básica— del tipo y características del gobierno que una determinada comunidad política decide otorgarse.

La existencia de estas reglas secundarias (con base en las cuales los funcionarios gubernamentales reconocen y comprenden sus distintos roles y, así mismo, despliegan una acción colectiva *coordinada*), concebidas como elementos esenciales del plan referido, resuelve de manera más adecuada el problema de la incertidumbre de segundo orden de Shapiro, en virtud de que supera con creces la capacidad y calidad de respuesta de las alternativas disponibles en el sistema exclusivamente consuetudinario que regula las conductas de los miembros de nuestra comunidad imaginaria, a saber: la *improvisación espontánea* o la *obtención de un consenso masivo* que habría de alcanzarse entre una gran cantidad de personas (si asumimos que la comunidad en cuestión tiene las dimensiones de sociedades como las actuales).

Ahora bien, para completar la visión hasta el momento presentada, en nuestra agenda corresponde dirigir nuestra atención a lo que para Shapiro significa el hecho de que la comunidad de funcionarios (burócratas, oficiales, operadores, etcétera) *comparta* el multicitado plan de acción gubernamental, que, por cierto, de acuerdo con el autor en comento, cristaliza en el orden constitucional respectivo (escrito, no escrito, etcétera).

Pues bien, las condiciones de verdad de la proposición ‘la comunidad de oficiales del grupo G *comparte* un plan de acción gubernamental P’ son las siguientes:

- A) Que el plan haya sido diseñado *para ellos* (o más bien, para personas que, como ellos, satisfacen los perfiles ideales específicos) de modo tal que:
- B) Les permita realizar una *actividad conjunta* de manera *coordinada*;
- C) Comprometerse con el desempeño de sus roles;
- D) Comprometerse con no interferir en el desempeño de los roles de sus colegas oficiales.

Toca el turno, ahora, de presentar cómo Shapiro aborda el problema de la normatividad del derecho con base en su concepción de éste como el resultado de la actividad jurídica *planificada* con antelación para coordinar el ejercicio del poder público por parte de los oficiales del sistema.

La interrogante central de dicho problema es si el derecho es moralmente vinculante para sus destinatarios, es decir, si existe una obligación moral de obedecerlo, si las obligaciones jurídicas son también, o simultáneamente crean, obligaciones morales particulares. De acuerdo con Shapiro, la respuesta es afirmativa, no obstante la misma merece ciertas clarificaciones:

Se trata de una obligación cuyo carácter podríamos calificar de *prima facie* o *derrotable*, en virtud de que, obviamente es posible (y quizá común en muchos casos), que las directivas jurídicas provengan de autoridades jurídicas ilegítimas (de acuerdo con alguna teoría de la legitimidad) y que ellas mismas —las directivas— no tengan nada que ver con un análisis adecuado de las razones (hechos de diversa clase) que podrían justificar las conductas por ellas requeridas.

En otras palabras, el posible (y quizá frecuente) fracaso del plan que organiza y coordina la acción burocrática, no invalida la *pretensión* fundamental de —y que le

da sentido a— dicho plan, consistente en reflejar, por medio de la coordinación y despliegue de la acción gubernamental, lo que la comunidad entiende que la *moralidad política* requiere en términos de la organización de la estructura del gobierno y del Estado, y de las atribuciones, facultades y responsabilidades delegadas a cada encargo público.

En este sentido, en el modelo de Shapiro, “lo jurídico” (que supuestamente se orquesta y despliega con base en un plan maestro) podría leerse como un intento preliminar, falible, revisable, etcétera, como una especie de primera oportunidad, un primer *corte de caja* (que bien puede arrojar *saldos negativos*), de resolver el problema caracterizado por la presencia de visiones o concepciones encontradas en materia de moralidad política en una comunidad determinada. Y es precisamente en la *falibilidad* del plan, en su flexibilidad, donde yace el germen para someterlo, en múltiples oportunidades, incluso por los mismos oficiales del sistema, a revisiones. Particularmente, aunque no exclusivamente, a los jueces se les presentan estas oportunidades de revisión. ¿Cuándo? Al decidir si aplican o no las directivas provenientes de las autoridades a quienes esas facultades (junto con su autoridad jurídica) les son conferidas por el plan maestro.

En otras palabras, y para culminar con esta sección, podemos decir que la existencia del plan que organiza la acción gubernamental no cancela la dimensión moral de los individuos que viven sus consecuencias (los particulares) ni de los que lo ejecutan (los oficiales). Por estas razones, y recordando las lecciones de Marmor, la actividad jurídica constituye una práctica *parcialmente* autónoma.

VI. Discusión y conclusiones

Corresponde en esta sección realizar un esfuerzo crítico y comparativo de las dos visiones previamente expuestas, la de Marmor y la de Shapiro.

Podemos decir que ambas propuestas constituyen proyectos de reconceptualización de la *regla de reconocimiento* hartiana con miras a caracterizar de un modo más adecuado, su “naturaleza”. Para estos autores, la *practice theory of rules* de Hart, que presenta a dicha regla como instancia de una *regla social*, es inadecuada.

No obstante, desde este momento comienzan a surgir diferencias importantes:

Una de ellas radica en que Shapiro no se enfoca exclusivamente en la noción de regla de reconocimiento, sino que su análisis abarca, como se ha dicho, a la totalidad de clases de *reglas secundarias* (la de reconocimiento por supuesto, pero también las de cambio y adjudicación). Y esto es así debido a que, para Shapiro, todas ellas expresan los elementos esenciales del *plan compartido* por los oficiales del sistema, de acuerdo con el cual se estructura, organiza y coordina su *actividad conjunta*. En este sentido, para el autor en comento, los oficiales relevantes a considerar en sus reflexiones no son sólo (ni preponderantemente) los jueces, sino todo el aparato bu-

rocrático en términos de la amplia gama de funcionarios, oficiales u operadores que éste contempla, a quienes las reglas secundarias les informan de sus roles respectivos, de sus responsabilidades, facultades y competencias.

Sin embargo, alguien podría matizar la diferencia expresada haciendo alusión al hecho de que, en el modelo de Marmor, la convención constitutiva que funda las prácticas jurídicas en realidad es un *sistema de convenciones constitutivas*, de lo cual podría desprenderse la posibilidad de que, como Shapiro, también Marmor incluye en su análisis la totalidad de reglas secundarias.

A lo anterior podría responderse que del hecho de que se trate de un sistema de convenciones constitutivas no se sigue, necesariamente, que dicho sistema incluya a las demás reglas secundarias, sino que simplemente se trate de una *pluralidad* de reglas de reconocimiento, las cuales conformarían el sistema en comento.

La tesis de la pluralidad de reglas de reconocimiento parece tener en la actualidad amplia aceptación en el debate correspondiente, de modo que se considera que existen varias reglas de este tipo que incluyen la o las que establecen los criterios de pertenencia al sistema (validez jurídica), pero también las que establecen un subsistema para la resolución de los posibles conflictos de diversa índole que pueden ocurrir entre las normas jurídicas identificadas como válidas (dicho subsistema contemplaría criterios de ordenación jerárquica, por ejemplo, de lo constitucional a lo reglamentario, o de lo federal a lo municipal, etcétera).

Sin embargo, no es necesario considerar que el conjunto de convenciones constitutivas (interactuando como sistema) del que habla Marmor se agota con la tesis de una pluralidad de reglas de reconocimiento. Todavía queda un espacio lógico disponible que podría ser ocupado por las reglas secundarias restantes.

De hecho, si tomamos en cuenta la noción de convención constitutiva como englobando a todas las reglas con ese carácter que confieren unidad e identidad a la práctica correspondiente delimitando sus contornos o linderos y contemplando la totalidad de actores y de roles a ellos asignados, parece que la inclusión de las reglas secundarias no se aleja del modelo de Marmor (lo cual, quizá sería la mejor forma de interpretarlo).

Ahora bien, otra diferencia fundamental que puede generar tensiones entre ambos modelos es que en el de Marmor, el surgimiento del sistema de convenciones constitutivas no está orientado a resolver un *problema recurrente y masivo de coordinación* (al menos en el sentido técnico-filosófico de Lewis). La existencia previa de un problema con tales características y la irrupción de las convenciones constitutivas como reacción resolutive de dicha situación no es la lógica que para este autor, explica la creación de dichas convenciones.

Sin embargo, éste no parece ser el caso en el modelo de Shapiro. La función coordinadora es un aspecto fundamental de los efectos de su propuesta de *plan compartido* que cristaliza en el orden constitucional de la comunidad, y que permite a los oficiales del sistema realizar una acción conjunta en la que cada uno de ellos pueda reconocer el papel que, de acuerdo con el esquema o armazón estructural

del plan les corresponde desempeñar, comprometerse con el encargo y funciones correspondientes, así como comprometerse con la no intromisión o interferencia en responsabilidades ajenas.

En este sentido, Shapiro podría objetar a Marmor que, salvo que se trate de un Estado caótico que experimenta revoluciones continuamente, golpes de estado, etcétera, en efecto, el problema de estructurar, organizar y coordinar la actividad jurídica del aparato burocrático no parece satisfacer la condición de Lewis en el sentido de que el problema de coordinación sea *recurrente*. Pero no por ello deja de tratarse de un problema cuya solución requiera de la acción coordinada de los involucrados, y que, por tanto, Marmor también debería incluir este aspecto de coordinación en su explicación del surgimiento de las convenciones constitutivas de las prácticas jurídicas (de modo que incluso sea suficiente el quedarse con el modelo de Lewis sin acudir a la noción de convención constitutiva).

Quizá Marmor podría conceder lo anterior. Sin embargo, creo que la concesión referida la vendería más cara de lo esperado. En este sentido, podría revirar sosteniendo que hay otro requisito conceptual —adicional al elemento de “recurrencia” del problema— que tampoco es satisfecho por el problema de coordinación específico que se presenta en el modelo de Shapiro. Ese requisito consiste en concebir la *uniformidad de conductas* como el objetivo prioritario de la convención que resuelve el problema de coordinación de que se trate.

En efecto, sería contraintuitivo en el modelo de Shapiro esperar que el plan de actividad jurídica contemple que todos los actores relevantes se comporten *de un mismo modo* como la ruta más apropiada para resolver el problema de coordinar la acción gubernamental; e igualmente contraintuitivo que los involucrados prefirieran la uniformidad por encima de cualquiera de las alternativas disponibles para coordinarse de cierto modo. Si algo podría esperarse de dicho plan es que distribuya el ejercicio del poder en roles o encargos públicos *diferentes* con funciones *distintivas* de cada uno de ellos, a lo cual tenemos que adicionar la flexibilidad del plan para ser complementado paulatinamente, así como el caso de los poderes o facultades discrecionales comúnmente conferidos a ciertos oficiales como parte del paquete de funciones asociadas a cierto encargo público. En medio de todas estas consideraciones, la pretensión de uniformidad de conducta parece perderse en el horizonte.

Shapiro parecería acorralado, ante lo cual tendría que retroceder en su afán de caracterizar el surgimiento del derecho (ya sea que éste se conciba como instituido a través de un plan colectivo o de un sistema de convenciones constitutivas) como un escenario en el que se presenta un problema de coordinación masiva. Y si esto es así, tal vez la ruta de recurrir a la idea de un plan compartido no sea la mejor forma de caracterizar al derecho en vista de que un aspecto crucial de dicha noción es la de su *efecto coordinador* de la acción gubernamental.

Sin embargo, no todo está perdido para Shapiro. Todavía podría cambiar las cosas a su favor. ¿Cómo? Concediendo que en efecto, el contexto de surgimiento de su plan no se ajusta a la definición técnica de un problema de coordinación propuesta

en el análisis filosófico de Lewis; y concediendo incluso que dicho contexto podría ser mejor caracterizado como el cúmulo de *necesidades sociales* a las que se refiere Marmor en su explicación de cómo emergen las convenciones constitutivas. Necesidades que bien pueden incluir requerimientos de coordinación en un sentido más relajado o flexible de la expresión “problema de coordinación”.

“Es lo que he venido diciendo desde el principio” podría estar diciendo ahora Marmor. Sin embargo, Shapiro podría defender su concepción sosteniendo que ésta arroja luces sobre aspectos no considerados por Marmor en su propuesta de concebir las reglas de reconocimiento (y la totalidad de reglas secundarias) como convenciones constitutivas de las prácticas jurídicas. Dichos aspectos se refieren precisamente a la faceta de *diseño estructural* de la práctica correspondiente y de las conexiones que con la moral guarda este proyecto de ingeniería institucional.

Para entender esta crítica podemos referir la atención del lector al hecho de que, en el modelo de Marmor, el derecho, como práctica convencionalmente constituida, satisface un conjunto de necesidades sociales más básicas. Sin embargo, Marmor no realiza un esfuerzo sistemático por elucidar el inventario (que puede no ser exhaustivo) de tales necesidades; y de pronto, el análisis brinca a considerar otros aspectos (como las razones que las personas podrían tener para participar en el derecho), dejando una especie de laguna en dicha forma de proceder.

En contraste, Shapiro identifica el problema al que denomina “*incertidumbre de segundo orden*” que consiste en las dudas y desacuerdos que en una sociedad regida por un sistema exclusivamente consuetudinario podrían darse frecuentemente, los cuales giran en torno al problema complejo de determinar quiénes serán los depositarios del poder público y cómo se realizará el ejercicio de dicho poder.

Como se ha dicho, esta incertidumbre implica el enfrentamiento de diversas posiciones, visiones o concepciones acerca de los requerimientos de la moralidad política; y precisamente el plan a gran escala que cristaliza en un orden constitucional particular representa un esfuerzo colectivo falible o preliminar por zanjar (no definitivamente) estas cuestiones en relación con una comunidad histórica específica. De ahí que las personas autorizadas por el plan general para que a su vez continúen planeando (por ejemplo, un congreso constituyente), junto con las personas autorizadas por el plan para ejercer ciertos cargos con diferentes funciones, además de tener la autoridad propiamente jurídica (que también es conferida por el plan multicitado), en el modelo de Shapiro, también tienen *prima facie*, la autoridad moral respectiva (en virtud de que se asume que, como parte del diseño del perfil ideal del puesto o encargo se ha reflexionado en torno a la competencia y carácter moral necesario para ejercerlo). Claro está que, como se ha dicho, esa presunción de legitimidad moral puede derrotarse en el plano empírico, lo cual no invalida ni la autoridad jurídica de los oficiales ni lo jurídico como calificativo de las obligaciones de los ciudadanos de obedecer el derecho y sus requerimientos particulares. Es decir, no se invalida la “naturaleza” del plan que organiza la actividad jurídica entendida como un intento falible (como toda empresa humana) por estructurar y echar a andar la

actividad jurídica (principalmente la de los oficiales) de un modo compatible con los requerimientos de la moralidad política (de los ideales de justicia, igualdad, libertad, seguridad, soberanía, etcétera).

Las cuestiones de diseño institucional y de la relación necesaria de esta actividad con la moral, se pierden en el modelo de Marmor. Para este autor, como sabemos, las convenciones constitutivas no ofrecen por sí mismas, razones (ni morales, ni prudenciales, etcétera) a los sujetos para participar en las prácticas pertinentes. Sólo importa que dichos sujetos sean *participantes comprometidos*. Sin embargo, este compromiso, sus fundamentos, o las razones para adquirirlo, constituyen un asunto independiente y externo a la práctica, que ha de ser resuelto como condición previa a la participación. Esta postura podría caracterizarse como predicando del derecho una autonomía extrema respecto de la moral (lo cual resulta irónico en vista de que el propio Marmor acentúa el carácter parcial de dicha autonomía).

Quizá Marmor podría ceder a la objeción anterior. Sin embargo, podría persistir en la defensa de su visión convencionalista sosteniendo que, así mismo, el modelo de Shapiro no arroja luces sobre ciertos aspectos en los que sí hace énfasis su concepción del derecho como práctica constituida por convenciones.

En lo que el modelo de Shapiro no arroja luces es precisamente en el efecto *constitutivo* de las convenciones a las que Marmor se refiere. Ese efecto consiste en producir un género de actividad humana distinto y relativamente autónomo respecto de otros. En este sentido, existe una multitud de conductas, actos y hechos *estrictamente jurídicos* que no tienen existencia independiente fuera del contexto que los produce (el derecho en operación); que como la conducta de “*anotar un gol*” no podrían ser siquiera pensados, llevados a cabo, evaluados, etcétera, si no fuera por la existencia y los efectos de la matriz convencional de la que emanan. Usando la terminología de John Searle, los hechos jurídicos no son brutos, sino *institucionales*. Por su parte, esto parece perderse en el modelo de Shapiro, a quien podría decirse que en efecto, el plan a gran escala del que habla, organiza y coordina la acción gubernamental, pero al hacerlo, el plan no solo toma en cuenta conductas “brutas”, sino que crea las condiciones para el surgimiento de formatos o protocolos de interacción con significado propio (las instituciones jurídicas en sentido amplio), cuyo seguimiento por parte de los oficiales genera hechos institucionales explicables a partir de la referencia a dichos formatos de interacción que constituirían subplanes del plan maestro.

El punto del efecto constitutivo de las convenciones que dan origen a las prácticas jurídicas es muy importante en el modelo de Marmor, de modo que incluso tiene repercusiones importantes que se traducen en llevarlo a asumir una postura *excluyente* (junto con autores como Raz) en torno a otro acalorado debate en curso en las trincheras del positivismo jurídico actual: Se trata precisamente del debate que enfrenta a los positivismos “*incluyente*” y “*excluyente*”.²⁸

²⁸ V. Andrei Marmor, “Exclusive legal positivism”, en J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *op. cit.*, pp. 104-124.

La pregunta que está en la base del debate referido es la siguiente: ¿Deben ser incluidos ciertos “tests” de *solvencia o coherencia moral* en el espectro de criterios para determinar la validez de las normas jurídicas contemplado por la(s) regla(s) de reconocimiento del sistema?

Siendo congruente con su modelo “*interpretativo*” del derecho (cuyo desarrollo no es objeto de este trabajo), la respuesta de Dworkin es afirmativa para *todos* los casos de sociedades humanas. En efecto, para este autor la inclusión de *tests morales* aplicables a los insumos (reglas, decisiones previas, etcétera) que arrojan las prácticas jurídicas es una *condición necesaria* para la existencia de aquellas e inherente al proceso de *razonamiento jurídico* (nos referimos específicamente a las “*prácticas jurídicas*” y no a la o las reglas de reconocimiento en virtud de que para Dworkin, éstas, las reglas de reconocimiento, ni siquiera existen).²⁹

Pero ¿cómo responden los positivistas a dicha pregunta?

Algunos de ellos, los conocidos como “*incluyentes*”, responden que “*es posible, aunque no necesario*”. Esta tesis destaca el carácter contingente e histórico que acompaña a la cuestión. En suma, incluir tests morales dentro de los criterios de pertenencia al sistema establecidos por la regla de reconocimiento, es algo que depende del sistema en cuestión, es decir, de las prácticas específicas de su comunidad judicial.

Por su parte, los “*excluyentes*”, niegan esta posibilidad. Autores como Raz, por ejemplo, fundan su respuesta en el argumento conocido como “*de la autoridad*”.

De acuerdo con este argumento, si los jueces han de revisar los *méritos morales* de las directivas emitidas por los legisladores (por ejemplo), como criterio para determinar su pertenencia al sistema (si cuentan o no como normas válidas), el *servicio* que dichas autoridades (los legisladores) supuestamente prestan, se vuelve superfluo (lo cual conlleva incluso a cuestionar la pertinencia de contar con legislaturas, parlamentos, etcétera).

El servicio referido consiste, precisamente en emitir directivas con ciertos requerimientos conductuales, las cuales “*empaquetan*” en sí mismas, y por adelantado la “*mejor*” decisión (de acuerdo con la información disponible en ese momento) que puede racionalmente tomarse en torno a la cuestión de identificar y sopesar las razones (llamadas *dependientes*) que aplican en un tipo determinado de situación práctica (en la que eventualmente puede encontrarse un particular-destinatario de la directiva).

Por ello es que, según Raz, si el destinatario se deja “*motivar*” por las directivas respectivas, supuestamente será altamente probable que el sujeto actúe *de conformidad* con la correcta identificación y balance de las razones que aplican a su caso, de modo que terminará, al menos en principio, haciendo lo que dicho análisis racional (respecto del cual es, hasta cierto punto *relevado* por la autoridad) manda hacer

²⁹ V. Nicos Stavropoulos, entrada “Interpretivist theories of law”, en Edward N. Zalta (ed.), *op. cit.*, disponible desde Internet en: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/law-interpretivist/>>.

(aunque las referidas operaciones de identificación y evaluación permanezcan veladas u opacas para, y no llevados a cabo por, él mismo).

Un juez, que a los efectos de considerar tal directiva como parte del sistema jurídico se da a la tarea de evaluar los méritos morales de lo requerido por la directiva en cuestión, se encuentra *repitiendo* (y hasta *invalidando*) el servicio y el esfuerzo previos por parte de los emisores.

Al argumento anterior se suma otro elaborado por Marmor, con los cuales la postura excluyente se ve reforzada.

Como sabemos, para Marmor, la naturaleza del derecho se caracteriza más adecuadamente si se la concibe como una práctica, es decir, como un género diferente de actividad humana, constituida por cierta clase de convenciones.

Esta práctica puede incluso concebirse como una forma *artificialmente* creada a los efectos de canalizar o encausar de cierto modo los requerimientos de la moral, y para ajustarnos (si es que hay éxito) con dichas demandas. Pero pese a su íntima conexión con aquella, el derecho no es la moral.

En este sentido, si un juez, supuestamente *comprometido* con las prácticas jurídicas, se da sin más, a la tarea de dilucidar por él mismo, los requerimientos de la moral para el caso concreto, *en la fase esencial* (y previa a la toma de la decisión respectiva) *del reconocimiento* de las directivas dotadas de autoridad conforme a las convenciones que definen los contornos, linderos o límites del derecho, éste no está participando de práctica convencional alguna (al menos no en la que por el puesto o encargo que desempeña supondría su compromiso).

Se encuentra simplemente ejerciendo su condición de persona humana en el sentido de no poder escapar a su obligación —como la que tenemos todos— de hacer lo que la moral demanda en cada una de las situaciones concretas que se presentan en la vida (independientemente de que, e incluso más importante cuando, estemos desempeñando el rol derivado de nuestra profesión, etcétera).

Esto no significa sostener que no habrá oportunidad para que el juez actúe como *agente moral autónomo* en el drama de la adjudicación, lo cual puede conducirlo, en efecto, a dejar inaplicable una norma jurídica particular con base en el análisis de las circunstancias propias del caso a resolver. Sin embargo, si ha de respetarse la integridad del derecho como un género diferente de actividad humana (diferente de las actividades, razonamientos, deberes y responsabilidades que conlleva nuestra condición natural de personas humanas), es decir, como una práctica que, aunque estrechamente vinculada a la moral, no se reduce a —o no es absorbida totalmente por— ella, el ejercicio de sus derechos y prerrogativas como agente moral habrá de tener lugar en un momento distinto del consistente en *reconocer* las normas válidas del sistema jurídico.

Algunos podrían considerar la anterior como un ejemplo perfecto de discusión bizantina, o en el mejor de los casos, como una cuestión de “semántica” sin repercusiones reales en la práctica. Sin embargo, el debate referido tiene este impacto.

En la actividad de un juez que, directo y sin escalas, se da a la tarea de ejercer sus prerrogativas como agente moral evaluando los méritos morales de las conductas de los particulares que ante él acuden para resolver su controversia, no podría determinarse si se encuentra “aplicando” el derecho establecido o “creando” el propio. Pero además, cuando se trata de casos en que por razones morales decide dejar sin efecto para el asunto concreto alguna norma jurídica en principio aplicable, sería deseable que ello se hiciera explícito en su sentencia (al motivarla y fundarla), y que quedara igualmente transparente el razonamiento seguido para tales efectos con miras a revisar si la decisión está o no justificada.

Pues bien, con la discusión previa (que obviamente no zanja las cuestiones centrales y concomitantes que se tocaron, sino que al contrario, apunta a múltiples caminos abiertos para su continuación), damos por concluida la tarea a la que nos comprometimos al iniciar este trabajo: Presentar con cierto grado de detalle, y discutir, dos de las más recientes propuestas o modelos filosófico-jurídicos representativos de la corriente *analítica* de la filosofía del derecho (particularmente la de corte anglosajón).

Como pudo observarse, ambos constituyen elaboraciones *neohartianas* en el sentido de que continúan discutiendo, criticando y refinando las nociones fundamentales que el profesor H.L.A. Hart presentara en su obra seminal.

Esperamos haber presentado una propuesta viable de interlocución entre ambos modelos, y quizá haber sentado las bases para su integración en un marco global que podría superar las debilidades que en lo individual, cada teoría podría presentar.

Bibliografía

- Bix, Brian. “H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory”. *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 52, 1999, pp. 167-199.
- . “John Austin and Constructing Theories in Law”. *Minnesota Legal Studies Research*, Paper No. 10-07, disponible en línea en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535386.
- Dickson, Julie. *Evaluación en la teoría del derecho*. Trad. de Juan Vega Gómez, 1ª edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2006.
- Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1963.
- . *Post Scriptum al concepto del derecho*, estudio preliminar, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.
- Leiter, Brian. “Naturalism in Legal Philosophy”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/lawphil-naturalism/>

- Marmor, Andrei. *Philosophy of Law*. The Princeton Foundations of Contemporary Philosophy Series, Princeton University Press, 2011.
- _____. *Social Conventions: from language to law*. Princeton Monographs in Philosophy Series, Princeton University Press, 2009.
- _____. *Positive Law and Objective Values*. Oxford University Press, 2001.
- _____. "Conventions Revisited: A Reply to Critics". *Jurisprudence*. Vol. 2(2), 2011.
- _____. "An Institutional Conception of Authority". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 39(3), 2011.
- _____. "The Dilemma of Authority". *Jurisprudence*, Vol. 2(1), 2011.
- _____. "Deep Conventions". *Philosophy & Phenomenological Research*, Vol. 74, 2007, 586-610.
- _____. "How Law is Like Chess". *Legal Theory*. Vol. 12, 2006, 347-371.
- _____. "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral". *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 26, 2006, 683-704.
- _____. "Exclusive Legal Positivism". Coleman & Shapiro eds., *The Oxford Handbook on Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press (2002), pp. 104-124.
- _____. "Legal Conventionalism". *Legal Theory*, Vol. 4, 1998, 509-531.
- _____. "An Essay on The Objectivity of Law". in B. Bix (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, pp. 3-31.
- _____. "On Convention". *Synthese*, Vol. 107, 1996, pp. 349-371.
- Shapiro, Scott. "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?". *Ratio Juris*, Vol. 22, 2009.
- _____. "What is the Rule of Recognition (and Does it Exist)?" in M. Adler and K. Himma, eds., *The rule of recognition and the US Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- _____. "Law, Plans and Practical Reason". *Legal Theory*, Vol. 8, 2002.
- _____. "Authority". in J. Coleman and S. Shapiro, eds., *The oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford: Clarendon Press, 2002.