

LORENA RAMÍREZ LUDEÑA
JOSEP M. VILAJOSANA
(Eds.)

CONVENCIONALISMO Y DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	13
NOTA SOBRE LOS AUTORES QUE CONTRIBUYEN AL VOLUMEN	21

PRIMERA PARTE LA NOCIÓN DE CONVENCION

I. PRECONVENCIONES: UN FRAGMENTO DEL TRASFONDO, por Bruno CELANO	25
1. INTRODUCCIÓN.....	25
2. LA PALABRA «CONVENCION»: ALGUNOS SIGNIFICADOS...	26
3. CONVENCION: UNA FAMILIA DE CONCEPTOS	27
4. PRECONVENCIONES: ALGUNOS EJEMPLOS	29
5. ARGUMENTOS (I): INDUCCION, PROMINENCIA, PROYECCION.	36
6. ARGUMENTOS (II): SEGUIR UNA REGLA	42
7. ARGUMENTOS (III): EL TRASFONDO DE LA INTENCIONA- LIDAD	45
8. CONCLUSIONES: NATURALEZA Y CONVENCION	48
9. BIBLIOGRAFIA	49
II. CONVENCION Y NORMATIVIDAD: UNA VISION ESCÉPTI- CA, por Verónica RODRIGUEZ-BLANCO.....	53
1. INTRODUCCION.....	53
2. EL MODELO DE CONVENCIONES DE MARMOR O UN IN- TENTO FALLIDO DE DEMARCCACION	55

	<u>Pág.</u>
3. UN DIAGNÓSTICO ALTERNATIVO.....	60
4. LAS CONVENCIONES PROFUNDAS COMO REALIZACIÓN DE UNA NORMATIVIDAD SUBYACENTE	62
5. CONCLUSIONES.....	64
6. BIBLIOGRAFÍA.....	64
 SEGUNDA PARTE CONVENCIÓN Y REGLA DE RECONOCIMIENTO	
III. CONVENCIONES, RAZONES Y DERECHO , por Andrei MARMOR .	67
1. INTRODUCCIÓN.....	67
2. EL SURGIMIENTO DEL CONVENCIONALISMO JURÍDICO ...	68
3. CONVENCIONES CONSTITUTIVAS	77
4. BIBLIOGRAFÍA.....	87
 IV. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO CONVENCIÓN CONSTITUTIVA , por Jorge L. RODRÍGUEZ	 89
1. INTRODUCCIÓN.....	89
2. CONVENCIONES Y RAZONES	92
3. ¿CONVENCIONES CONSTITUTIVAS?	97
4. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO CONVENCIÓN CONSTITUTIVA	101
5. SALVANDO LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO REGLA CONSTITUTIVA	109
6. BIBLIOGRAFÍA.....	115
 V. ¿POR QUÉ LA REGLA DE RECONOCIMIENTO ES UNA CONVENCIÓN? , por Josep M. VILAJOSANA	 119
1. INTRODUCCIÓN.....	119
2. LA CONVENCIONALIDAD DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO.....	120
2.1. Convención.....	121
2.1.1. Un regreso finito.....	122
2.1.2. Un círculo virtuoso.....	123
2.2. La dimensión constitutiva de las convenciones	128
3. RESPUESTAS A POSIBLES OBJECIONES	130
3.1. La normatividad de la regla de reconocimiento	130

	<u>Pág.</u>
3.2. Convenciones y principios	133
3.3. Convención y desacuerdos	135
3.4. La arbitrariedad de una regla de reconocimiento convencional....	137
3.5. La supuesta banalidad de la tesis convencionalista	139
4. BIBLIOGRAFÍA	141
VI. CONVENCIONES COOPERATIVAS, REGLA DE RECONOCIMIENTO Y PRÁCTICAS INSTITUCIONALES, por Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO	143
1. INTRODUCCIÓN.....	143
2. LA IDEA DE UNA CONVENCIÓN COORDINATIVA Y LA ESTRATEGIA INICIAL DEL CONVENCIONALISMO JURÍDICO ...	146
3. LA VERSIÓN SOFISTICADA DE POSTEMA Y LAS CONVENCIONES COOPERATIVAS	148
4. LAS CONVENCIONES COOPERATIVAS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	153
5. LAS OBJECIONES Y LAS RÉPLICAS DE POSTEMA.....	154
5.1. La idea de obligación	154
5.2. Obligaciones incondicionales	155
6. BALANCE DE LAS RÉPLICAS	157
6.1. La obligatoriedad de la regla de reconocimiento	158
6.2. El modelo de Postema reconstruido	159
6.3. Los inconvenientes	159
7. CONCLUSIONES.....	163
8. BIBLIOGRAFÍA	164
VII. OBLIGACIÓN Y PRÁCTICA SOCIAL, por Nicos STAVROPOULOS...	167
1. HART SOBRE LA OBLIGACIÓN.....	167
2. PRETENSIONES MORALES.....	175
3. CONTENIDO Y FUERZA.....	184
4. BIBLIOGRAFÍA	185

TERCERA PARTE

CONVENCIÓN E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

VIII. CONVENCIONES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, por Federico J. ARENA	189
1. INTRODUCCIÓN.....	189

	<u>Pág.</u>
2. ESCEPTICISMO FRENTE A COGNITIVISMO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	190
3. PERSIGUIENDO LAS CONVENCIONES	192
4. CONSTITUCIÓN Y CONVENCIONES	196
4.1. Texto constitucional y convenciones de coordinación	196
4.2. Convenciones constitutivas e interpretación constitucional.....	198
5. EL RENDIMIENTO DE LAS CONVENCIONES INTERPRETATIVAS.....	200
5.1. La Corte Suprema de Justicia argentina	202
5.2. El Tribunal Constitucional español	204
5.3. Corte Costituzionale italiana	206
6. LA CUESTIÓN HERMENÉUTICA.....	207
6.1. El discurso de los jueces.....	207
6.2. La alternativa del error	210
6.3. La alternativa cuasirrealista.....	211
7. CONCLUSIONES.....	213
8. BIBLIOGRAFÍA.....	214
IX. LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA Y EL CONVENCIONALISMO JURÍDICO, por Lorena RAMÍREZ LUDEÑA	217
1. INTRODUCCIÓN.....	217
2. ¿QUÉ SON LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA?	217
3. LOS COMPROMISOS ESENCIALISTAS	224
4. LAS NUEVAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA Y EL DERECHO..	233
5. CONCLUSIONES.....	240
6. BIBLIOGRAFÍA.....	241
X. LA INTERPRETACIÓN DE LOS PLANES, por Scott SHAPIRO	243
1. INTRODUCCIÓN.....	243
2. LITERALISMO FRENTE A PROPÓSITOS	244
3. LA TEORÍA DE LOS PLANES APLICADA A LA METAINTERPRETACIÓN	246
3.1. Quién es quién en la metainterpretación	246
3.2. La economía de la confianza	248
3.3. La importancia del rol	249
4. ESPECIFICACIÓN	251
5. EXTRACCIÓN	253

	<u>Pág.</u>
5.1. La extracción como explicación.....	253
5.2. Juicios absolutos frente a relativos.....	255
5.3. Juicios generales frente a particulares.....	256
5.4. Alcance de la extracción.....	257
5.5. Síntesis.....	258
5.6. Objetivos.....	261
6. EVALUACIÓN.....	262
6.1. Las relaciones entre la confianza y la discreción.....	263
6.2. Discreción, texto y propósito.....	266
6.3. Literalismo cínico frente a ambicioso.....	270
7. LA COMPETENCIA.....	271
8. LA POSIBILIDAD DE DESACUERDOS TEÓRICOS.....	276
8.1. Una revisión de la pena de muerte.....	279
9. BIBLIOGRAFÍA.....	281

PRESENTACIÓN

Hay diversas formas de relacionar las convenciones con el derecho. Una manera básica, pero trivial, de hacerlo es sostener que los sistemas jurídicos son creaciones humanas. En este caso, «convencional» se correspondería con «artificial» y sería contrario a algo que es «natural». Pero decir que el derecho es un artefacto creado por seres humanos no supone afinar mucho y, por supuesto, no permite discriminar entre diversas teorías del derecho. De ahí que una forma más prometedora de ver esa relación es la que entiende las convenciones de una manera más específica: como algún tipo de hecho social. Para quienes sostengan esto último, una de las discusiones centrales pasará a ser cuáles son los rasgos definitorios de tales hechos y cómo éstos se relacionan con el surgimiento y la persistencia de los sistemas jurídicos.

Por lo que hace a los rasgos de las convenciones, una forma de entenderlas partiría de la distinción entre hechos naturales y hechos sociales. Los primeros son aquellos cuya existencia es independiente de cualquier estado intencional (creencias, deseos, actitudes), mientras que los segundos son dependientes de estados intencionales colectivos. Estos últimos, a su vez, pueden dividirse entre hechos convencionales y hechos no convencionales.

Los hechos convencionales se caracterizan por la presencia de un comportamiento recurrente, por creencias acerca del mismo que constituyen una razón para seguir dicho comportamiento y por un conjunto de expectativas generadas a partir del conocimiento común de estas circunstancias. Esta caracterización se halla ya en el trabajo seminal de David LEWIS y ha sido adoptado con las variaciones oportunas como punto de partida de la discusión actual sobre el convencionalismo jurídico, y así puede comprobarse en varios de los trabajos que conforman este libro.

Por lo que respecta a la relación entre las convenciones y el derecho, la vinculación del convencionalismo jurídico con la teoría del derecho ha tendido a llevarse a cabo dentro de las posiciones iuspositivistas. En particular, los postulados convencionalistas se acomodan bastante bien a algunas concepciones del derecho, como por ejemplo la teoría hartiana, que intenta explicar los hechos sociales complejos de los que depende la existencia y contenido del derecho en términos de prácticas de aceptación de reglas, las cuales implican, entre otras cosas, la adopción de ciertas convenciones acerca de cómo reconocer o identificar esas reglas. La regla de reconocimiento hartiana no es sino, básicamente, una convención de esta clase.

Por otro lado, BAYÓN ha indicado que el rótulo «convencionalismo» puede ser usado en dos sentidos diferentes. El convencionalismo, tal como lo acabamos de presentar, hablaría sólo de las condiciones de existencia del derecho, afirmando que se trata de una realidad convencional, de un producto de interacciones humanas. Pero no todas las reglas convencionales serían convencionales en el mismo sentido: solo algunas reglas convencionales —en el sentido lato que equivale a reglas sociales— serían específicamente convenciones en el sentido técnico que es familiar en teoría de juegos a partir de la obra de David LEWIS, esto es, como una solución a un problema de coordinación. En tal sentido, una convención puede ser vista a la vez como un hecho social y un entramado de razones para actuar, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico es una convención de esta clase, como modo de reconciliar el carácter social y la normatividad del derecho. Esta última acepción de «convencionalismo» sería no ya relativa a las condiciones de existencia del derecho, sino a su normatividad.

Quienes inicialmente adoptaron la posición de entender la regla de reconocimiento como una convención de coordinación fueron POSTEMA y COLEMAN en sus primeros trabajos. Las críticas a esa traslación de la teoría de LEWIS, pensada originariamente para dar cuenta de las convenciones lingüísticas, al ámbito de la teoría del derecho han llevado a que surjan concepciones distintas. Algunas, que suponen una evolución de las teorías de estos mismos autores y que, en algún caso, han supuesto el abandono de la regla de reconocimiento como convención; otras, que han puesto de relieve que la regla de reconocimiento encaja mejor en el marco de las llamadas convenciones constitutivas; y, por último, algún otro que ha considerado que las reglas de reconocimiento resuelve un problema de coordinación precisamente porque tiene una dimensión constitutiva.

Además de lo anterior, hay que decir que con frecuencia se vincula el carácter convencional del derecho con una postura convencionalista en materia de interpretación jurídica. Es decir, el carácter convencional de la re-

gla de reconocimiento suele asociarse con el carácter convencional de la interpretación de los materiales jurídicos identificados por la regla de reconocimiento. Esto es así en la medida en que dar sentido a la práctica de identificación del derecho parece requerir que entendamos que esta abarca también ciertos modos de dar contenido a los materiales jurídicos. Si no, la regla de reconocimiento se tornaría superflua puesto que no eliminaría la incertidumbre respecto de qué conductas están reguladas por el derecho de un sistema jurídico particular. No obstante, desentrañar en qué sentido el lenguaje del derecho es convencional no es algo pacífico.

Los problemas mencionados (la discusión acerca de las características de las convenciones, la relación de estas con el derecho, la posibilidad de entender la regla de reconocimiento como convención y de qué tipo sea, su papel en la existencia de los sistemas jurídicos, su eventual carácter normativo y el papel de las convenciones en la interpretación jurídica), son todos ellos problemas que se entrecruzan en la mayor parte de los trabajos recogidos en este libro. A pesar de ello, nos parece adecuado ofrecer la siguiente distribución de los mismos.

En la primera parte se recogen los textos de Bruno CELANO y de Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO, que abordan más directamente los problemas que plantea la noción de convención.

CELANO da, en algún sentido, un paso atrás en cuanto al examen de las convenciones aplicadas al derecho. Su objeto de estudio es, en realidad, algo que es anterior a las convenciones, tal como suelen entenderse en las discusiones al uso. Su tesis es que existen entidades, que plausiblemente pueden denominarse «convenciones», que no son ni simples regularidades fácticas, ni simples reglas, sino que poseen tanto carácter de regularidad *de facto*, como carácter normativo. Por eso, dice que son, literalmente, hechos normativos. De ahí que pueda defender, en contra de lo que suele ser habitual, que la dicotomía entre «convención» y «naturaleza» no puede entenderse de manera excluyente: existen fenómenos de gran importancia para la vida humana que no encajan exclusivamente en una u otra categoría, y que participan de ambas. Estas son las que CELANO llama «preconvenciones», que a pesar de tener rasgos convencionales están de tal modo incorporadas en nosotros mismos que pasan a constituir una especie de segunda naturaleza.

Por su parte, Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO se refiere a la noción de convención social de Andrei MARMOR, que incorpora dos elementos normativos: 1) la idea de que seguimos las convenciones sociales porque existe una razón primaria para ello y 2) la idea de que existen convenciones profundas que añaden fuerza normativa a las convenciones *sensu strictu*. De acuerdo con RODRÍGUEZ-BLANCO, si bien MARMOR intenta mostrar que las convenciones profundas ocupan un espacio entre las convenciones *sensu strictu* y las

reglas o normas no convencionales, no logra demarcar satisfactoriamente entre convenciones profundas y convenciones en sentido estricto o superficial, así como tampoco logra establecer una delimitación clara entre reglas o normas convencionales y no convencionales, como las de la moral y la ética.

En la segunda parte se recogen una serie de textos que tienen como objeto de estudio prioritario la regla de reconocimiento, postulada por primera vez por HART, como convención. En los tres primeros, el centro de atención se halla en el concepto de regla de reconocimiento como convención constitutiva.

En el primero de ellos, Andrei MARMOR defiende, con algún argumento nuevo, su conocida tesis según la cual la regla de reconocimiento es una convención constitutiva. En concreto intenta mostrar, frente a las críticas que su propuesta ha recibido por parte de POSTEMA, que sigue siendo necesario postular el carácter constitutivo de la regla de reconocimiento. En efecto, POSTEMA ha sostenido que bastaba con ampliar el sentido de la coordinación empleado por LEWIS y él mismo en algún momento anterior (ahora prefiere hablar en términos de «cooperación») para defender que no se requiere dar el paso que da MARMOR. Este, en cambio, afirma que lo esencial es que existen innumerables prácticas convencionales, como ocurre con los juegos minuciosamente organizados, que resultaría erróneo describir como soluciones a problemas de coordinación preexistentes. En su opinión, insistir en el fundamento de la coordinación de todas las convenciones sociales menosprecia el talento y la inventiva de los seres humanos. Nuestras sofisticadas prácticas sociales no se limitan a resolver los problemas con los que nos encontramos. La gente crea prácticas y actividades que considera valioso emprender. Y una de ellas es el derecho. En este sentido, para MARMOR, la idea de que muchas convenciones son constitutivas de ciertos tipos estructurados de actividades humanas pretende ser una explicación alternativa a la ofrecida por aquellos autores: «Se trata con ello de explicar el fundamento de las razones dependientes del cumplimiento a partir de la articulación de la función de las convenciones al constituir actividades que la gente considera que merece la pena emprender, precisamente como el tipo de actividades que son».

El segundo texto, a cargo de Jorge L. RODRÍGUEZ, va destinado a criticar precisamente la posición que MARMOR ha defendido en anteriores trabajos. Básicamente el objeto de las críticas es que, según RODRÍGUEZ, no puede darse el caso de que una convención sea constitutiva, con lo que la regla de reconocimiento no puede ser de este tipo. Según este autor, el concepto de convención empleado por MARMOR sería demasiado débil, lo que llevaría a que una regla pueda ser convencional a pesar de que todos los miembros de una comunidad la sigan porque consideren que ello es lo correcto, pero puede ser no convencional a pesar de que todos la sigan solo porque los

demás la siguen. Por otro lado, carecería de sentido hablar de convenciones constitutivas por cuanto, según RODRÍGUEZ, la idea del carácter arbitrario que se predica de las convenciones sería incompatible con el carácter constitutivo de una regla. Por todo ello, MARMOR caería en una inconsistencia interna porque, siguiendo sus propias definiciones, el carácter constitutivo de la regla de reconocimiento casaría mal con su carácter convencional.

En el tercer texto, cuyo autor es Josep M. VILAJOSANA, se pretende mostrar que la existencia del derecho en una determinada sociedad requiere la presencia de una práctica unitaria de identificación de normas (una regla de reconocimiento). Se sostiene, además, que la mejor manera de entender esa regla consiste en verla como una convención constitutiva, que permite identificar de manera autónoma el derecho de una determinada comunidad. Según dice este autor, «del mismo modo que la existencia del dinero requiere la creencia de que éste existe, también la existencia de un sistema jurídico depende, en última instancia, de un conjunto de creencias compartido por las personas relevantes». Después de desarrollar esta posición, se pasa revista a una serie de críticas recurrentes a las posiciones convencionalistas con el objetivo de rechazarlas. Estas críticas son: el hecho de que la regla de reconocimiento como convención no da cuenta del carácter normativo de la misma, como tampoco daría cuenta de la presencia de principios en los sistemas jurídicos, ni de los desacuerdos que se dan entre los juristas; por último, se aborda el problema de la arbitrariedad de la regla de reconocimiento y su pretendida banalidad.

La segunda parte se cierra con las contribuciones de Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO y de Nicos STRAVROPOULOS. El texto de SÁNCHEZ BRÍGIDO parte del análisis de la nueva versión de la regla de reconocimiento ofrecida por POSTEMA y a la que ya se ha aludido. POSTEMA pasó de una primera versión de la regla de reconocimiento como convención coordinativa (*à la* LEWIS) a otra que la entiende como convención cooperativa (que abarca a las de coordinación, pero que va más allá). Después de un examen de las críticas que esta nueva versión de POSTEMA ha merecido (especialmente de Leslie GREEN), y de sus respuestas, SÁNCHEZ BRÍGIDO sostiene que POSTEMA no sale airoso, fundamentalmente porque, en su opinión, ciertos rasgos de la judicatura muestran que su existencia no implica que haya ningún tipo de problema de cooperación. Un problema de este tipo requiere que se den estas condiciones: la condición de preferencias mutuamente condicionales, la de incertidumbre y la de interdependencia. Pero por lo que hace a la primera, nunca se da en la judicatura; en cuanto a las restantes, pueden no quedar satisfechas. Así, concluye el autor que en el fondo la práctica que constituye una regla de reconocimiento no es una práctica convencional, en el sentido empleado por POSTEMA, sino una práctica institucional.

Por su parte, STRAVROPOULOS ofrece una crítica a la manera en que HART relaciona las prácticas sociales con la normatividad. Si HART entendía que las prácticas sociales originaban deberes en los participantes, ello, según STRAVROPOULOS, es profundamente erróneo. Según este autor, ni el hecho de que exista una práctica social como la que está detrás de las llamadas reglas sociales, es una condición necesaria del surgimiento de un deber jurídico de seguir la práctica, ni es una condición suficiente. No es una condición necesaria porque pueden surgir obligaciones jurídicas externas a la práctica, como ha mostrado DWORKIN; no es suficiente, porque hay prácticas sociales que dan lugar a otro tipo de obligaciones que no son jurídicas, sino por ejemplo morales.

Por último, en la tercera parte hallamos los artículos que relacionan de manera más o menos crítica la concepción convencionalista con el ámbito de la interpretación jurídica.

Federico José ARENA se centra en la interpretación constitucional. Conforme a su posición, la convergencia en la identificación de textos constitucionales puede ser entendida como una convención de coordinación, mientras que la práctica de utilización de ciertos métodos interpretativos puede ser entendida como un conjunto de convenciones constitutivas. Sin embargo, a partir de una serie de ejemplos el autor muestra que este conjunto de convenciones no es suficiente para sostener que las decisiones interpretativas de los jueces están completamente determinadas por ellas. A efectos de conciliar lo anterior con lo que los propios jueces afirman acerca de sus razonamientos, ARENA se posiciona a favor de una reconstrucción cuasirrealista, entendiendo que cuando un juez afirma que existe una interpretación correcta, expresa también su actitud hacia la convención que ha usado para identificar el significado de la disposición. Ello le lleva a desvincular convencionalismo y cognoscitivismos, sosteniendo que el primero es compatible con el escepticismo.

Por su parte, Lorena RAMÍREZ LUDEÑA defiende la compatibilidad del carácter convencional del derecho con las nuevas teorías de la referencia, en el sentido de que estas últimas nos permiten reconstruir lo que ocurre en la interpretación de determinados términos jurídicos. Según las nuevas teorías de la referencia, no es necesario que los sujetos cuenten con descripciones identificadoras, lo que supone que en un sentido relevante el significado de términos que empleamos cotidianamente, y su referencia, pueden trascendernos. Tras reconstruir cuáles son los elementos que considera básicos de las aportaciones de los partidarios de las nuevas teorías de la referencia, RAMÍREZ LUDEÑA enfatiza la incidencia de nuestros usos, desvinculando las nuevas teorías de la referencia de compromisos esencialistas robustos. Ello le permite sostener, en la última parte del trabajo, que, contra lo que suele

afirmarse, el convencionalismo jurídico es compatible con las nuevas teorías de la referencia.

Finalmente, Scott SHAPIRO se refiere, en el marco de su teoría del derecho como plan, al problema de los desacuerdos jurídicos. Si una regla jurídica existe, y tiene el contenido que tiene, porque reúne las propiedades que los funcionarios de justicia del sistema en cuestión aceptan como canónicas y usan en el desempeño de sus funciones, ¿qué sentido tiene que los funcionarios actúen como si hubiera derecho que identificar incluso cuando saben que no hay consenso que descubrir? SHAPIRO destaca la relevancia de los hechos sociales al mismo tiempo que rechaza privilegiar las convenciones interpretativas. Del mismo modo que DWORKIN, SHAPIRO entiende que, para dar sentido a los desacuerdos teóricos, resulta fundamental tomar en consideración el propósito de la práctica jurídica. Además, ambos coinciden en que la metodología interpretativa más adecuada en un sistema depende de cuál concuerda mejor con sus objetivos. Pero, a diferencia de DWORKIN, SHAPIRO no considera que la atribución de un propósito requiera de un ejercicio de filosofía moral y política, sino que lo relevante, aquello sobre lo que debe indagarse, son hechos sociales. En este sentido, la tarea del intérprete jurídico es detectar los objetivos políticos que pretendían alcanzar los que diseñaron el sistema, por lo que los propósitos relevantes son los que explican la práctica y no los que la justifican y podrían ser moralmente deficientes. Para desvelar esos objetivos el intérprete tiene que analizar la estructura institucional y determinar qué objetivos y valores explican mejor la forma que tiene el sistema. La metodología interpretativa correcta para el sistema será la que armonice mejor con los objetivos de aquellos que lo diseñaron.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYÓN, J. C., 2002: «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en V. ZAPATERO (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2: 33-54.
- COLEMAN, J. L., 1998: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», en *Legal Theory*, 4: 381-425.
- 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- LEWIS, D., 1969: *Convention. A philosophical Study*, Oxford: Basil Blackwell.
- MARMOR, A., 1996: «On Convention», en *Synthese*, 107: 349-371.
- POSTEMA, G. J., 1982: «Coordination and Convention at the Foundations of Law», en *Journal of Legal Studies*, vol. XI: 165-203.
- SHAPIRO, S., 2011: *Legality*, Cambridge: Harvard University Press.
- VILAJOSANA, J. M., 2003: «Hechos sociales y Derecho», en E. DICIOTTI y V. VELLUZZI (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Torino: Giappichelli: 41-63.

- 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons.

Algunos de los ensayos que forman parte de este libro han sido publicados previamente. Concretamente, «La interpretación de los planes» de Scott SHAPIRO, es parte del capítulo 13 de su libro *Legalidad* (Marcial Pons, 2014. Inicialmente publicado en 2011 como *Legality*, Cambridge: Harvard University Press). El capítulo ha sido reducido a efectos de su publicación como ensayo, y se han definido determinados términos para conferirle autonomía. Asimismo, se ha añadido una introducción. Por otro lado, el trabajo de Nicos STAVROPOULOS emplea en forma revisada material de las páginas 126-132 de «Words and Obligations» [en L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI (eds.), *Reading HLA Hart's «The Concept of Law»*, Oxford: Hart Publishing, 2013]. Agradecemos a Hart Publishing el habernos autorizado a publicarlo. El pago de los derechos ha sido realizado con recursos del proyecto del Ministerio de Ciencia e Innovación MICINN DER2010-21331-C02-01. Finalmente, el ensayo de Bruno CELANO fue publicado en lengua italiana con el título «Pre-convenzioni: un frammento dello Sfondo» (*Ragion pratica*, 2/2014: 605-632).

Por último, queremos agradecer a Alberto CARRIO su ayuda en las labores de edición de este libro, así como su colaboración en la traducción del trabajo de Andrei MARMOR.

NOTA SOBRE LOS AUTORES QUE CONTRIBUYEN AL VOLUMEN

Federico José ARENA es Investigador Asistente, Conicet - UNC, Argentina.

Bruno CELANO es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Palermo, Italia.

Andrei MARMOR es Jacob Gould Schurman Professor de Filosofía y Derecho en la Universidad de Cornell, Estados Unidos.

Lorena RAMÍREZ LUDEÑA es Profesora de Filosofía del Derecho e investigadora de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España.

Jorge Luis RODRÍGUEZ es Profesor Adjunto de Teoría del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO es Profesora Asociada (Senior Lecturer) de la Universidad de Birmingham, Reino Unido.

Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO es Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba, Argentina.

Scott SHAPIRO es Profesor de Derecho y Filosofía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos.

Nicos STAVROPOULOS es Profesor Asociado de Teoría del Derecho en la Universidad de Oxford, Reino Unido.

Josep Maria VILAJOSANA es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España.

PRIMERA PARTE
LA NOCIÓN DE CONVENCION

I

PRECONVENCIONES: UN FRAGMENTO DEL TRASFONDO *,**

Bruno CELANO

«[...] para cada uno de nosotros el hábito (*ethos*; BEKKER: *costumbre*) tiene una gran importancia; de hecho, se convierte pronto en naturaleza (*physis*)» (ARISTÓTELES, *Problemas*, xxviii).

1. INTRODUCCIÓN

Sostendré que existen entidades, que plausiblemente pueden denominarse «convenciones», que no son ni simples regularidades *de facto*, ni reglas (normas), sino que —en un sentido que habrá que precisar— poseen tanto carácter de regularidad *de facto*, como carácter normativo: son, literalmente, «hechos normativos». Este escrito intenta delimitar estas entidades.

El asunto es delicado. A menudo se distingue resueltamente, con razón, entre reglas y regularidad, entre hechos y normas. En cada par, las dos nociones se consideran mutuamente excluyentes. La distinción es intuitiva y parece incontrovertible. Las entidades que intentaré identificar se hallan, en su mayor parte, en los márgenes de nuestro campo visual —y lo delimitan—.

* Traducción del italiano de Josep Maria Vilajosana.

** Doy las gracias a Giusi TODARO por algunas provechosas discusiones acerca de los temas de este escrito. Además, agradezco a Marco BRIGAGLIA sus comentarios.

Por esta razón normalmente pasan desapercibidas. Para verlas, debemos intentar mirarlas con el rabillo del ojo (se trata de metáforas, naturalmente). Normalmente, cuando discutimos acerca de problemas morales, jurídicos o políticos concretos una cosa es una regularidad *de facto*, otra muy distinta una regla; una cosa son los hechos, otra las normas. Hacemos muy bien en distinguirlos. El confundir hechos y normas *es* un pecado capital¹.

Las entidades de las que me ocuparé, decía, son convenciones. No pretendo sostener, obviamente, que lo que intentaré delimitar sea el único significado de «convención»; ni, mucho menos, el «verdadero» significado de la palabra (sea lo que fuere lo que esto significa). El término «convención» tiene, trivialmente, más significados. Por esta razón, es oportuno empezar con una exploración —aunque no sea profunda— de su campo semántico.

2. LA PALABRA «CONVENCIÓN»: ALGUNOS SIGNIFICADOS

En una primera aproximación, creo que puede afirmarse que, en italiano (y en idiomas afines)², el campo semántico de «convención» se articula en dos ámbitos distintos. En una primera acepción, el término designa un acuerdo explícito, consciente y deliberado, entre una pluralidad de sujetos, o el resultado de un acuerdo como éste (por ejemplo, una asamblea que se entienda que tiene el objetivo de alcanzar un acuerdo de este tipo). En una segunda acepción, en cambio, el término se refiere al ámbito de las reglas sociales, de la costumbre, de los modos consolidados de comportarse, de la tradición. Los elementos comunes a los dos ámbitos son:

1) La idea de un «acuerdo», entendiendo este término de un modo totalmente genérico e indefinido: un genérico «con-venir», «encontrarse juntos», «ir juntos al mismo sitio (o en la misma dirección)». Una imagen esquemática, o poco más.

2) La idea de una cierta arbitrariedad: una convención hubiera podido ser (al menos en parte) distinta de lo que es, sin cambios significativos (respecto a algún criterio, más o menos definido). Cuando X —una regla, una señal, etc.— tiene carácter convencional es, dentro de ciertos límites, indiferente (no necesariamente *del todo* indiferente) que X tenga ciertas características en vez de otras; lo que cuenta es que aquellas, y no otras, sean las características comúnmente aceptadas.

Pero esta es solo una primera aproximación. En el campo semántico de «convención» es preciso distinguir dos áreas ulteriores. Por un lado, la idea

¹ CELANO, 1994.

² En particular, todo lo que diré no pretende valer también para el inglés «*convention*».

de un acuerdo —que puede ser explícito o tácito— inspirado en la «percepción de un interés común», por decirlo en términos de HUME³, es decir, reconducible al hecho de que cada uno de los sujetos implicados persiga razonadamente sus propios objetivos (hablaré en este caso de «explicación racional», o de una «estructura de raciocinio» explicativa de la conducta de los sujetos relevantes; también esta estructura, a su vez, puede ser tácita o explícita)⁴. Por otro lado, la idea de un modo compartido, establecido, de hacer las cosas, o de pensar, no reconducible a una estructura de raciocinio, sea tácita o explícita.

Esta distinción produce una oscilación en el uso de «convención». Si se pone el énfasis en el aspecto del acuerdo reconducible a una estructura de raciocinio, dejando en un segundo plano la antítesis «tácito» frente a «explícito», nos encontraremos oscilando entre *contrato* y *convención*⁵, o teniéndonoslas que ver con el enredo entre *convención* y *costumbre* (dependiendo de algunas de las muchas acepciones de la palabra «costumbre»)⁶. Pero junto a esta oscilación, hay que tener muy en cuenta la posibilidad de «convenciones» —que pueden ser también explícitas o tácitas— que no son reconducibles a una estructura de raciocinio (convenciones que no son susceptibles de tener una explicación racional).

El campo semántico de «convención», en definitiva, se articula a partir de dos ejes de diferenciación: la antítesis «racionalizable» (reconducible a una estructura de raciocinio) frente a «no racionalizable», y la antítesis «tácito» frente a «explícito».

Si ahora intentamos seguir el hilo de esta doble articulación, identificando las diversas posibilidades, abandonamos la tarea de una simple exploración del campo semántico de la palabra «convención». Nos embarcamos, más bien, en un trabajo de redefinición explicativa del término, y, para ser exactos, en un trabajo de reconstrucción racional de una pluralidad de conceptos de convención.

3. CONVENCIÓN: UNA FAMILIA DE CONCEPTOS

Si entrecruzamos los dos ejes de diferenciación, obtenemos una matriz de cuatro casillas, correspondientes a cuatro nociones distintas de convención.

³ HUME, 1777: 257.

⁴ Aunque no basta la simple *posibilidad* de reconstruir las acciones relevantes como aquellas que tienen una estructura de aquel tipo. Esto haría que la noción fuera demasiado genérica.

⁵ De ahí que, por ejemplo, pueda sostenerse la tesis, paradójica, de un «David HUME contractualista» (GAUTHIER, 1979).

⁶ CELANO, 1995 y 2013.

Las entidades que intentaré identificar ocupan — aunque no completan — una de estas casillas. Las principales teorías modernas y contemporáneas de las convenciones (los análisis en inglés que tienen por objeto *conventions*) ocupan una de las casillas restantes. Veámoslo.

La casilla resultante de la combinación de los dos rasgos «estructura de raciocinio» y «explícito» — es decir, convenciones que son acuerdos explícitos reconducibles a una estructura de raciocinio — identifican los fenómenos del contrato, la promesa multilateral, el tratado y similares. Las teorías correlativas intentan dar cuenta de estos fenómenos en términos de búsqueda, por parte de sujetos racionales, del propio interés; en última instancia, en términos de maximización de la utilidad esperada por parte de estos sujetos. (El problema crucial de estas teorías es si es posible dar cuenta en términos de decisión racional del principio *pacta sunt servanda*).

Hasta hoy, las teorías más influyentes de la convención son la de D. HUME (1740) y la de D. LEWIS (1969). Estas teorías pretenden dar cuenta de las convenciones como acuerdos (en el sentido genérico visto en el apartado 2) tácitos reconducibles a una estructura de raciocinio. HUME y LEWIS — y, siguiendo sus pasos, otros — ofrecen una explicación de las convenciones como el resultado de decisiones por parte de individuos racionales que persiguen su propia utilidad, en ausencia de un acuerdo explícito (y de una autoridad que lo imponga).

Quedan, además de las dos casillas caracterizadas por la presencia de una estructura de raciocinio (acuerdos explícitos: contratos; y acuerdos tácitos: convenciones *à la* HUME, o LEWIS), dos casillas más. De convenciones explícitas que no se basan en una estructura de raciocinio no me ocuparé aquí. Los grupos sociales tienen habitualmente convenciones explícitas que no son, o al menos no parecen ser, reconducibles a decisiones individuales racionales⁷. Los fenómenos que me interesan ocupan la cuarta casilla: convenciones tácitas que no se basan en una estructura de raciocinio.

Esta posibilidad puede construirse de varios modos. La idea que me interesa es esta: comportamientos coincidentes (el «convenir», en un sentido totalmente genérico; *supra*, 2) que no son regularidades biológicas, son el resultado del aprendizaje, pero son además automatismos: espontáneos (irreflexivos), rápidos, fluidos, llevados a cabo sin esfuerzo (*effortless*)⁸. Y,

⁷ Los autores de un individualismo metodológico basado en la teoría de la decisión racional inflexible lo negarán, por mucho que ello pueda parecer inverosímil. Pero no entraré aquí en la polémica entre defensores del paradigma del *homo oeconomicus* y defensores del *homo sociologicus*. Me basta con que la indicada en el texto sea una posibilidad conceptual — aunque al final se trate de una clase vacía —.

⁸ Estos son, en líneas generales, los rasgos que D. KAHNEMAN (2011) atribuye a las actividades del «Sistema 1». Digo «en líneas generales» porque las actividades del Sistema 1 comprenden también fenómenos biológicos.

por tanto, pueden ser particularmente rígidos, mecánicos, ciegos, obtusos. Convenciones que —por usar la enésima metáfora— se hallan impresas en la carne, en el cuerpo, han pasado a ser naturales como el respirar, constituyen una «segunda naturaleza»⁹.

Todo esto, por supuesto, merece una aclaración. Procederé así: en el próximo apartado daré algunos ejemplos de fenómenos del tipo relevante. A renglón seguido presentaré algunos argumentos para sostener la tesis según la cual existen convenciones «incorporadas», y que estas son hechos normativos. Los argumentos en sí no son míos; pero es relativamente original, me parece, la luz bajo la cual los presento —en particular, la idea de que puedan reagruparse para llegar a una conclusión común, y la formulación de esta conclusión—.

4. PRECONVENCIONES: ALGUNOS EJEMPLOS

Antes de proceder a una ejemplificación, sin embargo, es oportuno indicar una dificultad implícita en lo dicho hasta ahora. Uno de los ejes de articulación del campo semántico del término «convención», como he dicho, es la antítesis «tácito» frente a «explícito». He precisado, además, que las entidades que intento identificar son convenciones «tácitas» en el sentido de automatismos: comportamientos regulares coincidentes que, a pesar de no ser regularidades biológicas (como, por ejemplo, respirar), son espontáneas, irreflexivas, rápidas, fluidas, *effortless*. La dificultad es esta: los seres humanos son de tal forma que todo o casi todo —también la demostración del teorema de GÖDEL, o la selección de una distribución eficiente de recursos financieros escasos en un mercado determinado— puede convertirse, mediante un proceso de aprendizaje, en algo automático: todo, o casi todo, lo que puede ser objeto de aprendizaje puede convertirse en una «segunda naturaleza». Esta circunstancia amenaza con invalidar nuestra reconstrucción. Así, por ejemplo, puede suceder que quienes siguen una convención *à la* LEWIS (convención tácita sustentada en una estructura de raciocinio; *supra*, 3), y para los cuales esta convención es —ya— obvia, tengan un «*tacit understanding of it, which they cannot easily articulate to outsiders*»¹⁰.

Este es un problema endémico cuando se abordan fenómenos intencionales. Así, por ejemplo, cada uno de nosotros tiene, en cada momento de su

⁹ Véase —aunque de manera bastante confusa— MURPHY, 2007, en particular la página 54: «*custom [...] must be analyzed into two more basic notions, habit and convention*» («*customs are habitual conventions and conventional habits: custom naturalizes conventions just as it conventionalizes human nature*») (aquí «*custom*» ocupa el lugar de la noción de convención que me interesa). Nótese la oscilación entre «convención» y «costumbre» (puesta de relieve *supra*, 2).

¹⁰ SUGDEN, 1998: 379.

vida, innumerables creencias tácitas (yo creo, por ejemplo, que el piso en el que vivo está en la cuarta planta); pero no es fácil identificar los rasgos que distinguen una creencia de este tipo de entidades similares que, en algún sentido, se hallan también presentes tácitamente en nosotros, pero que sería muy extraño llamar propiamente *creencias* —como, por ejemplo, la «creencia» de que la Tierra existía ya antes de que yo naciera—¹¹. Está claro que si me preguntaran si la Tierra ya existía antes de que yo naciera respondería que sí (es lo que estoy haciendo en este momento), del mismo modo que respondería que sí, si me preguntaran si vivo en la cuarta planta. ¿Pero basta esto para decir que «La Tierra ya existía antes de que yo naciera» es, y era, el contenido de una *creencia* mía actual, aunque tácita? Si es así, ¿no habrá límite alguno a mis creencias tácitas (tengo la creencia tácita de que no soy una lombriz?). Del mismo modo, volviendo al ejemplo de quienes siguen una convención-LEWIS convertida ya, para ellos, en una «segunda naturaleza», podemos ciertamente decir que lo que hacen constituye la implementación de una estructura de raciocinio que «se halla presente» en su interior, de forma tácita y no articulada, de la misma manera que una creencia tácita verdadera y propia. Pero no está claro qué podría significar esto, si no es que aquellos se comportan *como si* se adecuaban a esta estructura. Pero esto parece ser una ilusión y una petición de principio. Cuando la convención pasa a ser una «segunda naturaleza», su criterio de conducta es ya, en algún sentido (*infra*, 6), lo que ellos efectivamente *hacen*.

Estas consideraciones muestran, me parece, que conviene distinguir dos sentidos del adjetivo «tácito». El primero es el sentido en el cual puede usarse para calificar una creencia verdadera y propiamente tácita («Vivo en la cuarta planta»), y el segundo, en cambio, es el sentido en que puede ser usado para calificar «creencias» que solo impropriamente pueden ser llamadas así («La Tierra existía ya antes de que yo naciese»; «No soy una lombriz»). O, volviendo a nuestro caso, entre el modo en que puede llamarse «tácita» la estructura de raciocinio a la cual es en hipótesis originariamente reconducible una convención-LEWIS, y el modo en que esta estructura puede llamarse «tácita» cuando la convención se ha convertido ya en una «segunda naturaleza». Las entidades que me interesan son acuerdos «tácitos» en el segundo sentido. (El punto central, como veremos —*infra*, 7— es que las entidades de las que se trata no son fenómenos intencionales).

Paso ahora a dar algunos ejemplos del tipo de fenómenos que tengo en mente. No todo lo que pertenece a los ámbitos a los que pasaremos revista son convenciones. Pero hay espacio para lo convencional en cada uno de ellos.

¹¹ Véase, en general, LYCAN, 1986. El ejemplo procede de WITTGENSTEIN, 1969.