

FEDERICO JOSÉ ARENA

EL CONVENCIONALISMO
JURÍDICO
Un recorrido analítico

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	15
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I

LOS CAMINOS HACIA EL CONVENCIONALISMO

1. INTRODUCCIÓN	25
2. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	26
3. PROBLEMAS EN LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	29
3.1. Deber de los jueces	29
3.2. La circularidad	33
4. LA TEORÍA DE LAS REGLAS SOCIALES COMO PRÁCTICAS..	38
5. RENDIMIENTO DE TRSP	40
5.1. Una preocupación ontológica	42
6. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LAS REGLAS SOCIALES COMO PRÁCTICAS	44
6.1. Primera crítica: volviendo sobre el deber de los jueces	46
6.2. Segunda crítica: la autoridad del derecho	49
6.3. Tercera crítica: el <i>constraint</i> hermenéutico	53
6.4. Convencionalismo jurídico y positivismo jurídico	57
7. HACIA EL CONVENCIONALISMO	61

CAPÍTULO II

CONDICIONES DE CONVENCIONALIDAD

1.	INTRODUCCIÓN.....	63
2.	CONVENCIONES BASADAS EN EL ACUERDO	67
2.1.	Dificultades de la noción de convención basada en el acuerdo...	70
2.2.	Noción de acuerdo de Margaret Gilbert.....	79
3.	CONVENCIÓN SIN ACUERDO	80
4.	CONVERGENCIA DE CONDUCTA.....	82
5.	NATURALEZA DE LA RAZÓN PARA SEGUIR LA PRÁCTICA..	85
6.	ARBITRARIEDAD.....	87
6.1.	Existencia de alternativa	88
6.2.	Infradeterminación justificativa	90
6.3.	Posibilidad de elección.	91
6.4.	Arbitrariedad e indiferencia	92
7.	CONOCIMIENTO COMÚN O CREENCIAS MUTUAS.....	92
8.	CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	96

CAPÍTULO III

CONVENCIONES DE COORDINACIÓN

1.	INTRODUCCIÓN.....	99
2.	PROBLEMAS DE COORDINACIÓN Y SU SOLUCIÓN.....	101
2.1.	Equilibrio de coordinación.....	103
2.2.	Expectativas y solución de problemas de coordinación	104
3.	CONOCIMIENTO COMÚN.....	108
4.	EL CARÁCTER ARBITRARIO DE LAS CONVENCIONES DE COORDINACIÓN	109
5.	EL RENDIMIENTO DE LAS CONVENCIONES DE COORDINACIÓN	110
5.1.	La existencia de la convención de coordinación no depende de un acuerdo.....	110
5.2.	La naturaleza de la razón para seguir una convención de coordinación.....	111
5.3.	Definición.....	112
6.	EXTENSIÓN DE LAS CONVENCIONES DE COORDINACIÓN..	112
7.	CRÍTICAS AL CONVENCIONALISMO DE LAS CONVENCIONES DE COORDINACIÓN	115

**CAPÍTULO IV
CONVENCIONES CONSTITUTIVAS**

1. INTRODUCCIÓN.....	117
2. LAS CONVENCIONES COMO CONJUNTO DE REGLAS CONSTITUTIVAS.....	118
3. CARACTERÍSTICAS DE LAS CONVENCIONES CONSTITUTIVAS.....	120
3.1. Las reglas constitutivas.....	120
4. LA CONVENCIONALIDAD DE LAS CONVENCIONES CONSTITUTIVAS.....	122
4.1. Sobre la arbitrariedad de las convenciones constitutivas.....	122
4.2. La naturaleza de la razón para seguir la convención constitutiva.....	127
5. EL RENDIMIENTO DE LAS CONVENCIONES CONSTITUTIVAS.....	129
6. CRÍTICAS A LAS CONVENCIONES CONSTITUTIVAS.....	129
6.1. Los problemas de la noción de regla constitutiva.....	129
6.2. Inconsistencia del concepto de convención constitutiva.....	133
6.3. Autonomía conceptual. ¿Son realmente distintas de las convenciones de coordinación?.....	135

**CAPÍTULO V
CONVENCIONES PROFUNDAS**

1. INTRODUCCIÓN.....	139
2. NIVELES DE CONVENCIONALIDAD.....	142
2.1. Grados de convenciones superficiales.....	145
3. LA CONVENCIONALIDAD DE LAS CONVENCIONES PROFUNDAS.....	149
3.1. Convergencia de comportamiento.....	149
3.2. Arbitrariedad de las convenciones profundas.....	150
4. RENDIMIENTO DE LAS CONVENCIONES PROFUNDAS.....	152
5. CRÍTICAS A LAS CONVENCIONES PROFUNDAS.....	155
5.1. Acerca de la relación entre creencias, normas y convenciones profundas básicas.....	155
6. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO.....	157

CAPÍTULO VI
LA CONVENCIONALIDAD DE LA PRÁCTICA
DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

1.	INTRODUCCIÓN.....	159
2.	REGLA DE RECONOCIMIENTO Y CONDICIONES DE CONVENCIONALIDAD.....	164
2.1.	Condición de dependencia.....	164
2.2.	Arbitrariedad.....	168
3.	LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LAS CONVENCIONES DE COORDINACIÓN.....	169
4.	LA REGLA DE RECONOCIMIENTO NO ES UNA CONVENCION DE COORDINACIÓN.....	173
4.1.	De nuevo sobre arbitrariedad y relevancia política.....	173
4.2.	Coordinación y naturaleza de la razón para seguir la convención.....	175
4.3.	Problema de coordinación.....	176
5.	LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LAS CONVENCIONES CONSTITUTIVAS.....	180
6.	LA REGLA DE RECONOCIMIENTO NO ES UNA CONVENCION CONSTITUTIVA.....	183
6.1.	Argumentación jurídica e interpretación del derecho.....	185
7.	LA REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LAS CONVENCIONES PROFUNDAS.....	188

CAPÍTULO VII
PERSIGUIENDO LA TESIS CONVENCIONALISTA

1.	INTRODUCCIÓN.....	191
2.	UNA PRIMERA ESTRATEGIA DIVISIONISTA.....	192
2.1.	Identificación y contenido de los criterios para la identificación del derecho.....	193
3.	LA TESIS CONVENCIONALISTA DESDOBLADA.....	199
3.1.	Fuentes del derecho y convenciones de coordinación.....	199
3.2.	Convenciones constitutivas e interpretación.....	203
4.	CONCLUSIÓN.....	208

**CAPÍTULO VIII
CRÍTICAS AL CONVENCIONALISMO (I)**

1.	PERSIGUIENDO LA NORMATIVIDAD	209
2.	CONVENCIONALISMO Y OBJETIVIDAD.....	211
2.1.	Criterios compartidos.....	211
2.2.	Criterios controvertidos	213
2.3.	Convenciones y desafío escéptico	219
2.4.	Desacuerdos, indeterminación y convenciones profundas	221
3.	CONVENCIONALISMO Y AUTORIDAD	223
3.1.	Autoridad.....	224
3.2.	Convenciones de coordinación y autoridad.....	225
3.3.	Críticas a convenciones de coordinación y autoridad.....	229
3.4.	Convenciones constitutivas y autoridad del derecho.....	232
3.5.	Incompatibilidad entre convencionalidad y autoridad.....	233

**CAPÍTULO IX
CRÍTICAS AL CONVENCIONALISMO (II)**

1.	CONVENCIONALISMO Y CAPACIDAD PRÁCTICA DEL DE- RECHO.....	235
2.	CONVENCIONALISMO Y EXPLICACIÓN DE LA ACCIÓN.....	236
2.1.	Motivos, convenciones y desacuerdos.....	237
2.1.1.	Cantidad y ubicación del desacuerdo.....	238
2.1.2.	El convencionalismo acorralado por los desacuerdos..	240
3.	CONVENCIONALISMO Y JUSTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN	242
3.1.	Convencionalismo y meras razones.....	243
3.2.	Convencionalismo y razones que imponen un deber.....	244
4.	LAS ALTERNATIVAS DEL CONVENCIONALISMO	247
4.1.	Justificación, convenciones y expectativas	247
4.2.	Justificación, convenciones constitutivas y razones condicio- nales	250
4.3.	La alternativa cuasirrealista para el convencionalismo	252
5.	CONCLUSIONES.....	255
CONCLUSIONES.....		257
BIBLIOGRAFÍA.....		263

INTRODUCCIÓN

1. Suele decirse que el convencionalismo acerca de un cierto fenómeno es el punto de vista según el cual ese fenómeno, a pesar de las apariencias, es, o surge de, una convención¹. En sede iusfilosófica parece haberse dado, en cambio, la situación inversa; es decir, aun cuando el derecho pueda resultar a primera vista un fenómeno convencional no ha sido sencillo explicar con precisión en qué consiste este rasgo.

El convencionalismo jurídico intenta llevar a cabo esta tarea. Sin embargo, bajo el rótulo «convencionalismo jurídico» se han colocado empresas filosóficas muy distintas entre sí, por lo que un primer paso consistirá en distinguir estos distintos puntos de vista. Por ejemplo, Chiassoni denomina de este modo a las teorías que consideran el concepto de costumbre como un elemento central en toda explicación de los rasgos, más o menos esenciales, del concepto de derecho.

Bajo este [...] aspecto, las normas consuetudinarias (de tipo cualquiera) constituyen un ingrediente esencial de aquellas teorías empírico-analíticas del derecho positivo conocidas, en virtud de esto, como «convencionalismo jurídico», o también como «positivismo convencionalista», por oposición a las variantes normativistas, imperativistas, o decisionistas del «positivismo jurídico» (CHIASSONI, 2008: 106).

Asimismo, Narváez distingue entre tres tipos de convencionalismo. Primero, el convencionalismo jurídico, que «elabora una descripción en concreto de la práctica identificadora del derecho basada en convenciones sociales»². Segundo, el convencionalismo descriptivo (o filosófico), que consiste en «la defensa y

¹ «Conventionalism about some phenomenon is the doctrine that, perhaps despite appearances to the contrary, the phenomenon arises from or is determined by convention». RESCORLA, 2011.

² NARVÁEZ MORA, 2004: 280.

práctica de un tipo de actividad filosófica, a saber, una actividad gramatical (la constatación de relaciones internas, es decir una actividad no explicativa), y terapéutica (constatar que el problema filosófico es una vulneración de la gramática)»³. Y tercero, el convencionalismo interpretativista (à la DWORKIN) que pretende fundar la verdad o la corrección de creencias o propósitos.

Estos son sólo algunos ejemplos del uso que se ha dado a la expresión. Creo que logro capturar una parte esencial de cada uno de ellos si afirmo que el convencionalismo jurídico se caracteriza por la pretensión de explicar los rasgos, considerados básicos, del derecho a través de la noción de convención. Por lo general, la formulación de una propuesta de este tipo consta, si bien no explícitamente, de dos partes. En una se señala cierto aspecto central del derecho y en la otra se busca mostrar cómo un concepto de convención permite explicar o dar cuenta de ese aspecto⁴. Es por ello que, como delimitación inicial del campo de la investigación que llevaré a cabo, propongo entender por convencionalismo jurídico toda posición teórica que defienda la tesis convencionalista acerca del derecho⁵, cuyo contenido es el siguiente:

(i) *Tesis Convencionalista (TC)*: el hecho jurídico fundamental es una convención.

Se trata, claro, de una definición que será aclarada a lo largo de la obra y a la que espero lograr despojar de toda oscuridad capítulo tras capítulo.

De la formulación propuesta se puede apreciar que la tesis consta de dos elementos principales. Por un lado, «hecho jurídico fundamental», y por otro lado, «convención».

La elucidación del primer elemento exigirá precisar el aspecto del derecho respecto del cual se predica su convencionalidad.

La elucidación del segundo exige precisar la noción de convención, lo que permitirá explicar en qué consiste la convencionalidad del aspecto jurídico en cuestión.

Abordar de este modo el debate teórico permite a su vez distinguir, dentro del conjunto de críticas dirigidas contra el convencionalismo jurídico⁶, entre

³ *Ibid.*, «El convencionalismo descriptivo no es más que una postura que permite decir de ciertas expresiones que tienen el carácter de [enunciados filosóficos]». *Ibid.*

⁴ Por ejemplo, POSTEMA denomina efectivamente «*foundational conventionalism*» el tipo de convencionalismo de origen hartiano según el cual la práctica social que está en la base del derecho es una convención. Según el autor, este tipo de convencionalismo se distingue del convencionalismo del tipo «*conventions in law*» que se preocupa por mostrar cómo ciertos ámbitos del derecho pueden ser explicados en términos de convenciones. POSTEMA, 2011: 484.

⁵ La etiqueta «tesis convencionalista» ha sido ya usada por varios autores; en los capítulos que siguen mencionaré algunos de estos usos e intentaré precisar hasta qué punto los sigo y en qué medida me aparto de ellos.

⁶ Salvo especificación, de aquí en adelante usaré de manera intercambiable «convencionalismo» y «convencionalismo jurídico».

aquellas críticas dirigidas a mostrar las deficiencias de determinado concepto de convención y aquellas críticas dirigidas a mostrar la inadecuación del análisis del fenómeno jurídico.

Parte del esfuerzo de mi trabajo consistirá entonces en mantener separados, a lo largo de la tesis, estos dos elementos de la tesis convencionalista.

2. Con relación al primer elemento es necesario distinguir los distintos ámbitos de lo jurídico que han sido considerados convencionales. Por un lado, respecto del *concepto mismo de derecho* se ha sostenido que es convencional, en oposición a puntos de vista realistas o escépticos. Por otro lado el convencionalismo ha sido sostenido con relación a la *práctica de identificación* del derecho, ya sea como un elemento más *primitivo* de la tesis según la cual el contenido y la existencia del derecho dependen de hechos sociales (tesis de las fuentes sociales), ya sea como una *especificación* de esa tesis.

El convencionalismo acerca del *concepto de derecho* es una posición que se deriva de un modo de concebir los conceptos en general. Según este punto de vista los conceptos no dependen de otra cosa más que de nuestras convenciones, y si bien se acepta que quizás existan algunas excepciones, como los conceptos de clases naturales o los conceptos primitivos, el derecho no formaría parte de ellas⁷.

El convencionalismo con relación a la *práctica de identificación* del derecho ha sido, como adelanté, desandado siguiendo dos caminos distintos.

i) Uno de ellos ha consistido en sostener que la tesis de las fuentes sociales admite un análisis reduccionista en términos de elementos más primitivos, a saber, la tesis convencionalista y la tesis de las fuentes.

Según esta versión de la tesis convencionalista, la *identificación* de los criterios para identificar el derecho depende de las convenciones existentes al respecto. Mientras que según la tesis de las fuentes, el *contenido* de esos criterios (identificados convencionalmente) no tiene que ver con su adecuación a ciertos valores, sino con su origen. Esta distinción permitiría distinguir dos tipos de desacuerdos, uno acerca de la identificación de los criterios y otro acerca de su contenido. La tesis convencionalista sería incompatible sólo con el primer tipo de desacuerdo pero no con el segundo. Sobre la plausibilidad de este proyecto regresaré más adelante⁸.

ii) El otro camino del convencionalismo con relación a la tesis de las fuentes sociales es aquel que propone a la tesis convencionalista como una *especificación* de esa tesis. En este caso el convencionalismo sostiene que la práctica judicial que fija los criterios para la identificación del derecho, denominada por

⁷ Véase NINO, 1994: 17-42, y BAYÓN MOHINO, 2002a.

⁸ Véase COLEMAN, 2001b, y BAYÓN MOHINO, 2002b.

HART regla de reconocimiento, puede ser mejor precisada en términos de una especial convención entre los jueces⁹. Esta es una línea de discusión que se inicia a partir del presunto giro convencionalista que habría dado HART en las notas publicadas en 1994 como «Postscript», en la segunda edición de *El concepto de derecho*¹⁰.

Este último camino es el que usaré como hilo conductor de la tesis. Aunque también haré referencia, en algunos casos, a las propuestas convencionalistas acerca de los demás aspectos del derecho. Así, en el primer capítulo introduciré brevemente la teoría avanzada por HART en la primera edición del libro *El concepto de derecho* y presentaré las críticas que, dirigidas contra esa teoría, condujeron a las distintas propuestas convencionalistas. Asimismo, dedicaré un capítulo de la tesis a analizar el rendimiento de distintas versiones del convencionalismo como explicación de la regla de reconocimiento.

3. Existen dos sentidos en los que se predica de algo que es convencional. Primero, porque es *mind-dependent*, dependiente de las acciones y creencias, u otras actitudes, humanas y se opone a lo natural. Segundo, porque es el resultado de, o depende de, un tipo especial de acciones y actitudes humanas.

Estos dos sentidos están fuertemente emparentados con la discusión en ámbito jurídico. Así, podríamos decir que, al menos dos de las más influyentes teorías acerca del derecho son convencionalistas en el primer sentido. Es decir, la teoría del derecho como imperativos y la teoría del derecho como reglas sociales sostienen que el derecho es convencional en ese sentido¹¹.

La tesis convencionalista no se apoya en este primer sentido genérico. La tesis convencionalista sostiene que existe un sentido específico según el cual el hecho jurídico fundamental es una convención. En este sentido específico, sólo cuando las acciones y las actitudes humanas se entrecruzan o se relacionan entre sí de un modo particular, existe una convención.

Una primera posibilidad es que, en este sentido específico, exista una convención cuando existe un acuerdo. Pero, bajo esta versión, como veremos en el segundo capítulo dedicado al tratamiento de las condiciones de convencionalidad, el convencionalismo ha debido enfrentarse a varias dificultades. Ha debido enfrentar, entre otras, las derivaciones de los argumentos que apuntaron a negar la posibilidad de un fundamento convencional de la lógica¹². Estos argumentos repercutieron no sólo en la filosofía de la lógica, sino también en la teoría política, en la filosofía del lenguaje y en la filosofía del derecho. Traducida a los

⁹ COLEMAN, 2001 [1998]; POSTEMA, 1982; MARMOR, 2009; BAYÓN MOHINO, 2002b y VILAJOSANA RUBIO, 2010.

¹⁰ HART, 1994 [1961]: 238-276.

¹¹ Tanto VILAJOSANA como COLEMAN están de acuerdo con esta clasificación Véase VILAJOSANA RUBIO, 2010: 140-141, y COLEMAN, 2001b: 355.

¹² QUINE, 1936.

términos de la presente introducción, la dificultad consistiría en que no es posible que todas las convenciones estén basadas en un acuerdo; en particular, la convención que fija el modo de llegar a un acuerdo no puede basarse, a su vez, en un acuerdo. Acecha aquí la objeción de circularidad.

Una segunda posibilidad fue introducida por David LEWIS. Según este autor, la existencia de una convención no depende (necesariamente) de un acuerdo¹³. Ello en cuanto una convención puede surgir sin acuerdo en los casos en que se dan ciertas condiciones definitorias de un problema de coordinación. Un problema de coordinación se presenta en situaciones en las que, encontrándose disponibles dos o más opciones de acción y existiendo entre los individuos involucrados coincidencia de intereses, la elección de una de ellas por parte de cada uno de ellos depende de la decisión que tomen al respecto los demás y viceversa. Cuando el problema de coordinación sea recurrente, la solución alcanzada en casos anteriores generará entre los individuos involucrados expectativas recíprocas de comportamiento que los llevarán a converger regularmente en esa solución. Habrá surgido así una convención. En virtud de esta vinculación con los problemas de coordinación, y con el objetivo adicional de resaltar la existencia de otros tipos de convenciones, estas convenciones han sido posteriormente denominadas convenciones de coordinación. Al análisis de ellas estará dedicado el tercer capítulo.

Si esta propuesta de LEWIS es plausible, entonces es posible que la práctica de identificación del derecho sea convencional aun cuando no exista entre los participantes un acuerdo. Pero una vez descartado el acuerdo, se vuelve indispensable ofrecer un relato acerca de cómo esa práctica constituye una convención. Algunos filósofos del derecho creyeron en un primer momento encontrar en las convenciones de coordinación una especificación de la tesis de las fuentes sociales que ofreciera ese relato y permitiera responder a varias de las objeciones que habían sido dirigidas contra la teoría de las reglas sociales como prácticas defendida por HART¹⁴.

Ciertas insuficiencias de este recurso llevaron a algunos filósofos del derecho a buscar alternativas. Así se propusieron tanto las convenciones constitutivas¹⁵ como las convenciones profundas¹⁶.

Mediante las convenciones constitutivas se pretende suplir las deficiencias del abordaje lewisiano, al menos como enfoque de las convenciones en general. Si bien el enfoque de LEWIS funciona en algunos casos, las convenciones constitutivas se proponen como complemento para dar cuenta de aquellos casos que no pueden ser explicados mediante la noción de convenciones de coordi-

¹³ LEWIS, 1969.

¹⁴ POSTEMA, 1982, y COLEMAN, 2001 [1998]. Como veremos, estos autores han modificado su posición al respecto.

¹⁵ MARMOR, 1996, 2009.

¹⁶ BAYÓN MOHINO, 2002a; MARMOR, 2007, 2009, y PUPPO, 2011.

nación. Por un lado, independizando la noción de convención de la noción de problema de coordinación. Por otro lado, insistiendo en la capacidad de algunas convenciones para definir y crear (hacer posibles) nuevas actividades. En el capítulo IV analizaré este segundo tipo de convenciones.

Mediante las convenciones profundas, finalmente, se persigue otorgar un espacio conceptual a la posibilidad de que la práctica de identificación del derecho sea convencional, aun cuando exista un cierto nivel de desacuerdo o su contenido resulte opaco a los individuos que forman parte de ella. Al menos cuando estos dos fenómenos se producen en cierto nivel. La noción de convención profunda será analizada en el capítulo V.

4. En definitiva, en los capítulos III y IV analizaré los dos tipos de convención mencionados: de coordinación constitutiva; y en el capítulo V abordaré el modo en que las convenciones están estructuradas en niveles, para distinguir entre convenciones profundas y superficiales. Luego de ello, en el capítulo VI, procederé a medir su rendimiento para la explicación de la práctica de identificación del derecho.

Creo que los problemas que tiene el convencionalismo para dar cuenta de la práctica judicial de identificación del derecho provienen de no distinguir dos aspectos diferentes de esta práctica. Por un lado, la identificación de los textos jurídicos y, por otro lado, la identificación del significado de esos textos. Pienso que una vez advertida esta distinción es posible dar cuenta de ambas prácticas en términos convencionalistas. A probar esta afirmación estará dedicado el capítulo VII.

En los capítulos VIII y IX, analizaré las objeciones dirigidas contra el convencionalismo jurídico e intentaré redimensionarlas según la propuesta hecha en el capítulo VII.

Las principales objeciones que he individualizado son aquellas que apuntan a la incapacidad del convencionalismo para dar cuenta de algunos de los aspectos que se consideran característicos del derecho. Ellos son, la objetividad, la pretensión de autoridad y la capacidad de guiar el comportamiento. En general todas estas objeciones han sido alguna vez avanzadas encuadrándolas de uno u otro modo bajo el rótulo de la normatividad. Es decir, según estas críticas, el convencionalismo fracasaría en explicar la normatividad del derecho porque no logra dar cuenta de alguno de esos rasgos. Analizaré cada una de estas objeciones individualmente.

Puedo adelantar que una característica de estas objeciones, que me ha intrigado, es la impresión de que no siempre se logra explicar acabadamente por qué el convencionalismo es una mala teoría del derecho si no da cuenta de algunos de esos rasgos. Es decir, ¿por qué el convencionalismo fracasa si no da cuenta de la normatividad del derecho? Sin esta premisa adicional el conven-

cionalista bien podría responder que su teoría muestra precisamente que el derecho carece de esos rasgos. Creo, sin embargo, que existe una línea argumentativa que permitiría acorralar al convencionalismo sosteniendo que sería internamente incoherente si no da cuenta de uno de esos rasgos. Al análisis de esta línea de razonamiento dedicaré la parte final de este libro e intentaré mostrar que en última instancia el convencionalismo tiene ciertas alternativas para escapar a la objeción.

Dentro de estas alternativas, la que me resulta más convincente es aquella que propone conservar el lenguaje de los operadores jurídicos, según el cual el derecho posee normatividad, sin tener que comprometerse con la idea que la posibilidad de tal lenguaje depende de que el derecho «realmente» posea esa propiedad. Sin embargo esta alternativa resulta sólo parcialmente esbozada aquí.

Una última sección será dedicada a repasar el camino recorrido y enunciar con mayor claridad algunas conclusiones.

CAPÍTULO I

LOS CAMINOS HACIA EL CONVENCIONALISMO

*«When people run in circles
it's a very, very
mad world, mad world»*

Roland ORZABAL

1. INTRODUCCIÓN

La formulación que he propuesto de la tesis convencionalista pretende facilitar el análisis de las afirmaciones centrales del convencionalismo. En particular, persigue hacer explícitas las diferencias entre las versiones que, de cada uno de sus elementos, ofrecen los autores que han defendido el convencionalismo. De todos modos, en cada una de estas versiones es posible reconocer un origen similar. Ya sea explícitamente, ya sea como consecuencia de la respuesta que dan a algunos problemas filosófico-jurídicos, cada una de las versiones del convencionalismo se encuentra estrechamente vinculada con las tesis de Herbert HART. Si bien no se puede atribuir a HART, al menos cuando propuso su teoría del derecho en el libro *El concepto de derecho*, el haber defendido explícitamente la tesis convencionalista; sí es cierto que los autores a quienes puede atribuirse una defensa de esa tesis son seguidores, o al menos deudores, de las posiciones hartianas.

Pero además, en las notas que luego Joseph RAZ y Penélope BULLOCH incluyeron como «Postscript» en la segunda edición de *El concepto de derecho*, HART intenta responder a sus críticos, especialmente DWORKIN, señalando el carácter convencional de la regla de reconocimiento.

En esas notas, al menos tal como han sido publicadas por los editores, para defender su teoría frente a las críticas recibidas, HART afirma que:

[T]he theory remains as a faithful account of conventional social rules which include, besides ordinary social customs (which may or may not be recognized as having legal force), certain important legal rules including the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts. (HART, 1994 [1961]: 256)¹.

Es por esto que, para apreciar los vericuetos de la discusión alrededor del convencionalismo jurídico, me parece oportuno comenzar con una breve presentación de la propuesta teórica formulada por HART en *El concepto de derecho* y las críticas que recibiera. En especial, me concentraré en las críticas que parecen haber provocado estas notas de HART y que, además, parecen haber conducido hacia las propuestas convencionalistas. Además, ello permitirá comenzar a precisar cada uno de los elementos de la tesis convencionalista, como así también introducir los desafíos que deberán afrontar sus distintas versiones.

2. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

En el libro *El concepto de derecho*, HART intenta ofrecer una concepción del derecho que logre evitar las exageraciones que, a su entender, han caracterizado a la filosofía del derecho: el formalismo y el escepticismo. Para tener éxito en esta empresa una teoría del derecho debe ser capaz de explicar dos intuiciones. Según la primera, el derecho es un artefacto que, mediante la formulación de estándares generales de conducta, pretende guiar el comportamiento de los miembros de una comunidad organizada. De acuerdo a la segunda, la actividad de los jueces incide sobre cuáles sean los estándares de comportamiento relevantes en una determinada sociedad.

HART propone articular estas dos intuiciones mediante la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. De hecho, HART propone esta distinción como la clave de la ciencia del derecho². Lamentablemente, no ofrece una versión clara y unívoca de la distinción, tanto es así que los estudiosos de su obra se han visto en dificultad cuando han intentado interpretarla³.

¹ En ausencia de una traducción estándar, el «Postscript» será citado en inglés. En cambio, las citas de la primera edición serán hechas a partir de la traducción al español de Genaro CARRIÓ.

² Véase HART, 1963 [1961]: 102.

³ Por ejemplo, RUIZ MANERO identifica, a partir de un párrafo del propio HART (HART, 1963 [1961]: 101), tres modos distintos de establecer la distinción: i) Reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes. ii) Reglas que se refieren a movimientos o cambios físicos y reglas que prevén actos que conducen a cambios normativos. iii) Reglas que se refieren a las acciones que los individuos deben o no realizar y reglas que se refieren a las reglas del primer tipo. Véase RUIZ MANERO, 1990: 100.

En general se puede afirmar que los dos tipos de reglas son los siguientes: i) Las reglas (primarias) que regulan el comportamiento de los miembros de la sociedad, y ii) las reglas (secundarias) que se refieren a las reglas primarias y entre las cuales asume especial relevancia la regla de reconocimiento⁴.

En efecto, al describir el primer tipo de reglas, HART analiza los estándares de conducta fijados por una autoridad determinada y que generalmente consisten en reglas generales. Que consistan en reglas generales quiere decir que se refieren a clases de personas y a clases de acciones, cosas y circunstancias. En este sentido, afirma HART, tratándose de un grupo social con un número elevado de miembros, no parece existir otro mecanismo de control social que el de las reglas o estándares generales de comportamiento, las directivas individuales pueden ayudar pero no pueden sustituirlas. Las reglas generales son necesarias ya que permiten transmitir un estándar de comportamiento, i) a un conjunto numeroso de personas y ii) sin guía ulterior, es decir sin que sea necesario producir nuevas directivas para hacer comprensible al destinatario el contenido de la regla⁵. La utilización de estándares generales permite además equilibrar estas exigencias con otra necesidad social, a saber, la de dejar abierta, para una decisión futura, la solución de ciertos casos, donde se considere que una evaluación adecuada puede ser llevada a cabo sólo por quien tenga un contacto cercano con el caso individual, al momento de su acaecimiento⁶.

En cambio, la regla de reconocimiento es una regla social que permite identificar cuáles son los estándares de comportamiento (*i. e.* las reglas primarias). Por ejemplo, las preferencias de un cierto individuo o grupo fijan estándares de comportamiento si existe una regla social según la cual, el hecho de ser proferidas por aquél o aquéllos es el criterio que permite identificarlas como estándares de comportamiento. La regla social que fija el criterio para identificar el derecho es la regla de reconocimiento.

Esta regla es social en el sentido de que consiste en una práctica común de identificar ciertas cosas como derecho y de exhibir una actitud de aceptación hacia ese modo de identificar derecho. Esta práctica de identificación del derecho es en la teoría de HART el hecho jurídico fundamental, puesto que sin ella no existe un sistema jurídico. Es decir, se trata de una condición necesaria o condición de posibilidad para la existencia de un sistema jurídico. Ciertamente no es, para HART, una condición suficiente, puesto que debe darse además, entre

⁴ HART sostiene que existen también otros dos tipos de reglas secundarias, a saber, reglas de adjudicación y reglas de cambio. Véase HART, 1963 [1961]: 116-121.

⁵ HART, 1963 [1961]: 155.

⁶ «La necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto». HART, 1963 [1961]: 162.

otras condiciones, el hecho que la mayor parte de las personas cumpla con las reglas identificadas a través de la regla de reconocimiento⁷.

Ahora bien, ¿quiénes han de ser los que comparten los criterios de identificación del derecho? Es decir, ¿quiénes han de ser los participantes en la práctica?

A veces HART afirma que todos los funcionarios. Por ejemplo cuando dice que:

Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus *funcionarios* como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. (HART, 1963 [1961]: 145, las cursivas son mías).

A veces se refiere sólo a los jueces:

[...] ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solamente es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a la práctica efectiva: a la forma en que los *tribunales* identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones (HART, 1963 [1961]: 135, las cursivas son mías)⁸.

Claramente, entre los participantes en la práctica de identificación del derecho se encuentran todos los funcionarios encargados de identificar y aplicar el derecho. Quizás las oscilaciones de HART se deban simplemente a que considera a los jueces como los funcionarios de mayor relevancia respecto de la identificación del derecho. De todos modos, sí queda claro que HART distingue entre los funcionarios y los ciudadanos. La regla de reconocimiento no incluye a estos últimos. Dada esta distinción entre funcionarios y ciudadanos, y dada la centralidad de los jueces dentro del grupo de funcionarios, en el resto de este trabajo me referiré sencillamente a los jueces.

En resumen, la tesis hartiana, en cuanto aquí interesa, combina regla de reconocimiento (que fija los criterios para la identificación del derecho) y práctica social, por lo que podría ser presentada del modo siguiente:

⁷ HART, 1963 [1961]: 145.

⁸ Ya he citado el fragmento de las notas publicadas como «Postscript» en el que HART se refiere a la regla de reconocimiento como «*a judicial customary rule*». HART, 1994 [1961]: 256.

(ii) *Tesis hartiana (THartiana)*: La regla de reconocimiento es (determinada por)⁹ una práctica social.

A partir de estos dos elementos de la tesis hartiana serán luego construidas las diferentes versiones de la tesis convencionalista. Comenzaré por el análisis de las dificultades que presenta el primero de ellos.

3. PROBLEMAS EN LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

3.1. Deber de los jueces

La regla de reconocimiento establece los criterios para identificar las normas del ordenamiento, es decir, indica las propiedades que una norma ha de poseer para ser parte del ordenamiento en cuestión. A primera vista, expresiones tales como «establece los criterios» o «indica las propiedades» poseen un acento claramente normativo, es decir, parecen tener la pretensión de guiar el comportamiento de los jueces. Pero, ¿en qué sentido puede decirse que, ciertos criterios para la identificación de normas, guían la conducta? En este sentido, algunos filósofos señalan que la regla de reconocimiento no parece ser una regla de conducta, sino que parece ser más bien un simple criterio conceptual; y, a diferencia de las reglas de conducta, un criterio conceptual no guía comportamientos. Si estos filósofos tienen razón, entonces el defensor de la THartiana se vería obligado a aceptar que la regla de reconocimiento no guía la conducta de los jueces. Sobre este punto es bien conocida la discusión entre BULYGIN y RUIZ MANERO¹⁰.

Esta discusión es relevante, no tanto con relación al problema regla de conducta/criterio conceptual, sino porque involucra dos aspectos controvertidos de la regla de reconocimiento. Así, a pesar de sus diferencias, tanto BULYGIN como RUIZ MANERO están de acuerdo acerca de la importancia de dos test para evaluar una teoría del derecho. Por un lado, la capacidad de dar cuenta del deber de los jueces de identificar el derecho usando ciertos criterios y de aplicar el derecho así identificado. Por otro lado, la capacidad de evitar la circularidad en la identificación del derecho. Veamos, en primer lugar, el argumento referido al deber de los jueces de aplicar el derecho.

Según BULYGIN existen dos tipos de reglas, mutuamente excluyentes (aunque quizás no conjuntamente exhaustivas), a saber, reglas de conducta y reglas conceptuales. Las reglas de conducta se caracterizan por poseer carácter nor-

⁹ Más adelante, en este mismo capítulo, aclararé la introducción de este paréntesis.

¹⁰ Discusión que tiene como punto de partida las críticas que, en su libro *Jurisdicción y normas* (RUIZ MANERO, 1990), RUIZ MANERO dirigiera contra las tesis sostenidas por BULYGIN en el artículo «Sobre la regla de reconocimiento» (BULYGIN, 1976). El intercambio sigue luego en las réplicas y contrarréplicas publicadas por ambos autores en la revista *Doxa*: BULYGIN, 1991b; RUIZ MANERO, 1991, y BULYGIN, 1991a.

mativo o prescriptivo, es decir, ordenan, prohíben o permiten una cierta conducta. Es por ello que, por un lado, generalmente incluyen una modalidad deóntica o carácter normativo y, por otro lado, tiene sentido hablar de obediencia o desobediencia respecto de ellas¹¹.

Las reglas conceptuales, en cambio, poseen carácter definicional, es decir, son definiciones de ciertos conceptos (reglas gramaticales, reglas semánticas, reglas de juegos, reglas lógicas), por lo que carece de sentido hablar de obediencia o desobediencia. Si bien suele reprocharse a quien no las usa o las usa mal, el reproche es por ignorancia y no por desobediencia¹².

Inicialmente, en el artículo que da origen a la controversia, BULYGIN proponía la tesis según la cual la regla de reconocimiento es una regla conceptual y por lo tanto carece de carácter normativo, es decir, no prescribe a los jueces ninguna acción¹³. La existencia o no un deber de los jueces de aplicar las normas así identificadas dependerá de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico.

RUIZ MANERO, en cambio, considera que la regla de reconocimiento es una genuina norma de obligación (regla de conducta en terminología de BULYGIN). Según RUIZ MANERO, es necesario distinguir entre la norma que impone a los jueces el deber de aplicar las normas válidas del ordenamiento, por un lado, y el criterio de identificación de las normas del sistema basado en la norma precedente, por el otro.

RUIZ MANERO sostiene que BULYGIN, al distinguir entre criterio conceptual y regla de conducta, no puede dar cuenta del deber jurídico de aplicar una norma. Ello en cuanto si, como afirma BULYGIN, el deber del juez de aplicar las normas del sistema no surge de la regla de reconocimiento, sino de cada una de las normas identificadas usando la regla de reconocimiento; resulta entonces difícil explicar el significado del siguiente enunciado que parece intuitivamente bastante común: «conforme al derecho debo condenar al homicida, pero por razones morales no debo hacerlo». En este enunciado, el «debo» conforme a derecho no puede querer decir deber moral, pues en ese caso el enunciado sería contradictorio («conforme a la moral debo condenar al homicida, pero por razones morales no debo hacerlo»). Para evitar la contradicción, el deber debe entonces surgir de una norma que no sea moral. Una alternativa sería que la norma sea jurídica; en ese caso, la norma o bien es derivada o bien es última. Es decir, o bien es una norma cuya validez deriva de otra norma, o bien es una norma cuya validez es, digamos, intrínseca. Si es derivada, el problema se

¹¹ BULYGIN, 1976: 31-32.

¹² BULYGIN, 1991b: 269. Según BULYGIN es equivocado decir que quien no sigue las reglas gramaticales desobedece la gramática, simplemente es ignorante o habla otro idioma.

¹³ Respecto de la regla de reconocimiento, «no se plantea la cuestión de la obediencia o desobediencia a la regla de reconocimiento; esta regla sólo puede ser usada correctamente o no. Eso es todo». BULYGIN, 1976: 32.