
1. EL CONVENCIONALISMO JURÍDICO

Ismael Martínez Torres*

Parece difícil negar que, por lo menos desde finales del siglo XVIII,¹ el positivismo ha sido una de las teorías con mayor presencia dentro del campo de la filosofía jurídica. De acuerdo con Jules Coleman (2003), las teorías del derecho de corte positivista han sido comúnmente caracterizadas en términos de dos tesis. Por un lado, la llamada tesis de la separabilidad (*the separability thesis*), por otro, la tesis del hecho social (*the social fact thesis*). En pocas palabras, la primera sostiene que no existe conexión necesaria (conceptual) entre derecho y moral, mientras que la segunda afirma que para explicar la posibilidad del carácter autoritativo del derecho se debe atender a hechos sociales y no a algún tipo de moral sustantiva. Según Coleman, la tesis del hecho social ha resultado más fundamen-

* Maestro en Filosofía. Una versión de este trabajo fue presentado como tesis de grado, en el Programa de Maestría y Doctorado en Filosofía de la UNAM en agosto de 2016, y fue dirigida por los doctores Juan Antonio Cruz Parcero y Manuel Atienza.

¹ Aunque autores como John Finnis (2011a) han sostenido que los orígenes del positivismo jurídico pueden rastrearse hacia los inicios del siglo XIII, o incluso hasta Platón según Gerald Postema (2011), ha sido comúnmente aceptado entre los filósofos del derecho que fue la teoría de Jeremy Bentham, particularmente sus libros *Of Laws in General* (1782) y *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1780), la que dio origen a la tradición positivista. (Véase Green, 2009, sección I).

tal al proyecto positivista en tanto que ha permitido trazar una clara diferencia frente a las teorías de orientación iusnaturalista. De este modo, uno de los problemas principales a los que debe enfrentar cualquier teoría positiva del derecho consiste en explicar la posibilidad de la autoridad jurídica en términos de ciertos hechos.² Por supuesto, esta búsqueda por los hechos relevantes ha dado lugar a un número importante de posiciones diversas.

Uno de los ejemplos paradigmáticos del positivismo jurídico es la teoría de John Austin (1832), quien al caracterizar al derecho como un conjunto de mandatos o instrucciones (*commands*) promulgadas por el soberano propiamente dicho³ anclaba su visión de la autoridad jurídica en una cierta noción de la soberanía y la autoridad soberana. A partir de una crítica a esta teoría, H. L. A. Hart (1994) dio origen a una de las posturas más influyentes dentro del positivismo jurídico de las últimas décadas, a saber, el convencionalismo. Los enfoques de corte convencionalista, dice Coleman (2001b, p. 357), son aquellos que explican las condiciones de posibilidad de la autoridad jurídica en términos de una práctica social convencional: la práctica de los servidores públicos (*officials*) de adherirse a una regla de reconocimiento. Incluso si en la actualidad las teorías de tipo convencionalista han diversificado sus alcances y compromisos, parece existir una idea central en virtud de la cual el convencionalismo puede pensarse como una *corriente* unificada. Dimitrios

² Con mayor precisión, Coleman (2001b, pp. 354-355) alega que uno de los problemas más importantes dentro de la filosofía del derecho es el de explicar la posibilidad de la autoridad jurídica sin apelar a la autoridad jurídica misma (lo que supondría un regreso al infinito). Para enfrentar este problema, según Coleman, los teóricos del derecho han seguido históricamente dos estrategias: de acuerdo con la tradición iusnaturalista, la autoridad jurídica puede explicarse a través de la autoridad moral; mientras que, de acuerdo con el positivismo jurídico, la autoridad jurídica se explica en términos de ciertos hechos sociales. Así, el reto para las teorías positivistas del derecho consiste en dar una caracterización plausible del tipo de hechos relevantes a partir de los cuales se desprende la propiedad de autoridad de los ordenamientos legales.

³ Sobre la caracterización del soberano véase Austin (1832), principalmente las lecturas I, V y VI.

Kristis (2008, p. 144) utiliza la expresión "paquete convencionalista" para referirse a la idea de que "el derecho es una práctica de interacción entre participantes que juegan papeles distintos al interior de ella".⁴ Según él, esta idea mínima permite presentar a las distintas posturas convencionalistas como parte de un mismo proyecto intelectual.

1. EL ORIGEN DEL CONVENCIONALISMO: LA CRÍTICA DE HART A LA TEORÍA DE AUSTIN

La afirmación de Austin de que el derecho es un conjunto de mandatos del soberano consta de dos elementos.⁵ El primero, que las normas en el derecho siempre tienen la forma de un mandato. El segundo, que su origen se corresponde necesariamente con un acto del soberano. En 1961, en su libro *The Concept of Law*, H. L. A. Hart introdujo algunas de las críticas más severas en contra de cada una de estas ideas. En general, para Hart era simplemente falso que las normas en derecho adoptaran siempre la forma de un mandato, al tiempo que resultaba imposible definir el origen de las normas jurídicas en términos de la soberanía política.

De acuerdo con Austin (1832, pp. 21-29), los mandatos son la expresión del deseo de una persona (o personas) de que otras se comporten de una cierta manera respaldada por una amenaza de sanción. Además, todas las normas que integran los ordenamientos legales son mandatos. De este modo, todas las normas en el derecho son reducibles a enunciados de la forma "haz esto o si no...".⁶ Aunque Hart reconoce que algunas normas (especialmente las normas penales) siguen dicha

⁴ La traducción es nuestra.

⁵ En este análisis de la teoría de John Austin sigo a Andrei Marmor (2011, cap. 2).

⁶ Esta manera de formular los enunciados mediante los cuales se expresa un mandato es propuesta por Marmor (2011, p. 37).

formulación, niega que esto sea igual para todos los enunciados normativos que integran un sistema jurídico. Junto a esto, Hart encuentra dos problemas centrales en explicar a las normas jurídicas como enunciados de la forma "haz esto o si no...". El primero es que el modelo asume que todas las normas jurídicas imponen obligaciones (de realizar o abstenerse de realizar cierta conducta), lo cual es falso. El segundo, que el modelo asume, también equivocadamente, que cada norma jurídica está respaldada por una amenaza de sanción.⁷ Para Hart, existen normas que no imponen obligaciones, sino que confieren poderes jurídicos (*legal powers*). Esta clase de normas no pretende obligar la realización o no de una conducta mediante la amenaza de sanción; por el contrario, prescriben maneras mediante las cuales las personas pueden introducir cambios en su estatus jurídico. Un ejemplo son las normas que regulan los contratos. Es más bien extraño explicar la estructura de estas normas como respaldando una orden mediante la amenaza de coerción.

Como hemos dicho, Hart cuestionó además la manera de entender la relación entre derecho y soberanía propuesta por la teoría del mandato. Recordemos que para Austin el carácter jurídico de ciertas instrucciones normativas radica en la manera particular en la que fueron originadas. En términos de una teoría así una instrucción normativa es jurídica si, y sólo si, emana del soberano político. Es fácil observar que una definición de la normatividad en el derecho como ésta impone en Austin la necesidad de definir a la soberanía en términos no jurídicos, puesto que hacer lo contrario supondría un regreso al infinito ciertamente vicioso: el derecho estaría definido en términos de la soberanía y la soberanía en términos del derecho. Es así que Austin propone una descripción de la soberanía en términos más

⁷ Con precisión, Hart (1994, cap. 3) presenta tres objeciones en contra de la caracterización de las normas en el derecho como mandatos. La primera tiene que ver con el contenido de las normas, la segunda con la forma en la que se originan y la tercera con su rango de aplicación. En este texto presentaré exclusivamente, aunque no de manera exhaustiva, la primera de estas objeciones.

bien sociológicos. Básicamente, la idea (Austin, 1832, p. 166) es que el soberano de una comunidad es por definición la persona o grupo de personas que, sin tener el hábito de obedecer a nadie, es obedecido habitualmente por los demás. De manera general, el argumento de Hart (1994, capítulo 4) en contra de esta caracterización pretende mostrar que la noción misma de soberanía es esencialmente jurídica. Dado que la soberanía está constituida por el derecho, mismo que determina quién cuenta como el soberano particular de una sociedad determinada, es falso que aquella sea fundamento de éste. La intuición de Hart consiste en afirmar que Austin se equivoca al pensar que el derecho es un conjunto de mandatos *emanados del soberano legítimo* porque para identificar a quien habrá de ejercer un determinado papel, son necesarias antes ciertas reglas (jurídicas). En otras palabras, no podríamos decir que los mandatos emanados de una persona X constituyen el derecho, sin reglas (de derecho) que constituyeran antes el papel de X como el soberano.⁸ A partir de estas dos objeciones es que Hart señala la urgencia que existía al interior de la filosofía jurídica por encontrar explicaciones alternativas de nuestra práctica legal.

1.1. La teoría de las reglas sociales de H. L. A. Hart

Según Hart (1994), lo que causa que la teoría de Austin falle al explicar incluso las formas más elementales de derecho es la ausencia de la noción de regla. Es bien

⁸ Con mayor precisión, Hart (1994, capítulos 3 y 4) presenta un par de argumentos que critican la idea de que la soberanía se constituye a partir de hábitos de obediencia que prevalecen dentro de una sociedad determinada. En general, la idea de Hart es, en primer lugar, que una explicación como la de Austin falla incluso al dar cuenta de la manera en la que la soberanía puede ser transmitida de una(s) persona(s) a otra. Si es cierto que los hábitos tardan mucho tiempo en desarrollarse, entonces Austin es incapaz de explicar con sentido el escenario en el que un nuevo individuo ocupa el papel de soberano sustituyendo a otro. El segundo argumento tiene que ver con la diferencia entre las instancias de seguir una regla y las meras regularidades de conducta. Los hábitos de obediencia a los que se refiere Hart son simples regularidades de conducta, sin embargo, según Hart un rasgo característico de los comportamientos que el derecho intenta gobernar es justamente que las personas encuentran en una regla (jurídica) la razón para la acción.

sabido que de acuerdo con la teoría de Hart los sistemas jurídicos están integrados por reglas de dos tipos, primarias y secundarias. Las reglas primarias imponen obligaciones sobre los individuos para realizar o abstenerse de realizar determinadas conductas, mientras que las reglas secundarias son reglas que confieren poderes (públicos o privados), es decir, que permiten a los individuos introducir nuevas reglas del primer tipo mediante ciertos actos. En *The Concept of Law*, Hart afirma que las reglas de un sistema jurídico, sean primarias o secundarias, son instancias de una clase más amplia: las reglas sociales. Sin ser del todo precisos, hablamos de reglas sociales para referirnos a ciertas prácticas complejas que aspiran a gobernar nuestro comportamiento y que carecen de una fuente autoritativa.

Uno de los rasgos que caracterizan a las reglas sociales es que siempre aparecen al interior de un grupo. En otras palabras, su carácter *social* les impide existir ahí donde lo que está en juego es el comportamiento de un solo individuo. Por otro lado, decir que son *reglas* implica que proporcionan a las personas un tipo de razón *especial* para la acción.⁹ Otra característica de las reglas sociales es que, para existir, necesitan ser *practicadas* por la mayoría de los miembros de una comunidad. Por supuesto, la cantidad de individuos que deben regir su comportamiento de conformidad con ellas es una cuestión de grado, sin embargo, resulta imposible afirmar que una regla existe ahí donde nadie actúa de conformidad con ella. Además, las reglas sociales son invocadas por los miembros de una comunidad como una razón de justificación de la conducta propia y ajena. Por último, cabe resaltar que existen reglas sociales de diversos tipos dependiendo de sus alcances normativos. Ejemplos

⁹ La naturaleza de las reglas en tanto razones para la acción ha sido ampliamente discutida por distintos autores. Posiblemente, entre los trabajos más conocidos se encuentre el de Joseph Raz (1999). Para los propósitos de esta sección en el trabajo es suficiente decir que las reglas proporcionan *algún* tipo de razón para la acción. Una teoría reciente sobre razones para la acción puede verse en Enoch (2011).

son las convenciones, costumbres, tradiciones, reglas de etiqueta, etc. La llamada *teoría práctica de las reglas sociales* es un intento de Hart por dar cuenta de los rasgos esenciales comunes a todas ellas capturados en la siguiente definición:¹⁰

Una regla social, digamos R, existe al interior de una sociedad S si, y sólo si, se dan las siguientes condiciones:

1. Existe una regularidad de comportamiento de acuerdo con R en S: A saber, la mayoría de los miembros de S regularmente actúan de conformidad con R.
2. La mayoría de los miembros de S manifiestan una actitud normativa hacia R, llamada por Hart "aceptación" (*acceptance*).

La idea de aceptación consiste básicamente en dos componentes:

- a) para la mayoría de los miembros de S, la existencia de R constituye una razón para actuar de acuerdo a R.
- b) La existencia de R es empleada por los miembros de S como razón para criticar desviaciones en el comportamiento y como razón de justificación para ejercer presión social hacia otros miembros de S para que actúen conforme a R.

Las condiciones 1 y 2 corresponden respectivamente con lo que Hart denomina el aspecto externo (*external aspect*) y el aspecto interno (*internal aspect*) de las reglas

¹⁰ Esta definición es presentada por Marmor (1998, pp. 510-511), la traducción es nuestra. Una manera similar de definir la idea de regla social en Hart puede verse en Sánchez Brígido (2010, p. 31). La teoría de las reglas sociales aparece en Hart (1994, pp. 54-56 y 86-88).

sociales. Ambos son condiciones individualmente necesarias, pero sólo conjuntamente suficientes de la existencia de una regla social.

Además de decir que son una unión compleja de reglas primarias y secundarias, Hart (1994, p. 116) sostiene que es una condición necesaria de la existencia de cualquier sistema jurídico la presencia entre los servidores públicos (tanto para aquellos que crean las normas como para los que las aplican) de tres tipos de reglas sociales: una regla de reconocimiento, una regla de cambio y una regla de adjudicación. Para mostrar cómo cada una de estas reglas se introduce en una explicación del derecho, Hart nos invita a pensar en tres problemas a los que una sociedad *pre-jurídica* tendría que enfrentar.¹¹

El primer problema surge cuando existe una controversia acerca de la norma que debe aplicarse a un caso no *regulado*. Es decir, cuando surge una duda acerca de cuál es la manera correcta de comportarse respecto de una situación hasta entonces indiferente a los códigos de conducta observados. Al ser su aceptación y práctica las únicas características que comparten las reglas en una sociedad como ésta, los miembros de un grupo carecen de una marca (*mark*) que les permita identificar el curso de acción correcto (la regla que deben seguir) en caso de incertidumbre (*uncertainty*). Para una sociedad prejurídica es imposible encontrar la regla aplicable a un caso no regulado, dado que hacer esto según Hart presupone la existencia de

¹¹ Es importante señalar que de acuerdo con este enfoque (Hart, 1994, pp. 91-97) una sociedad prejurídica no es más que aquella que no posee un sistema legal; un grupo de personas en el que las reglas que gobiernan el comportamiento social son todas primarias y los miembros las siguen por razones de parentesco o sentimientos compartidos. Comúnmente dice Hart, se cree que las reglas que rigen la conducta dentro de este tipo de sociedades son reglas de la costumbre; sin embargo, aclara, esto demandaría de las reglas un largo desarrollo temporal e implicaría para ellas un apoyo menor de la presión social. Dado que esta exigencia parece demasiado estricta, Hart prefiere decir que estos grupos adoptan una estructura social de reglas primarias de obligación cuya única condición de existencia es que las reglas sean practicadas y aceptadas.

reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación que de manera exclusiva gobiernan la vida en comunidad de las personas en una sociedad así. De acuerdo con Hart, el problema de la incertidumbre se soluciona con la introducción de una regla de reconocimiento. En un primer acercamiento diremos que la regla de reconocimiento especifica la(s) característica(s) que, en caso de ser poseída(s) por una regla, es (son) un indicador afirmativo de que esa regla es parte del sistema de reglas que *gobierna jurídicamente* el comportamiento de los miembros en una sociedad particular.

El segundo problema tiene que ver con el carácter estático de las reglas. De acuerdo con Hart, la única manera en la que las reglas podrían cambiar en una sociedad prejurídica es a través de un proceso lento, pasando de ser cursos de acción opcionales a habituales y después obligatorios. Por lo que concierne a su *desaparición*, las reglas atravesarían por un proceso similar que va de la tolerancia hasta dejar de percibir ciertas desviaciones. Así, las reglas no podrían adaptarse deliberativamente mediante la introducción de nuevas o la eliminación de existentes a los cambios en las situaciones actuales.¹² Una vez más, es necesaria la presencia de un tipo de reglas distinto. La introducción de reglas de cambio está destinada a solucionar esta clase de problemas. En pocas palabras, una regla de cambio es la que faculta a un individuo o a un grupo para introducir nuevas reglas y eliminar viejas.

¹² Un ejemplo (Shapiro, 2009, p. 237) de cómo ciertos cambios en la situación actual podrían originar un problema al que el sistema normativo en una sociedad prejurídica sería incapaz de encontrar solución, es el siguiente. En una sociedad prejurídica surge de pronto la necesidad de llevar a cabo cualquier medida que tenga como efecto contrarrestar los resultados del surgimiento de una crisis económica imprevisible hasta ese momento. La manera más fácil de implementar dicha medida sería cambiando deliberativamente alguna parte de la estructura normativa. Sin embargo, en una sociedad gobernada exclusivamente por un sistema de reglas primarias esto no es posible.

Finalmente, Hart señala como tercer defecto la ineficiencia (*inefficiency*) con la que la presión social, al ser difusa, *pretendería conservar* la aplicación de reglas en una sociedad prejurídica. Ante la ausencia de un agente capaz de resolver los asuntos normativos con definitividad y autoridad, las controversias acerca de cuándo una regla ha sido efectivamente violada serían frecuentes e irresolubles. La solución a la ineficiencia de la presión social difusa característica de las sociedades prejurídicas está dada por la introducción de reglas de adjudicación. Las reglas de adjudicación son reglas secundarias que facultan a ciertos individuos a determinar autoritativamente cuándo una regla ha sido efectivamente violada.

Hart (1994, p. 114) señala otra condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico, a saber, la obediencia generalizada entre los ciudadanos ordinarios a las reglas del sistema. De este modo, la presencia entre los oficiales de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, más la obediencia generalizada de los ciudadanos a las reglas, son condiciones conjuntamente suficientes e individualmente necesarias de la existencia de un sistema legal.

De entre las reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, Hart (1994, p. 100) reconoce a la primera como el fundamento de cualquier sistema legal. Con mayor precisión, sostiene que la situación social en la que una regla de reconocimiento es aceptada y usada para identificar las reglas primarias de obligación es la que merece el título de *fundamento de un sistema legal*. Aunque es poco claro, Hart parece sugerir que al ser la regla de reconocimiento el criterio último de pertenencia al sistema, su aceptación y práctica sirven de base al resto de la estructura normativa. La regla de reconocimiento agota así de manera exhaustiva la noción de validez jurídica. Si es cierto que su existencia es fundamental a nuestra práctica legal, parece conveniente analizar ahora con cierto detalle qué son exactamente las reglas de reconocimiento.

1.2. La regla de reconocimiento

En *The Concept of Law* Hart atribuye dos características principales a la regla de reconocimiento. En primer lugar es una regla secundaria. Esto es, una regla que confiere poderes y no una que impone obligaciones, o de otra forma, una regla acerca de reglas.¹³ La regla de reconocimiento es una regla que sirve a los servidores públicos para determinar la pertenencia de otras reglas al sistema. En segundo lugar es una regla social. Según Scott Shapiro (2009, pp. 238-239), la regla de reconocimiento es social en dos sentidos. Primero, es en virtud de ciertos hechos sociales que la regla de reconocimiento existe y tiene el contenido que tiene. Los hechos a los que se refiere Shapiro son la adopción por parte de los jueces del punto de vista interno¹⁴ hacia un cierto estándar de comportamiento y el uso que hacen de dicho estándar para juzgar la validez y aplicación de normas. Segundo, la regla de reconocimiento es social en el sentido de que el estándar que establece es de tipo grupal (*grup-wide standard*). Es decir, la aceptación de la regla que lleva a cabo cada uno de los jueces no es por sí mismo, sino que todos la aceptan como la manera oficial de determinar qué normas cuentan como jurídicas. En pocas palabras, decir que la regla de reconocimiento es una regla social significa que su validez depende exclusivamente del hecho de que la comunidad relevante (en principio los servidores públicos) mayoritariamente la acepta y la practica. De este modo, podemos decir que la regla de reconocimiento es aquella que provee los criterios normativos últimos

¹³ Gerald Postema (1982) ha propuesto una concepción distinta de la regla de reconocimiento. Según él, la mejor manera de entender el papel que juegan las reglas de reconocimiento al interior de un sistema jurídico es pensarlas como reglas primarias que imponen sobre los servidores públicos la obligación de atender a determinados criterios al evaluar la validez o invalidez de una norma particular.

¹⁴ El punto de vista interno es el que adoptan las personas en tanto participantes de una práctica que aceptan y usan las normas que guían su conducta. Sobre el punto de vista interno y su diferencia con el punto de vista externo ver Hart (1994, pp. 89-91).

de pertenencia a un sistema (legal), en función de los cuales servidores públicos y ciudadanos ordinarios identifican (pueden identificar) normas válidas e inválidas.

Es importante señalar que para Hart los criterios de validez provistos por la regla de reconocimiento pueden adoptar diversas formas, por ejemplo: prácticas de la costumbre, textos autoritativos, decisiones judiciales del pasado, una promulgación legislativa, declaraciones generales de personas específicas, etc. Ante la posibilidad de que esta pluralidad de criterios de lugar a conflictos, Hart sostiene que la regla de reconocimiento provee incluso un orden de subordinación y primacía. La subordinación de unos criterios a otros, sin embargo, no debe confundirse con alguna forma de derivación. Decir que las reglas de la costumbre son subordinadas a las decisiones judiciales pasadas no implica que se deriven de ellas. Ambos criterios son más bien independientes. El resultado de la subordinación es la exclusión de las normas identificadas por criterios inferiores en caso de contradicción con aquellas identificadas por un criterio superior.

Por otra parte, incluso si con regularidad los criterios de validez están específicamente señalados, es algo poco común a los sistemas jurídicos contemporáneos que exista un señalamiento específico de la regla de reconocimiento. La existencia de la regla de reconocimiento se muestra en la manera en la que cortes y jueces (principalmente) identifican las reglas que aplican.

Una característica más que Hart (1994, pp. 105-107) atribuye a la regla de reconocimiento es la de ser una regla última. Es decir, una regla que no deriva su existencia de ninguna otra. Como hemos dicho, su validez depende exclusivamente del hecho de que es aceptada y practicada. En otras palabras, la regla de reconocimiento es una regla que valida otras reglas pero que no es (y no necesita ser) ella

misma validada. Por otro lado, de entre los criterios señalados por la regla de reconocimiento hay sólo uno que es supremo. Un criterio es supremo si las reglas que identifica son reconocidas como parte del sistema incluso si entran en conflicto con reglas identificadas por otros criterios, al tiempo que las reglas identificadas por otros criterios dejan de ser válidas al entrar en conflicto con las reglas identificadas por el criterio supremo.

Como hemos dicho, el papel que juega la regla de reconocimiento dentro de cualquier ordenamiento legal contemporáneo es establecer las propiedades que toda regla debe satisfacer para formar parte del sistema, es decir, para ser vinculante. Esto implica al menos dos cosas. La primera, que cualquier norma que satisfaga alguno de los criterios contenidos en la regla de reconocimiento es una regla del sistema. La segunda, que la forma de identificar normas que forman parte del sistema se da exclusivamente en virtud de los criterios provistos por la regla de reconocimiento. Lo anterior sugiere que una regla forma parte de un determinado sistema (es válida), *si y sólo si* satisface por lo menos una de las propiedades (criterios) establecidas por la regla de reconocimiento.

Según Andrei Marmor (1998), ha sido esta tesis conceptual de que es exhaustiva respecto de la noción de validez jurídica la que ha dado lugar a más críticas dentro de la explicación hartiana de la regla de reconocimiento. Ronald Dworkin (1967), por ejemplo, ha señalado la incorrección de la tesis alegando que los sistemas jurídicos incluyen normas cuya validez no se desprende de su satisfacción a alguno de los criterios señalados por una regla tal. Otra fuente relativamente común de crítica en contra de la teoría de Hart tiene que ver con la caracterización de la regla de reconocimiento como una regla social. En sentido estricto, la objeción de autores

como Joseph Raz (1999, pp. 53-58), y una vez más Ronald Dworkin (1972), se concentra en mostrar la incorrección de la teoría práctica de las reglas sociales.

1.3. Críticas a la teoría hartiana de las reglas sociales

Pocas teorías han provocado tanta controversia en el campo de la filosofía del derecho como la teoría de Hart. Como hemos anunciado, la caracterización de la regla de reconocimiento ha sido el objetivo de gran parte de las críticas más severas e interesantes en contra de la teoría. Aunque de maneras distintas, Joseph Raz y Ronald Dworkin han impuesto los que posiblemente sean los retos más agudos en contra de la teoría hartiana del derecho. En general, la crítica de estos autores apunta hacia la incapacidad de Hart para explicar el carácter normativo de la regla de reconocimiento y su diferencia con una razón para la acción generalmente aceptada.

En primer lugar, y de acuerdo con Raz (1999, pp. 55-56), la teoría de Hart es incapaz de distinguir entre una instancia de *seguir una regla* y una instancia de *actuar sobre una razón generalmente aceptada*.¹⁵ Si bien es cierto, como afirma Hart, que las reglas dan a los individuos razones para actuar de una u otra manera, también lo es que esperamos que dichas razones sean de un tipo especial. Decir que un sujeto *X* realiza la acción *A* porque existe una regla *R* que así lo exige, es distinto a decir de *X* que realiza *A* porque tiene una razón ordinaria *r* para hacerlo, incluso si *r* es una razón aceptada generalmente por los miembros de la comunidad a la que *X* pertenece.

¹⁵ Para entender mejor esta objeción es conveniente observar también el trabajo de Sánchez Brígido (2010, cap. 2).

Recordemos que para Hart una regla social existe si la mayoría de miembros de una comunidad *actúa* de conformidad con ella y además la *acepta*. La aceptación implica dos elementos: que la regla provee *alguna* razón para la acción (sirve de guía a la conducta propia), y que la existencia de la regla es una razón que justifica la crítica en contra de las desviaciones en el comportamiento.

Desafortunadamente para Hart esta caracterización es compatible con escenarios en los que las acciones de los miembros de una comunidad son guiadas por una razón ordinaria aceptada por la mayoría. En una situación así, los individuos *aceptan* y *actúan* de conformidad con un cierto estándar de comportamiento que, no obstante, no es una regla. Un ejemplo es el siguiente. Imaginemos que en un grupo de amigos aficionados al mismo equipo de fútbol, cada uno (al menos la mayoría) cree que *debe*¹⁶ vestir la camiseta del equipo cada vez que se reúnen para ver un partido. Vestir la camiseta es algo que de hecho hacen y que además *aceptan*: creen que tienen una razón para hacerlo y demuestran una actitud crítica hacia aquellos que deciden vestir una camiseta distinta durante las reuniones. Sin embargo, como afirma Raz, es todavía posible para ellos pensar que no existe regla alguna guiando su comportamiento. Su creencia más bien es que vestir la camiseta es algo positivo.¹⁷ Es decir, los amigos podrían creer que tienen una buena razón

¹⁶ La palabra *deber* aparece aquí porque, como advierte Raz (1999, p. 56), parte de la confusión que lleva a pensar que algunas razones generalmente aceptadas son en realidad reglas se deriva del hecho de que el verbo *deber* (*ought*) es suficientemente ambiguo. Así, es claro que no se está frente a una regla por la sola aparición del verbo en cuestión. Como sea, la idea de fondo en el argumento es que aunque todas las reglas constituyen razones para la acción, no todas las razones para la acción son reglas y la teoría práctica de las reglas sociales es insensible a esta diferencia.

¹⁷ De acuerdo con una doctrina ampliamente aceptada (Raz 1999, cap. 2) es posible distinguir entre la existencia de una regla y la creencia de una persona acerca de la existencia de una regla. Sin embargo, no parece haber problema en aceptar que la creencia de una persona sobre la existencia de una regla es evidencia suficiente de que la regla *existe*, es decir, de que juega un papel determinado en su razonamiento práctico.

para comportarse de determinada manera, sin pensar que esa razón está dada por la existencia de una regla.

Al ser incapaz de diferenciar entre instancias de *seguir una regla y actuar con base en una razón generalmente aceptada*, se hace difícil para la teoría de Hart afirmar la existencia de reglas de reconocimiento. Pues, en lugar de actuar sobre la base de una regla (de reconocimiento) la comunidad relevante podría estar actuando en virtud de la aceptación generalizada de una razón ordinaria. Así, podríamos decir que la visión de Hart sobre las reglas sociales, aunque correcta al señalar que las reglas dan razones para la acción, es incompleta al no dar cuenta del tipo de razón especial que ellas constituyen.

La segunda crítica en contra de la teoría práctica de las reglas sociales es aún más severa: la teoría falla porque priva a las reglas de su carácter normativo. En la formulación de Raz (1999, pp. 56-58), las prácticas sociales no son necesariamente razones para la acción, pero las reglas sí. Aunque Hart no es del todo claro, según Raz la teoría práctica de las reglas sociales parece sugerir: 1) que enunciados del tipo "debo hacer X" y "existe una regla que me obliga a hacer X" expresan exactamente la misma declaración y 2) que ambos presuponen necesariamente la existencia de una práctica. Así, la idea de Hart es que los enunciados acerca de reglas (*rule sentences*) como los anteriores, son utilizados para expresar declaraciones normativas¹⁸ (*normative statements*); sin embargo, esta clase de enunciados no siempre son

¹⁸ Las declaraciones normativas pueden entenderse como declaraciones acerca de lo que uno *debe* o *no debe* hacer, o como declaraciones acerca de la existencia de una razón para actuar de una u otra forma. El problema al que dan lugar este tipo de declaraciones es que al parecer en el lenguaje ordinario no siempre se utiliza el verbo "deber" para invocar una regla, en ocasiones lo utilizamos simplemente para declarar que tenemos razones para hacer algo. En otras palabras, las declaraciones normativas declaran la existencia de una razón para la acción que puede o no ser una regla, pero no son una declaración de la regla misma. (Ver cita 16).

declaraciones de una razón para la acción (*statements of a reason*). En otras palabras, los enunciados acerca de reglas en la teoría hartiana son declaraciones de que *existe* una razón para la acción, pero no declaraciones de la razón misma.

Un inconveniente aun más serio que el anterior según Raz es que para la teoría de Hart la existencia de una regla es irrelevante al contenido normativo de una declaración normativa. Como hemos dicho para Hart no existe diferencia entre un enunciado como "es una regla que" y otro como "yo debo...", dado que ambos expresan la misma declaración. Puesto que un enunciado como "yo debo..." podría en realidad ser utilizado para declarar la existencia de una razón ordinaria para la acción y otro como "es una regla que.." podría declarar de hecho la existencia de una regla, se sigue que la existencia de una regla es irrelevante para el contenido normativo de la única declaración expresada por ambos enunciados. En otras palabras, dado que ambos tipos de enunciados expresan una misma declaración normativa sin importar que unos refieran la existencia de reglas y otros no, la existencia de reglas es irrelevante para dotar de contenido normativo a dicha declaración. Para dotar de contenido normativo a una declaración en la teoría de Hart parece suficiente que exista una razón para la acción sin importar de qué tipo sea ésta.

Aunque de forma distinta, Dworkin (1972, pp. 857-868) también afirmó que la manera en la que la teoría práctica de las reglas sociales daba cuenta de la normatividad, era defectuosa. Para Dworkin esto era una consecuencia de la incapacidad de la teoría para distinguir entre dos tipos de moralidad, una a la que llamó "concurrente" (*concurrent morality*) y otra a la que llamó "convencional" (*conventional morality*). La moralidad concurrente se muestra cuando, pese a que entre los miembros de una comunidad existe un acuerdo sobre la manera de formular una regla, tal acuerdo no es tomado en cuenta como parte esencial de la formulación. Por el

contrario, en los casos de moral convencional el acuerdo es condición necesaria al formular la regla. Dicho de forma distinta, la creencia de los miembros de que la existencia de una cierta práctica es condición necesaria de la existencia de una regla es característica de los casos de moral convencional, mientras que en la moral concurrente la creencia de los miembros de que existe una regla no requiere que la gente la practique o no. El caso de un automovilista que piensa que tiene el deber de conducir su auto por el lado derecho del camino pero que no tendría dicho deber si los demás no hiciesen lo mismo, es un ejemplo de moral convencional. La persona que cree que existe el deber de no mentir pese a que la gente miente en los hechos, ejemplifica la moral concurrente. Los casos de moral concurrente nos dan instancias de reglas que imponen deberes, pero que para ello no necesitan ser practicadas. Así, la teoría de Hart, afirma Dworkin, podría dar cuenta de los casos de moral convencional, pero no de los casos de moral concurrente. La teoría práctica de las reglas sociales falla al no poder dar cuenta de la normatividad de reglas distintas a las reglas convencionales.

Estas críticas tuvieron efecto en el pensamiento de Hart, quien respondió concediendo a algunas de ellas. Sin duda, una de las modificaciones más significativas que Hart añadió a su propuesta original fue la de concebir a la regla de reconocimiento como una regla social convencional.

2. EL GIRO CONVENCIONALISTA

Como una respuesta a algunas de las críticas a las que su teoría había dado lugar durante poco más de tres décadas, en particular, como una respuesta a la distinción que Dworkin había trazado entre moral concurrente y convencional, Hart decidió finalmente adoptar en el Postscript a la segunda edición de *The Concept of Law* el

llamado "giro convencionalista".¹⁹ Básicamente, Hart reconocía que su teoría práctica de las reglas sociales era incompleta, limitada a explicar exclusivamente los casos de prácticas sociales convencionales. No obstante, esto no suponía el fracaso de la teoría hartiana del derecho sino una modificación sustancial: la regla de reconocimiento habría de ser entendida como una regla convencional y no más como una simple regla social. Haciendo este cambio los problemas relacionados con la normatividad debían quedar resueltos.

En esta nueva concepción de la teoría (Hart 19994, p. 255) una regla es una práctica social convencional si la conformidad generalizada que un grupo muestra hacia ella es parte de la razón que cada individuo tiene para aceptarla. En un trabajo relativamente reciente (Dickson 2007, pp. 376-379) se ha dicho que la diferencia que esto supone respecto de lo planteado por Hart en *The Concept of Law* consiste en que, mientras en el texto original la presencia de la práctica social entre los servidores públicos de identificar normas válidas de acuerdo a ciertos criterios era una condición necesaria de la existencia de una regla de reconocimiento, en la versión convencionalista dicha práctica es además una de las razones que cada individuo tiene para aceptar y seguir la regla. Vale la pena mencionar que en la versión original Hart había sostenido que cada servidor público podía tener razones para seguir la regla de reconocimiento distintas a las de los demás, no obstante en la versión modificada la práctica común concede a cada individuo una razón (común) para actuar de conformidad con la regla.

Pese a lo importante que una modificación a su teoría como ésta podría parecer, Hart (1994, pp. 254-258) no dedicó más que un par de párrafos en los apartados tres

¹⁹ El término es empleado por Green (1999, p. 41).

y cuatro del Postscript a introducir y desarrollar la idea de que la regla de reconocimiento debe ser entendida como una regla convencional.

Aunque diversos autores como Leslie Green (1999) o Julie Dickson (2007) han puesto en duda que el compromiso de Hart con el convencionalismo haya sido genuino, es innegable que en la actualidad una de las estrategias más concurridas para mantener al positivismo dentro de la discusión jurídico-filosófica ha sido la de adoptar una interpretación convencionalista de las reglas de reconocimiento.

Como hemos advertido antes, este intento por explicar los fundamentos del derecho en términos de una regla convencional es una de las maneras en las que el positivismo contemporáneo ha intentado responder a un problema clásico dentro de la teoría jurídica. En la búsqueda por una explicación de la validez legal, es decir, de la forma que tienen las normas en el derecho de adquirir su carácter autoritativo o vinculante o su pertenencia a un sistema, nos enfrentamos necesariamente al siguiente dilema: o bien aceptamos que la validez de cada norma jurídica es dada por otras normas (ya sean jurídicas o morales), o bien concedemos que se deriva de un hecho en el mundo. La primera opción falla para el positivista porque en caso de apelar a otras normas jurídicas conduce a una circularidad viciosa, y en caso de apelar a normas de la moral se abandona el positivismo. La segunda opción también es deficiente, pues es difícil ver cómo un simple hecho podría validar una norma; por ejemplo, cómo el simple acto de un sujeto A *ordenando* a otro sujeto B realizar la conducta C podría dar lugar al surgimiento de ciertos derechos y obligaciones.

Para responder a este problema, los positivistas contemporáneos han rechazado la idea de que las normas jurídicas o morales y los hechos del mundo agotan toda explicación posible sobre los fundamentos del derecho. Sostienen que existe

una tercera opción, a saber, la esfera de los hechos sociales. Dentro de esta esfera se encuentran las llamadas normas sociales, las cuales, según el canon positivista, poseen un tipo de normatividad propia e independiente a aquella de la moral. Así, el positivista sostiene que a la base de la normatividad jurídica se encuentran normas de tipo social.

Por su parte, para el convencionalista las convenciones representan el tipo particular de norma social sobre el cual descansa la validez jurídica de todo ordenamiento legal. Como hemos dicho, para autores como Jules Coleman (2001b, p. 354) el convencionalismo contemporáneo se caracteriza por su compromiso con la tesis de que la explicación sobre la posibilidad de la autoridad jurídica se da en términos de la práctica social convencional de los servidores públicos de adherirse a una regla de reconocimiento que impone en ellos el deber de aplicar todas y exclusivamente las normas identificadas por ella.

Típicamente, las teorías jurídicas contemporáneas de corte convencionalista se presentan como una reelaboración de la propuesta de Hart. A pesar de que el objetivo común de estas teorías es perfeccionar la afirmación de que la regla de reconocimiento es una práctica social convencional, la manera de caracterizar a las convenciones ha sido objeto de constante desacuerdo entre los defensores del convencionalismo. Existen en el debate contemporáneo al menos dos maneras distintas en las que se ha dado cuenta de las convenciones sociales. Por un lado, teóricos como Gerald Postema (1982), Chaim Gans (1981) y John Finnis (2011b) sostienen una explicación coordinativa de las convenciones sociales inspirada principalmente en el trabajo de David Lewis (2002) y Eerik Lagerspetz (1995). En segundo lugar, Andrei Marmor (2009) concentra su descripción de la regla de reconocimiento en una

distinción entre convenciones constitutivas y convenciones regulativas.²⁰ Si bien es posible que las anteriores no agoten la totalidad de visiones al interior del convencionalismo jurídico, no parece exagerado afirmar que han sido estas dos las de mayor influencia en el debate actual.

2.1 El enfoque coordinativo

Uno de los primeros intentos por rescatar la tesis hartiana de la regla de reconocimiento afirmando su naturaleza convencional es el de Gerald Postema en su artículo *Coordination and Convention at the Foundations of Law*. En él, Postema presentó una interpretación coordinativa de las convenciones basada en la teoría del filósofo estadounidense David Lewis. Por esta razón, es conveniente comenzar revisando, aunque no de manera exhaustiva, la teoría Lewisiana de las convenciones.

En 1969 se publicó *Convention: A Philosophical Study* de David Lewis. Utilizando el marco conceptual de la teoría de juegos, Lewis defendía en este libro la tesis de que el lenguaje se rige convencionalmente. De manera preliminar diremos que para Lewis una convención es una regularidad en el comportamiento de los miembros de una cierta comunidad cada vez que se encuentran frente a una situación recurrente de acuerdo a una estructura determinada de preferencias. Lewis denomina "problemas de coordinación" (*coordination problems*) a tales situaciones. Así, en pocas

²⁰ Algunos autores como Dimitros Kristis (2008) o Sánchez Brígido (2010) caracterizan a las teorías de Scott Shapiro (2011) y Christopher Kutz (2000) como una forma distinta de convencionalismo. Según Kristis y Sánchez Brígido estas teorías, inspiradas por los escritos de Michael Bratman (1999), describen a las convenciones en el derecho como actividades conjuntas. En este trabajo omitiremos la sugerencia de Kristis y Sánchez Brígido dada la dificultad que hay en vincular la caracterización más reciente de plan o actividad conjunta propuesta por Shapiro (2011) y la noción de convención.

palabras, podemos decir que las convenciones son una forma de solucionar algunos problemas de coordinación.

Los problemas de coordinación pueden entenderse con mayor precisión como situaciones no triviales de decisión a las que se enfrentan agentes racionales²¹ con intereses predominantemente coincidentes. Un ejemplo bien conocido es el siguiente: mientras dos sujetos sostienen una conversación vía telefónica, la comunicación se interrumpe debido a una falla en la conexión. Ambos desean continuar la llamada. No es buena idea que ambos marquen de nuevo, puesto que los dos obtendrían una línea ocupada. Al mismo tiempo, es una mala idea que ambos esperen a que el otro llame. Dado que los dos tienen la expectativa de que alguno (pero sólo uno) llame otra vez, ambos deben de alguna forma decidir qué hacer. Lewis (2002, cap. 1) introduce su análisis de los problemas de coordinación con una serie de ejemplos de este tipo.

Uno de los rasgos característicos que Lewis atribuye a los problemas de coordinación consiste en que, en una situación como ésta, dos o más agentes deben elegir un curso de acción entre una pluralidad de opciones disponibles. Esto es, los problemas de coordinación plantean situaciones no triviales.

²¹ Margaret Gilbert (1989, p. 321) afirma que aunque la discusión en torno al concepto de racionalidad es una de las que más polémica ha generado históricamente en filosofía, Lewis optó por la versión minimalista propuesta por la teoría de juegos según la cual un agente es racional si ostenta los siguientes atributos: 1) Ser un razonador perfecto. Esto es, dada la información disponible, los agentes no cometerían errores al inferir. 2) Actuar conforme al dictado de la razón. Si de acuerdo con la razón existe un curso de acción correcto, los agentes racionales lo seguirían. 3) Cada agente busca siempre hacer lo mejor posible de acuerdo con una escala individual de resultados deseados. 4) Los agentes racionales deciden con total libertad cuando la razón no dicta una opción específica.

Por otro lado, al enfrentar un problema de estos, las acciones de cada agente determinan los resultados que todos los agentes desean producir o evitar mediante sus actos. En otras palabras, el resultado de cualquier acción elegida por un agente depende de las acciones de los demás. Según Lewis, ésta es la razón por la cual los agentes deben elegir sus cursos de acción en virtud de las expectativas que tienen acerca del comportamiento ajeno.

Otra característica importante que según Lewis poseen los problemas de coordinación es la coincidencia de interés, es importante señalar que ésta debe ser predominante. Es decir, en la búsqueda por una solución a un problema de coordinación los agentes tienen el interés común de que todos, entre el conjunto de acciones disponibles, hagan una y la misma cosa.

Lewis (2002, p. 24) define entonces a los problemas de coordinación como "situaciones de decisión interdependientes que deben llevar a cabo dos o más agentes en las cuales predomina una coincidencia de intereses y en las que existen dos o más equilibrios de coordinación".²²

Un equilibrio de coordinación (*proper coordination equilibrium*) es una combinación posible de acciones de los agentes tal que ningún agente habría obtenido un mejor resultado si alguien (ya sea él mismo o alguien más) hubiese actuado de forma distinta.²³ Es decir, los agentes prefieren que si todos actúan de cierta forma, entonces cada uno actúe de esa forma. Dos equilibrios de coordinación a los que da lugar nuestro ejemplo anterior son: 1) la persona que llamó originalmente llama

²² La traducción es nuestra.

²³ Esta formulación es de Margaret Gilbert (1989, p. 324).

de nuevo y el otro espera. 2) La persona que llamó originalmente espera y el otro llama.

De acuerdo con Lewis, los problemas de coordinación pueden dar lugar a un sistema de preferencias capaz de mantenerse a sí mismo a través del tiempo. A partir de este hecho Lewis construye su definición de convención.²⁴ El primer paso al definir qué son las convenciones consiste en demostrar cómo es posible que los agentes racionales terminen todos realizando su parte dentro de un equilibrio coordinativo. Para ello, la construcción de expectativas mutuas acerca del comportamiento de otros es fundamental. Cada agente desarrolla expectativas acerca del comportamiento de todos los demás con base en su capacidad (del agente) para replicar su razonamiento práctico (de los demás) y así sus cursos de acción posible (de los demás). Para esto, se debe tener conocimiento de las creencias acerca de los hechos que determinan los resultados probables de las acciones ajenas, además de las preferencias entre la variedad de resultados posibles; por último, se debe saber que los demás poseen un mínimo de razonamiento práctico. Como hemos dicho, uno de los hechos que determinan los resultados posibles de las acciones de un agente, según Lewis, son las acciones de otros agentes. Así, a fin de descubrir el curso de acción probable de los demás, es necesario que cada agente descifre lo que los demás esperan que él haga, y así es como se da lugar a un sistema de expectativas mutuas entre los agentes.

Aunque Lewis reconoce que una forma de llegar a dicho sistema de expectativas es el acuerdo, está interesado en mostrar que lo mismo podemos lograr a través

²⁴ Lewis proporciona dos definiciones de convención que por razón de espacio omitiré mencionar explícitamente en este trabajo. Si el lector está interesado en la definición puede revisar Lewis (2002, pp. 42 y 78).

del precedente. La idea es que podemos resolver un problema de coordinación actual a través de nuestro comportamiento coordinativo si compartimos haber estado en contacto con un caso pasado similar resuelto a través de dicho comportamiento. En el momento en el que *optamos* (albergamos expectativas mutuas de conformidad) por actuar siguiendo este comportamiento pasado y no otro, surge una convención que nos permite enfrentar un problema de coordinación cada vez que éste se presenta en el futuro.

Uno de los puntos más importantes en la explicación coordinativa de las convenciones de Lewis es que cada agente realiza su parte dentro de un equilibrio coordinativo porque espera que todos los demás hagan lo mismo y éstos de hecho lo hacen. Con mayor precisión, siempre que la preferencia de cada agente a actuar de conformidad con la acción de los demás esté condicionada por el comportamiento conforme de los demás, la acción conforme de todos producirá una expectativa de conformidad y la expectativa de conformidad producirá acción conforme. Sin ser una definición, podemos decir entonces que de acuerdo al enfoque coordinativo las convenciones son regularidades en el comportamiento de los agentes frente a situaciones recurrentes que requieren acción coordinada, donde la conformidad general y la necesidad de coordinación son conocimiento común.²⁵ Esta es la idea que servirá de modelo a las explicaciones coordinativas de las convenciones en el debate sobre la regla de reconocimiento.

Con estas ideas en mente Gerald Postema (1982, p. 176) define a las convenciones sociales de la siguiente manera:

²⁵ Ver Postema (1982).

Una regularidad R en el comportamiento de las personas de una población P en una situación recurrente S es una *convención* si y solo si en cada instancia de S :

(1) hay conocimiento común en P de que

- (a) en P hay conformidad general hacia R ;
- (b) la mayoría de miembros de P esperan que la mayoría de los otros miembros de P actúen de conformidad con R ;
- (c) casi todos los miembros de P prefieren que todos los demás actúen de conformidad a que no actúen de conformidad con alguna regularidad de comportamiento en S , dada la conformidad general hacia tal regularidad;
- (d) casi todos los miembros de P prefieren que exista conformidad general hacia alguna regularidad de comportamiento a que no exista conformidad general (*i. e.* conformidad general hacia la no regularidad);

(2) parte de la razón que tienen los miembros de P para actuar de conformidad con R en S es que se cumplen las condiciones 1a-1d.²⁶

Existen, según Postema, al menos cuatro características esenciales de las convenciones implicadas por esta definición. La primera es que las convenciones surgen a partir del reconocimiento común de la necesidad por coordinar el comportamiento y un sistema de expectativas mutuas. Es decir, las convenciones no son simples regularidades en la conducta de los agentes, sino regularidades con un

²⁶ La traducción es nuestra.

origen particular. En segundo lugar, las convenciones no excluyen la posibilidad de que algunos de sus miembros puedan tener razones independientes a la convención para actuar de conformidad con ella. Lo único que la definición requiere es que la conformidad general sea significativamente valiosa para las partes de modo que su ausencia les provea con una razón para no realizar la acción en cuestión. Además, las convenciones pueden ser codificadas. Sin embargo, aunque su formulación explícita puede redituarse en una mayor eficiencia del comportamiento coordinativo, no es necesaria. Por último, las convenciones pueden perdurar en el tiempo con independencia al hecho que las originó y al carácter moral de la acción en cuestión. La única condición requerida para que las convenciones prolonguen su existencia y su carácter vinculante es la actualidad del éxito con el que resuelven el problema de coordinación que enfrentan.

Recordemos que uno de los objetivos de las reinterpretaciones convencionalistas de la regla de reconocimiento es superar la crítica según la cual la regla de reconocimiento es incapaz de generar la obligación de seguirla entre los servidores públicos. Para Postema el punto de partida en una explicación sobre el carácter vinculante de las convenciones es el hecho de que cada agente espera que los demás actúen de una forma determinada, en parte porque sabe que todos los demás esperan lo mismo de él y la confianza que, incluso en contra de su propio interés, cada uno tiene en estas expectativas. Es decir, la normatividad de las convenciones se explica, en principio, por la presencia de lo que antes hemos llamado un esquema común de expectativas mutuas y la confianza que los agentes tienen en ellas.

De acuerdo con Postema, existen dos contextos en los que el surgimiento de expectativas puede conducir a la generación de obligaciones. El primero se da cuando la confianza es inducida. Esto es, cuando a partir de una declaración unilateral un

agente genera en los demás una expectativa acerca de su comportamiento futuro en virtud de la cual ellos *ajustan* sus cursos de acción. El segundo, cuando las circunstancias bajo las cuales emergen las expectativas son análogas a las de una empresa de cooperación para el beneficio mutuo en la que rigen los principios del *juego limpio*.²⁷ De acuerdo con Postema, los casos como el primero son poco frecuentes en el surgimiento de obligaciones convencionales. Por el contrario, parece difícil negar que al solucionar eficaz y sostenidamente determinados problemas de coordinación recurrentes, las convenciones definen un patrón de comportamiento para el beneficio mutuo cuyo éxito depende de que cada miembro haga su *justa* parte. De este modo, los agentes no sólo tienen una (buena) razón para actuar de conformidad con el patrón de comportamiento impuesto por la convención, sino la obligación de hacerlo.

Para Postema, el derecho es un fenómeno de naturaleza convencional gracias a su capacidad para solucionar ciertos problemas de coordinación. Así, el primer objetivo de su teoría es mostrar que este tipo de situaciones existe al interior de la práctica legal. Para él, los problemas de coordinación que justifican la aplicación de la teoría coordinativa de las convenciones al caso jurídico surgen en tres niveles. En el primer nivel los problemas de coordinación emergen con independencia al derecho, aunque el derecho es usado comúnmente para solucionarlos. En los niveles dos y tres los problemas surgen como consecuencia de la actividad adjudicativa de los servidores públicos. En el nivel dos los problemas se dan entre ciudadanos ordinarios y servidores públicos y en el tres, entre estos últimos. En pocas palabras, el objetivo principal de la teoría de Postema es mostrar que en las sociedades orga-

²⁷ Postema (1982, p. 180) no define este principio, ni explica su procedencia. Aparentemente es suficiente para el éxito de su empresa que utilicemos una noción intuitiva acerca de las exigencias que impone el también llamado Fair Play.

nizadas por un sistema jurídico existen problemas de coordinación de segundo y tercer nivel, razón por la cual describir a la interacción social en el contexto de la práctica jurídica como un conjunto de problemas persistentes de coordinación no es una equivocación.

Como hemos advertido, las situaciones que surgen en el primer nivel no son creadas estrictamente por los ordenamientos jurídicos o los funcionarios encargados de aplicarlos. Por el contrario, son escenarios que emergen en el curso ordinario de la vida social y para los que, en ocasiones, el derecho puede proveer soluciones. Imaginemos una sociedad en la que existen autos y carreteras pero no una convención acerca del lado en el camino que los conductores deben ocupar. Cuando dos conductores manejando en direcciones opuestas se encuentran de frente, surge un problema que requiere coordinación en sus acciones. No parece haber equivocación en asumir que ambos podrían ser indiferentes a utilizar cualquier lado del camino, pero preferir sólo una combinación de sus actos entre la pluralidad de opciones disponibles. Si el intento de los conductores por coordinar su comportamiento fracasa y tiene lugar un accidente, es de esperarse que la atribución de responsabilidad dé lugar a una disputa.

Según Postema, al llegar un asunto como éste ante una corte una de las preguntas más pertinentes que el juez podría plantearse a fin de encontrar al responsable es ¿qué podríamos haber esperado de un hombre razonable de ordinaria prudencia? Aparentemente, una buena manera de dar respuesta a esta pregunta requiere la aplicación del enfoque coordinativo sobre las convenciones sociales. Esto es, para responder el juez deberá intentar reconstruir los razonamientos que ambos sujetos debieron haber llevado a cabo de conformidad con las expectativas que regularmente podrían formularse sobre un agente de *ordinaria razón y prudencia*. Aplicando las

ideas del enfoque coordinativo, el juez está en condiciones de atribuir responsabilidad a quien haya fallado en hacer, dadas las expectativas de los agentes, lo que pudo haberse esperado de una persona razonable en tal circunstancia. Gracias a esta teoría, el juez puede saber cual pudo haber sido la solución adecuada al problema y así juzgar quien falló en alcanzarla.

Vale la pena mencionar que para Postema la atribución de responsabilidad en este contexto no es en modo alguno retroactiva. Incluso en estas circunstancias en las que no existe una regla anterior, la aplicación del enfoque coordinativo al atribuir responsabilidades no implica la aplicación de una regla nueva a un caso antiguo. De acuerdo con Postema, utilizar la teoría coordinativa más bien provee a los jueces con un modelo adjudicativo de buena fe para solucionar casos *no previstos*. Al utilizar el enfoque coordinativo de este modo no es necesario decir que los jueces han hecho una nueva regla para justificar su decisión en el caso actual, así como tampoco es necesario decir que la decisión del juez debe ser tomada como un acto legislativo para resolver casos futuros. De hecho, según Postema, los casos así resueltos no son diferentes en esencia a los casos *regulados* en los que las expectativas se concentran en las reglas preexistentes. La estructura del contexto del razonamiento práctico y las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta por los jueces son las mismas. En otras palabras, la única diferencia entre casos regulados y no regulados es que, al pronunciarse sobre un asunto, en lugar de tomar en cuenta las expectativas que se pudieron haber generado sobre el comportamiento de un hombre razonable de ordinaria prudencia como pasa en los casos del segundo tipo, en los casos regulados los jueces *esperan* que las partes tomen a las reglas preexistentes como guías para su comportamiento, pues en ellos la regla es el elemento más importante dentro del contexto deliberativo del razonamiento práctico.

En su análisis de los niveles dos y tres, el objetivo de Postema es mostrar que las actividades de identificación, aplicación e interpretación de normas que llevan a cabo los servidores públicos (*officials*) y las personas sujetas al derecho (*legal subjects*) consisten esencialmente en un entramado de problemas de coordinación interrelacionados y recurrentes.

El segundo nivel en el que pueden surgir problemas de coordinación al interior de la práctica jurídica tiene que ver con la función del derecho de *facilitar* o *asegurar* la solución de problemas del primer nivel. Las reglas, estatutos, y demás contenidos normativos en el derecho están dirigidos, al menos parcialmente, a ser el centro de atención de las expectativas que sostienen las partes cuando se encuentran inmersos en determinados patrones complejos de interacción social. A diferencia del anterior, en este nivel los problemas de coordinación son consecuencia de la pretensión del derecho de funcionar como una guía en el comportamiento social de los sujetos mediante reglas, proporcionándoles razones (normativas) para la acción. De este modo, se dice que esta segunda clase de situaciones en las que los agentes intentan alcanzar la coordinación de sus actos tiene como escenario las relaciones entre jueces y ciudadanos ordinarios.

Postema afirma que todos los elementos de la interacción social que antes señaló para los problemas de coordinación son característicos también de las relaciones entre las personas sujetas al derecho (*law-subjects*) y los jueces. En primer lugar, los ciudadanos ordinarios deciden qué acciones realizar o abstenerse de realizar en relación a un contexto jurídico, en virtud de las expectativas que consideran impuestas sobre ellos por las normas del ordenamiento. Para cada individuo sujeto al derecho la manera de entender estas expectativas depende de sus propias expectativas acerca de la forma en la que los servidores públicos habrán de interpretar las normas. En segundo lugar, a fin de articular y comunicar con eficiencia el con-

tenido del derecho, al momento de interpretar las normas jurídicas, los jueces deben tomar en cuenta las creencias que los sujetos al derecho tienen sobre la aplicación. En pocas palabras, existe una interdependencia importante entre la manera de entender al derecho por parte de las personas ordinarias y aquella de los jueces.²⁸ Sin embargo, esta interdependencia no significa simetría de la relación juez-ciudadano ordinario. El carácter autoritativo de la interpretación normativa que llevan a cabo los jueces pero no los sujetos comunes coloca a unos en una posición de privilegio con respecto a los otros.

Para Postema, es correcto afirmar que esta interdependencia entre los actos de identificación y aplicación de las normas de jueces y ciudadanos, aunque no de manera suficiente, deja ver una forma compleja de interacción estratégica demandando actividad social coordinada. No obstante, para mostrar cómo situaciones como estas pueden ser descritas sin error como problemas de coordinación es necesario todavía mostrar que la estructura de las preferencias de las partes es la estructura característica de los problemas de coordinación. En otras palabras, interdependencia y analogía en el esquema de preferencias son condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para mostrar que las situaciones de decisión descritas en el segundo nivel son de hecho problemas de coordinación en el sentido empleado por el enfoque coordinativo de las convenciones sociales. Postema sostiene que la existencia de un sistema común de preferencias mutuas para los casos de decisión que surgen entre jueces y ciudadanos ordinarios es fácil de demostrar. Según él, aparentemente jueces y ciudadanos prefieren coincidir en sus interpreta-

²⁸ Postema (1982, pp. 190-193) advierte que, aunque la idea de que el entendimiento de los ciudadanos ordinarios sobre el derecho está condicionado por la actividad judicial podría parecer poco controvertible, éste no es el caso al afirmar que, al interpretar las normas, la manera de entender al derecho de los jueces es también interdependiente. De cualquier modo, para Postema negar lo segundo implicaría rechazar o bien la tesis del hecho social o bien la tesis de la normatividad del derecho.

ciones sobre el derecho en lugar de no coincidir. Es decir, de entre una pluralidad disponible de interpretaciones distintas del contenido normativo, las partes prefieren una en particular, solamente si la otra parte la prefiere también. Los sujetos ordinarios buscan coordinar su interpretación de las normas con la de los jueces porque le interesa vivir dentro del derecho, o buscan el bien común, o buscan alcanzar sus intereses individuales aprovechando las facilidades que pone a su disposición el derecho, o evitar las sanciones legales, etc. Por su parte, los jueces buscan la coordinación por que tienen la tarea de hacer efectivo al derecho. Es difícil ver como un ciudadano incapaz de interpretar la ley de una forma al menos similar a la interpretación oficial puede guiar su conducta de conformidad con ella. Si bien es cierto que las preferencias que conducen al ciudadano hacia la coordinación son de carácter *personal*, mientras las del juez son más bien *profesionales*, no parece equivocado afirmar que esta situación satisface todas las condiciones que definen a los problemas de coordinación.

Por último, las situaciones que requieren un tercer nivel de coordinación dentro de la práctica jurídica surgen, de acuerdo Postema, como consecuencia de la pluralidad de entidades que conforman la judicatura. Aparentemente la identificación y aplicación de normas en el derecho no puede regirse por los intereses o motivaciones individuales de cada juez. De ser así, se condenaría a los sistemas jurídicos a una profunda ineficiencia al momento de perseguir una de sus principales finalidades, a saber, servir a las personas como guías de conducta. De este modo, es necesario que los jueces, cortes y otros organismos involucrados en la repartición de justicia coordinen sus actividades de aplicación y reconocimiento de las normas legales. De acuerdo con Postema, la coordinación entre distintos miembros de la judicatura debe acercarse lo más posible a una norma de coherencia institucional (*institutional coherence*), según la cual los actores involucrados en la actividad adju-

dicativa²⁹ deben seguir un patrón que dé unidad a sus actos de identificación, aplicación e interpretación del contenido normativo.³⁰ Una vez más existe un esquema común de preferencias mutuas que da a los jueces una razón para actuar de conformidad con el comportamiento de sus colegas. Cada juez guía su actividad de identificación y aplicación de la ley en virtud de las expectativas que otros jueces tienen sobre su comportamiento y las expectativas que él mismo alberga sobre la labor de los otros. Así Postema parece haber demostrado que las actividades de identificación y aplicación del derecho entre los jueces tienen todas las características de un problema de coordinación.

Gracias a un enfoque convencionalista como éste, es posible proporcionar un argumento aparentemente satisfactorio en favor de la tesis de que existe en el derecho la obligación judicial de identificar y aplicar exclusivamente aquellas normas que satisfacen ciertos criterios. En otras palabras, Postema parece haber demostrado que la regla de reconocimiento hartiana es capaz de imponer obligaciones. Para Postema, el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento queda resuelto si adoptamos una interpretación coordinativa de las convenciones sociales, pues como hemos visto las convenciones entendidas en estos términos son capaces de convertirse en patrones obligatorios de conducta.

Es preciso recordar aquí que para Hart en *The Concept of Law*, la regla de reconocimiento es una regla social y todas las reglas sociales constan de dos elementos. El aspecto externo tiene que ver con la práctica actual de un patrón determinado de

²⁹ La adjudicación debe entenderse aquí en un sentido muy amplio. Prácticamente como cualquier actividad de identificación, aplicación, o interpretación de normas legales. Llevada a cabo por alguna institución relacionada con la administración de justicia.

³⁰ La coherencia aquí debe entenderse como un intento por excluir la contradicción de resoluciones. (Véase Postema 1980, pp. 369-372).

conducta entre los miembros de una comunidad, mientras que el aspecto interno tiene que ver con una cierta actitud normativa hacia dicho patrón. La propuesta de Postema con respecto a la regla de reconocimiento es incluir como parte de la actitud normativa interna el conocimiento común de los jueces acerca de la existencia de un esquema común de expectativas mutuas. Dado que dichas expectativas surgen en un contexto de interacción estratégica, se genera para los jueces una razón para actuar de determinada manera. Es decir, dado que la actividad de identificación y aplicación de normas puede plantearse como un problema de coordinación y además existe una presión profesional significativa entre los jueces para alcanzar la coordinación de sus actos, la existencia de un esquema común de expectativas señalado por una cierta regularidad en el comportamiento judicial, genera la obligación para cada juez de seguir la práctica.

En conclusión, podemos decir que para Postema la regla de reconocimiento debe entenderse como una regla convencional. Es decir, como una regularidad R en el comportamiento de los servidores públicos y los ciudadanos ordinarios cada vez que se requiere la identificación de estándares jurídicos válidos, tal que, parte de la razón que la mayoría de ellos tiene para actuar de conformidad con R es que son conocimiento común: 1) que la mayoría de servidores públicos y ciudadanos ordinarios de hecho actúan de conformidad con R; y 2) que la mayoría de ciudadanos y servidores públicos esperan que los demás (al menos la mayoría) actúen de conformidad con R. Dicha regularidad consiste en la identificación de normas válidas de acuerdo a ciertos criterios.

2.2 Convenciones constitutivas

Una forma distinta de dar cuenta del carácter convencional de la regla de reconocimiento es la sugerida por Andrei Marmor (1996, 1998, y 2009). Para él, aunque es

claro que la teoría de Hart debía ser entendida desde el inicio en términos convencionalistas, es inadecuado al explicar las reglas de reconocimiento,³¹ adoptar la descripción de las convenciones propuesta por el enfoque coordinativo. Es falso que las reglas de reconocimiento sean regularidades en el comportamiento de los miembros de una comunidad con un esquema común de intereses, destinadas a solucionar problemas de coordinación recurrentes. Aunque esta explicación funciona para dar cuenta de un número importante de prácticas convencionales, falla al ocuparse de muchas otras, entre ellas las reglas de reconocimiento.

Esta propuesta (Marmor 1998) reconoce que los enfoques de corte Lewisiano rescatan adecuadamente dos características distintivas de las convenciones sociales, a saber, que son arbitrarias, y que regularmente pierden sentido cuando los individuos de una comunidad (al menos la mayoría) no las siguen. En términos generales, podemos entender a la arbitrariedad de la siguiente forma. Si una regla es una convención, debe existir una regla alternativa que los individuos pudieron haber seguido en su lugar, capaz de alcanzar el mismo propósito. Por otro lado, las convenciones se distinguen de otro tipo de reglas porque parte de la razón que cada individuo tiene para actuar de conformidad con ellas es el comportamiento conforme de los demás miembros de la comunidad. De acuerdo con Marmor, estos dos rasgos de las reglas convencionales se derivan de uno solo al que llama "convencionalidad" (*conventionality*). Marmor (2009, p.2) define a la convencionalidad de la siguiente manera:

Una regla, R, es convencional si, y sólo si, se cumplen todas las condiciones siguientes:

³¹ Una observación que comúnmente se ha hecho a la teoría hartiana consiste en afirmar la existencia de una pluralidad de reglas de reconocimiento en lugar de una sola. Marmor (1998) adopta esta visión pluralista.

1. Existe un grupo de gente, una población, P, que normalmente sigue R en las circunstancias C.
2. Existe una razón, o un conjunto de razones, llamémosle A, entre los miembros de P para seguir R en las circunstancias C.
3. Existe por lo menos otra regla posible, S, tal que si los miembros de P hubiesen actuado de hecho de conformidad con ella en las circunstancias C, entonces A habría sido una razón suficiente para los miembros de P para seguir S en lugar de R en las circunstancias C, al menos parcialmente, porque S es la regla generalmente seguida en lugar de R. Las reglas R y S son tales que es imposible cumplir con ambas en circunstancias C.³²

De acuerdo con Marmor, además de señalar la arbitrariedad y la necesidad de conformidad, esta definición es útil para ilustrar otras características que las reglas convencionales poseen. La condición uno, por ejemplo, apunta hacia el carácter social de las reglas convencionales. Aunque esto no es el caso para todas las reglas, las reglas sociales requieren para existir de su práctica actual entre los miembros de una comunidad. Si las convenciones son reglas sociales, entonces las convenciones necesitan ser practicadas por, al menos, la mayoría de los miembros de una comunidad.

La condición dos por su parte llama la atención sobre tres observaciones. La primera es la relación que existe entre las razones para la acción y determinados valores. Según Marmor, las razones para la acción, descritas típicamente como hechos en favor o en contra de realizar o abstenerse de realizar una conducta, se derivan con

³² La traducción es nuestra.

regularidad del hecho de que consideramos ciertas acciones como valiosas o útiles para alcanzar fines valiosos.³³ En segundo lugar, no es requerido por esta condición que los participantes sean conscientes de la razón que tienen para seguir la convención. Los participantes podrían seguir la regla por distintas razones (tal vez equivocadas) o incluso ignorar por completo la existencia de razón alguna. La idea de Marmor es que la convencionalidad de una regla es totalmente independiente de la concepción subjetiva de las razones para seguirla que tiene cada individuo que la sigue. La tercer observación sugiere que lo anterior debe entenderse también acerca del conocimiento que los individuos tienen sobre la naturaleza convencional de una regla. Es decir, para Marmor no es necesario que los miembros de una convención sepan que la regla que siguen es convencional.

Por último, la tercer condición explica qué quiere decir que las convenciones sean arbitrarias. Es importante señalar aquí que arbitrariedad no implica indiferencia. Es decir, la condición de arbitrariedad se satisface únicamente por la existencia de una pluralidad de reglas disponibles para las partes, capaces de satisfacer el mismo propósito. Esto es compatible con la afirmación de que entre las partes puede existir una preferencia hacia alguna de esas reglas en particular.

Como hemos advertido, aunque Marmor acepta que la teoría de Lewis explica satisfactoriamente un número importante de prácticas convencionales, descarta que esto sea el caso para las reglas fundamentales de un sistema jurídico. Al entender a las reglas de reconocimiento en términos del enfoque coordinativo surgen inmediatamente, según él, dos problemas. En primer lugar, es difícil aceptar que las reglas

³³ En una explicación como ésta (Marmor 2009, p. 5) no es necesario que el valor asociado a la acción sea moral.

de reconocimiento son arbitrarias de acuerdo con la descripción que hace de esta propiedad David Lewis. En segundo lugar, parece poco probable que las reglas de reconocimiento sean soluciones a problemas de coordinación recurrentes.

Si es verdad que las reglas de reconocimiento son fundamentales a cualquier sistema jurídico, entonces es difícil ver en qué sentido son arbitrarias, si arbitrariedad implica indiferencia, como parecía afirmar Lewis. Aceptar que los integrantes de un sistema legal cualquiera pudieran considerar arbitrarias a las reglas encargadas de identificar el derecho parece complicado, justamente por la importancia política que los miembros de cualquier sociedad suelen atribuir a la función de identificación jurídica. Es decir, la promulgación y aplicación de leyes es un asunto de tal relevancia social, que la elección, por ejemplo, de un sistema bicameral o un sistema subordinado de cortes especializadas, está muy lejos de haber sido producto de la indiferencia.

Por otro lado, en términos generales, es un error asumir que el origen de todas nuestras prácticas convencionales es un problema de coordinación. Marmor señala que, contrario a lo que pensaba Lewis, existen convenciones que surgen sin que exista anteriormente un problema coordinativo. El ejemplo que utiliza Marmor para ilustrar esta idea es el juego de ajedrez. Según él, sería un error asumir que las reglas constitutivas que originaron nuestra práctica de jugar ajedrez (al menos antes de ser codificadas institucionalmente), aunque presumiblemente convencionales, hayan surgido para solucionar un problema de coordinación entre los jugadores. Cuál es el problema de coordinación que los jugadores potenciales del ajedrez habrían querido solucionar mediante la creación de las reglas del juego, es una pregunta sin respuesta. Más aún, parece totalmente implausible afirmar que los jugadores siguen las reglas cada vez que juegan porque buscan solucionar dicho problema. En par-

ticular, es un error concebir a las reglas de reconocimiento de un sistema legal como soluciones a problemas de coordinación. Pese a que una explicación así podría ser útil para dar cuenta de las reglas de reconocimiento más técnicas, parece equivocado sostener que aquellas más fundamentales están ligadas a la solución de problemas coordinativos. La idea es que las *decisiones* políticas que dan contenido a la mayoría de las reglas de reconocimiento típicamente plantean situaciones más complejas a las propuestas por los problemas de este tipo. Por ejemplo, si pensamos en la idea de supremacía constitucional como una de las reglas de reconocimiento de cierto sistema legal, parece plausible aceptar que existe un propósito, o un *rationale* político,³⁴ al que la regla sirve; por ejemplo, el principio de Estado de Derecho. Este *rationale*, podríamos aceptar, se originó y adquirió forma a través de distintos actos políticos que poseen una estructura completamente distinta a la de un problema coordinativo. En conclusión, de acuerdo con Marmor, es común a los sistemas jurídicos contemporáneos que las reglas de reconocimiento no sean el resultado de un intento por coordinar el comportamiento de la partes, sino una respuesta a una pregunta política de mayor complejidad; por ejemplo, la pregunta por la fuente formal última de legitimidad y certeza jurídica.

De este modo, Marmor parece haber mostrado la ineficiencia del enfoque coordinativo para explicar el carácter convencional de las reglas de reconocimiento. Sin embargo, advierte, de esto no se sigue que las reglas de reconocimiento no sean convencionales. La propuesta de Marmor consiste en una caracterización novedosa de las convenciones, capaz de superar los dos problemas planteados al punto de

³⁴ Aunque Marmor (2009) no es del todo explícito al definir qué es exactamente este *rationale*, da la impresión de referirse al grupo de razones en virtud de las cuales *existe* una práctica. Otra manera de entenderlo es como el conjunto de razones que justifican a la práctica, o las razones que las personas tienen para formar parte de ella.

vista Lewisiano.³⁵ A saber, una descripción según la cual las reglas de reconocimiento son convenciones constitutivas superficiales. Básicamente, Marmor (1998, pp. 520-521) propone dos modificaciones al punto de vista coordinativo. La primera es negar que la arbitrariedad es conocimiento común entre las partes. La segunda, desvincular el origen de las convenciones de los problemas de coordinación.

Como hemos visto, para las explicaciones de tipo lewisiano (Lewis 1983, pp. 163-188) el conocimiento común de cada una de las condiciones que deben obtenerse para que exista una convención, incluyendo su carácter arbitrario, es también una condición necesaria. Marmor utiliza un argumento de Tyler Burge (1975, p. 250) para respaldar su afirmación. De acuerdo con Burge, las personas podrían estar equivocadas respecto a la forma en la que conciben la naturaleza convencional de sus prácticas, sin que de ello se siga que dichas prácticas no son convencionales. Para ilustrar lo anterior, Burge utiliza el siguiente ejemplo: imaginemos una comunidad pequeña, aislada de cualquier otra, en la que ningún miembro ha oído, ni siquiera imaginado, la existencia de otro lenguaje distinto al suyo, de modo que la gente en esta comunidad cree que el que utilizan es el único lenguaje posible. A pesar de que es evidentemente falso que es conocimiento común entre la población de esta comunidad que su lenguaje es convencional y entonces arbitrario, parece que ninguno de nosotros se inclinaría a pensar que de hecho el lenguaje aquí no es convencional. Es decir, incluso en una comunidad como ésta, en la que los individuos

³⁵ Es preciso señalar aquí una cierta inconsistencia entre las afirmaciones defendidas por Marmor. En *Legal Conventionalism* (1998, pp. 516-517) afirma que la teoría de Lewis sobre las convenciones da lugar a dos problemas al ser utilizada para explicar las reglas de reconocimiento, a saber, una falla en la explicación del carácter arbitrario de las convenciones consistente en no reconocer la posibilidad de preferencias hacia una opción, y la dependencia entre el origen de una convención y la existencia de un problema de coordinación. Sin embargo, algunas páginas adelante (518 y 519) parece matizar esta afirmación al grado de conceder que sólo el segundo es un problema. Aquí, la falla en la explicación Lewisiana de la arbitrariedad es la propiedad de ser conocimiento común. Esta última es la afirmación presentada por Marmor en *Social Conventions from Language to Law* (2009, pp. 5-6 y 22-25).

ignoran la posibilidad de que existan otros lenguajes alternativos, nuestra afirmación de que el lenguaje que utilizan es convencional parece correcta. Burge parece haber demostrado que los miembros de una convención podrían simplemente ser ignorantes, o incluso estar equivocados, acerca de la naturaleza convencional de sus prácticas.

La segunda modificación, mucho más importante según Marmor, niega que las convenciones sociales surjan siempre como respuestas a determinados problemas de coordinación. Su propuesta (Marmor 2009, pp. 22-25) consiste en sostener que hay otro tipo de reglas convencionales, arbitrarias en el sentido expuesto, que el enfoque coordinativo no puede explicar; a saber, las convenciones constitutivas. De acuerdo con Marmor, es posible encontrar ejemplos de convenciones en las que no existe con anterioridad un problema de coordinación que las reglas (convencionales) estén destinadas a resolver. Un caso es el ajedrez. Las reglas del ajedrez, sostiene Marmor, son convencionales, pero no existen, ni se originaron, para solucionar un problema de coordinación entre los jugadores. Afirmar lo contrario significaría que, anterior a la práctica actual, existía una situación de toma de decisión que condujo a la invención del juego y que actualmente se solventa siguiendo las reglas. Esto no parece plausible. Es simplemente difícil ver cuál podría haber sido el problema que las partes buscaron solucionar a través de la práctica actual de jugar ajedrez.

Marmor reconoce que es posible encontrar una descripción tan general de la situación que dio origen al juego, que podría hacernos pensar que nos encontramos de hecho frente a un problema coordinativo; por ejemplo, "el deseo de las partes de jugar algún tipo de juego de mesa que pusiera a prueba sus capacidades intelectuales". En otras palabras, uno podría decir que, antes de que el ajedrez existiera un

grupo de personas se encontraba en una situación que requería de la coordinación de sus acciones, de modo que su deseo por jugar algún juego de mesa estructurado (intelectualmente retador) quedara satisfecho; en ese momento, diríamos, se habría desarrollado un conjunto de reglas convencionales capaces de dar solución a dicha situación (las reglas actuales del ajedrez). El problema con una caracterización tan abstracta como ésta es que, aparentemente, podría funcionar para prácticamente cualquier escenario de interacción social. Lo anterior por supuesto, restaría valor explicativo y filosófico a la teoría de Lewis ya que cualquier acción llevada a cabo entre los miembros de una comunidad podría contar entonces como solución a un problema de coordinación.

Para Marmor, existe un problema aun mayor que debe enfrentar quien sostiene que la razón por la que una práctica como el ajedrez existe es dar solución a un problema de coordinación. Parece difícil apreciar en qué sentido la necesidad por coordinar el comportamiento propio con el ajeno da una razón para la acción en el caso de las convenciones constitutivas. Esto es, si le preguntáramos a alguien que ha adoptado la convención de "quien llama originalmente, llama otra vez en caso de pérdida de conexión" por qué espera la llamada de la otra persona (asumiendo claro que no es él la persona que llamó originalmente), parece que una respuesta como "porque tengo que coordinar mi comportamiento con los demás" tiene perfecto sentido. Sin embargo, si le preguntáramos a uno de los jugadores por qué está jugando ajedrez, una respuesta como "porque necesito coordinar mi comportamiento con los demás jugadores" sería más bien extraña.

Según Marmor, lo anterior llama la atención sobre dos diferencias fundamentales que permiten distinguir entre convenciones coordinativas y constitutivas. En primer lugar, las razones que las personas tienen para originar una convención

coordinativa son exactamente las mismas que las razones que tienen para actuar de conformidad con ella, a saber, resolver un problema de coordinación. Para las convenciones constitutivas, en cambio, esto no es el caso. Las razones que dan lugar a la emergencia de una práctica como el juego del ajedrez, no necesitan ser, y usualmente no son, las razones que tiene la gente para actuar de conformidad con sus normas. En segundo lugar, a diferencia de lo que pasa con las convenciones coordinativas, las razones que las personas tienen para *formar parte* de una convención constitutiva (ese conjunto de razones al que Marmor llama el *rationale* de una práctica social) difícilmente tienen que ver con solucionar un problema de coordinación. Marmor acepta que, una vez que nuestra práctica existe, pueden surgir diversos problemas de coordinación que pueden solucionarse con reglas y convenciones adicionales; sin embargo, aclara, ésta no es una buena explicación del *rationale* que guía a las convenciones constitutivas. Con mayor precisión, para Marmor, aunque es cierto que nuestra razón para *actuar de conformidad con las normas* de una cierta práctica social esté dada, al menos parcialmente, por el interés común de encontrar la coordinación de nuestros actos y eso sea verdad incluso acerca de nuestra práctica de jugar ajedrez, esto representa solamente un aspecto de las convenciones constitutivas, sin dar cuenta de su *rationale*; es decir, de las razones que los miembros suelen tener para *participar en dicha práctica*.

2.2.1 Reglas constitutivas y reglas regulativas

Después de mostrar las diferencias que existen entre convenciones coordinativas y constitutivas, Marmor se ocupa de caracterizar en detalle a estas últimas. Para dar cuenta de las reglas convencionales que constituyen algunas de nuestras prácticas sociales es útil, según él, atender a la distinción entre reglas constitutivas y regulativas planteada por John Searle (1969, p. 33). A grandes rasgos, la diferencia entre

unas y otras estriba en que, mientras las segundas rigen el curso de actividades preexistentes, las primeras crean o definen una forma nueva de comportamiento. Marmor sugiere que las convenciones constitutivas se identifican con las reglas constitutivas y las coordinativas con las reglas regulativas. Mientras unas, las regulativas, pueden ser formuladas mediante oraciones de la forma "haz x" o un condicional como "si haces X, entonces...", las reglas constitutivas tienen la forma "X cuenta como Y en las circunstancias C" (Searle 1969, pp. 34-35).

En sentido estricto, sostiene Marmor, afirmar que las reglas constituyen la conducta de las personas es más bien extraño. En realidad, lo que las reglas parecen constituir es el significado social que en determinados contextos adquieren ciertos comportamientos. Con esto en mente, Marmor concluye que las reglas constitutivas son aquellas que *constituyen* un tipo de actividad, con mayor precisión, que constituyen una práctica social.³⁶

Marmor señala que las reglas constitutivas pueden ser de dos tipos, convencionales o institucionales. Los juegos estructurados como el ajedrez, algunas formas de arte y las reglas de cortesía, son algunos ejemplos de las primeras; mientras que las instituciones jurídicas como las legislaturas o las cortes, la iglesia y algunas instituciones como las universidades ejemplifican a las segundas.

Como hemos dicho repetidamente, tomando como ejemplo el juego de ajedrez, Marmor pretende demostrar que algunas prácticas convencionales están constituidas por convenciones sociales de un tipo distinto al de las convenciones coordina-

³⁶ Marmor (2009, p. 36) reconoce que la expresión "práctica social" es ambigua y que, dependiendo de la caracterización que se tenga de ella, podría incluir o no casos que podrían resultar problemáticos para su punto de vista.

tivas. La idea es que las reglas que constituyen el juego del ajedrez son convenciones constitutivas, y que este tipo de convenciones cumple dos funciones; por un lado, definen el juego, y por otro definen la manera de jugarlo. Es decir, nuestra práctica de jugar ajedrez está definida por las mismas reglas que nos dicen cómo jugar, y esto es así gracias a que la naturaleza de dichas reglas es convencional y constitutiva.³⁷

Otra característica de las convenciones constitutivas es que, al menos parcialmente, definen los valores que las partes suelen asociar a la práctica, así como el discurso evaluativo que habrán de aplicar. En el ejemplo del ajedrez, las reglas lo constituyen como un juego competitivo en el que se gana o se pierde, competir es el propósito del juego, y en general de casi cualquier juego estructurado. El tipo de competencia en el ajedrez da lugar a que ciertas habilidades intelectuales de estrategia, memoria, etc., sean valoradas. Si las reglas del ajedrez hubiesen sido distintas de modo que el juego no fuese competitivo, sería de esperarse que los valores asociados a su práctica también fuesen distintos. En otras palabras, seguir determinadas convenciones constitutivas da lugar a un cierto tipo de actividad valiosa para quienes forman parte de ella. De hecho, podríamos decir que algunos de estos valores sólo tienen sentido cuando surgen en el contexto de la convención relevante que los constituye y dejan de ser valiosos si los pensamos en abstracto o como parte de otro contexto. Es preciso hacer una aclaración aquí, la afirmación de Marmor es que las convenciones constitutivas tienen la propiedad de definir parcialmente los valores asociados a una práctica social. Esto es compatible con decir que existen valores que asociamos a nuestras prácticas que no están constituidos por las convenciones que las definen. En otras palabras, Marmor afirma que de los valores

³⁷ La idea de que las reglas constitutivas pueden cumplir dos funciones: constitutiva en sentido estricto y regulativa, aparece en Searle (1969, p. 33).

asociados a una práctica social, algunos están definidos por las reglas constitutivas y otros no. Existen valores que asociamos a nuestras actividades simplemente porque hemos entendido las convenciones que constituyen la práctica.³⁸ Por otro lado, los valores relativos a una práctica estarán parcialmente constituidos por las convenciones relevantes, si es el caso que no podríamos apreciarlos sin entender las convenciones que la constituyen.

Una objeción que surge de la afirmación anterior es negar que los valores puedan ser constituidos por reglas. Las reglas, hemos dicho, constituyen actividades sociales, pero no conductas y aparentemente tampoco valores. En sentido estricto, dice Marmor, lo que las personas que forman parte de una práctica social encuentran valioso es el acto de seguir las reglas, y no las reglas de forma separada. Entonces, para explicar la relación de constitución entre las convenciones que definen la práctica y algunos de sus valores, Marmor presenta dos alternativas: una explicación débil y una fuerte. De acuerdo con la explicación débil, el valor de seguir una determinada regla bajo ciertas circunstancias depende del hecho de que la regla forma parte de un sistema de reglas, las cuales constituyen una práctica que consideramos valiosa. En pocas palabras, solamente en el contexto de un sistema de reglas particular, el acto de seguir una determinada regla (parte de ese sistema) es valioso. La explicación en sentido fuerte sostiene en cambio que un valor es constituido por un sistema de reglas, sólo si participar en la práctica constituida por dicho sistema es valioso de una forma que no habría sido posible si tal sistema no hubiese existido. En pocas palabras, la existencia del sistema de reglas particular que constituye la práctica es condición necesaria del valor que los agentes encuentran en

³⁸ Marmor (2009, p. 38) no es muy claro en este punto. El ejemplo que utiliza para ilustrarlo son las normas de la racionalidad asociadas a nuestra actividad de argumentar. La idea es que el hecho de que asociemos este tipo de normas con dicha actividad no es un indicador de que dichas normas estén constituidas por convenciones.

participar en ella. Pensemos en algunos de los valores asociados al teatro que simplemente no existirían si no existiera el teatro como actividad.

Marmor sostiene que sería un error asumir que existe algún tipo de equivalencia entre la práctica social y las reglas o convenciones que la definen. Las prácticas sociales incluyen más elementos que sólo sus convenciones constitutivas, por ejemplo, las funciones sociales que cumplen o las necesidades que satisfacen. Aunque muchas de nuestras prácticas existen gracias a las convenciones y serían diferentes si éstas lo fueran, las segundas no agotan el contenido de las primeras ni son idénticas a ellas. Con mayor precisión, Marmor sostiene que las convenciones constitutivas son respuestas a ciertas necesidades, funciones, o razones sociales, que integran el contexto en el que tienen lugar nuestras prácticas.

Si esto es así, es decir, si es cierto que las convenciones constitutivas responden a ciertas necesidades, cabe preguntarse en qué sentido son convencionales. La respuesta de Marmor atiende a dos hechos. Por un lado, el contenido de las reglas que constituyen nuestras prácticas no está totalmente determinado por las necesidades o las funciones que persiguen. En segundo lugar, las razones para seguir a las reglas constitutivas, dependen de la conformidad general. De acuerdo con Marmor, la combinación de estos dos hechos explican el carácter arbitrario de la reglas constitutivas y, como consecuencia, explican por qué, de hecho, poseen una naturaleza convencional. En pocas palabras, para Marmor las prácticas sociales definidas por reglas constitutivas, como el ajedrez, cumplen las condiciones establecidas por la definición de convencionalidad.

Otra característica que Marmor atribuye a las convenciones constitutivas es su carácter sistémico. Esto es, las reglas que constituyen nuestras prácticas sociales

convencionales son siempre más de una y están organizadas de alguna forma. Lo anterior aparentemente es consecuencia de la naturaleza misma de nuestras prácticas. Al ser escenarios de interacción social tan complejos, es de esperarse que las reglas que les rigen reflejen dicha complejidad. En otras palabras, no existen prácticas sociales reguladas por una norma singular. No obstante, este no es el caso para las convenciones coordinativas. De acuerdo con Marmor, una convención coordinativa puede subsistir por sí misma, sin formar parte necesariamente de un sistema de normas. Por ejemplo, la convención de responder el teléfono con la palabra "bueno". Esta convención, según Marmor, que hace frente a un problema de coordinación, no está en principio relacionada con ninguna práctica social particular, y por ello no forma parte de ningún sistema de reglas. Las convenciones constitutivas en cambio siempre son sistémicas.

Otro rasgo típico de las convenciones constitutivas tiene que ver con la *división del trabajo* que experimentan sus miembros. Es común que el conocimiento de esta clase de convenciones que tienen las personas en una comunidad sea parcial. Es decir, no es cosa rara que los individuos de una sociedad desconozcan algunas de las convenciones que definen ciertas prácticas y conozcan algunas otras. Para cada práctica, dice Marmor, existe un grupo de personas expertas, cuyo conocimiento de las convenciones constitutivas es completo. Este grupo de expertos son los *practicantes*. Con mayor precisión, los practicantes son aquellas personas cuyo comportamiento determina a las convenciones. Sin embargo, afirma, la diferencia entre los practicantes y otras personas con un conocimiento menor de las convenciones constitutivas no es absoluta en términos de la influencia que su comportamiento puede tener sobre el desarrollo de la práctica. Esto es, al interior de algunas prácticas sociales existe regularmente una división del trabajo tal que hay un grupo que determina cuáles son las convenciones constitutivas a través de su comportamiento y el

entendimiento que tienen de lo que hacen, y otros grupos periféricos con conocimientos parciales sobre las convenciones y un grado de influencia marginal. Estos grupos no obstante pueden, dentro de ciertos límites, modificar la forma y el contenido de las convenciones relevantes. Claramente, este no es el caso con las convenciones coordinativas. Es difícil pensar que se puede solucionar un problema de coordinación recurrente si la mayoría de las personas involucradas ignoran el contenido de la convención. Estrictamente hablando, las personas en una convención coordinativa no necesitan conocer la naturaleza precisa del problema de coordinación que originó la convención, pero sí la solución al problema. De cualquier forma, Marmor acepta que existe división del trabajo incluso en las convenciones coordinativas, aunque ésta suele ser mucho más limitada.

Además, las convenciones constitutivas son interpretativas. En principio, la idea es que las convenciones de este tipo tienden a cambiar a través del tiempo. Éste es un rasgo que comparten con las convenciones coordinativas, aunque existe una diferencia entre las razones por las que cambian unas y otras. Dado que las convenciones coordinativas son soluciones a problemas de coordinación, en tanto sean efectivas, no requerirán cambio alguno mientras las circunstancias no varíen. Las razones para cambiar una convención coordinativa previamente aceptada responden al hecho de que la convención ha perdido su eficacia para solucionar el problema. En la mayoría de los casos ello puede ser consecuencia de un cambio en las circunstancias planteadas por el problema de coordinación mismo, aunque esto no hace imposible que cualquier otro cambio que afecte la capacidad de la convención para solucionar el problema pueda ser razón suficiente para motivar una transformación. Marmor asegura que, aunque esto es básicamente correcto para las convenciones constitutivas, existe en ellas un factor extra que siempre interviene en la dinámica de cambio, a saber, su carácter interpretativo.

Las convenciones constitutivas suelen ser siempre objeto de un proceso de interpretación influido parcialmente por factores externos e internos. En otras palabras, la urgencia por modificar una convención constitutiva está dada por el proceso de interpretación de la práctica en función de los valores asociados a ella, o por el surgimiento de distintas influencias exteriores. Así como las convenciones establecen algunos de los valores asociados a la práctica, cambios en la interpretación de esos valores pueden conducir a cambios en las convenciones constitutivas mismas. Con mayor precisión, la idea de Marmor es que las convenciones constitutivas tienden a cambiar a través del tiempo y que dichos cambios responden principalmente a dos factores, o bien son resultado de la re-interpretación de los valores internos, o bien de la influencia de factores externos antes desconocidos.

La última característica atribuida por Marmor a las convenciones constitutivas que deseo resaltar es su dependencia hacia la historia. La idea de Marmor es que estas convenciones tienen un desarrollo histórico y que dicho desarrollo tiene un significado social. Dado que las reglas constitutivas se desenvuelven a lo largo de un periodo presumiblemente significativo de tiempo y no son promulgadas como las reglas institucionales, parece aceptable afirmar que su contenido depende, de alguna forma, de los distintos hechos que conforman su historia. En pocas palabras, parece que el desarrollo histórico que comúnmente sufre cualquier convención constitutiva suele ser significativo para los miembros de la sociedad. Entender dicho desarrollo ayuda a entender mejor la naturaleza de la práctica misma, los valores que le asociamos, el significado que tiene para la gente que la sigue, etc. Por otro lado, es importante aclarar que el desarrollo histórico de las convenciones constitutivas no siempre es el mismo. Cada práctica se desenvuelve de manera particular en la historia, del mismo modo que las convenciones que las constituyen. Algunas

prácticas incluso suponen la sustitución de ciertas convenciones por otras, por ejemplo, la moda o las reglas de cortesía.

2.2.2 Convenciones profundas y convenciones superficiales

Hemos dicho que para Marmor la forma correcta de concebir a las reglas de reconocimiento de un sistema jurídico es como convenciones constitutivas. Sin embargo, reconoce, la convencionalidad de dichas reglas fundamentales es altamente controversial. Algunos casos como las reglas lingüísticas que vinculan a ciertos fonemas con ciertos significados son ejemplos para Marmor de convencionalidad incontrovertible, pero las reglas de reconocimiento, o los actos de habla performativos, no. Que existan discusiones acerca de la naturaleza convencional de ciertas prácticas, es un indicador según él de que las convenciones pueden operar en distintos niveles. Es decir, dado que, si las convenciones siempre estuviesen en la superficie de las actividades humanas, saber si un conjunto de normas es convencional o no sería una tarea sencilla en todos los casos, y dado que existen controversias acerca de la convencionalidad de las reglas que definen ciertas prácticas, parece que las convenciones no siempre son superficiales. Marmor distingue así entre convenciones profundas y convenciones superficiales. su idea es que las primeras son condición necesaria para la existencia de muchas de las segundas.

De acuerdo con Marmor (2009, p.59) las convenciones profundas son distintas de las convenciones superficiales de las siguientes maneras:

1. Las convenciones profundas emergen como respuestas a necesidades básicas, ya sea sociales o psicológicas. Es decir, sirven a funciones relativamente básicas en el mundo social.

2. Las convenciones profundas típicamente posibilitan el surgimiento de un conjunto de convenciones superficiales, y muchos tipos de convenciones superficiales solamente son posibles si son instancias de convenciones profundas.
3. Bajo circunstancias normales, las convenciones profundas son practicadas al seguir las convenciones superficiales que les subyacen.
4. A diferencia de las convenciones superficiales, las convenciones profundas suelen ser más perdurables y menos susceptibles al cambio.
5. Las convenciones superficiales siempre terminan siendo codificadas y, de esta manera, reemplazadas por normas institucionales. Las convenciones profundas típicamente resisten la codificación institucional.

Ahora podemos ver con mucho mayor claridad la estrategia utilizada por Marmor para mostrar que las reglas de reconocimiento son convenciones constitutivas: 1) probar que satisfacen una a una las condiciones demandadas por la convencionalidad, 2) mostrar que son constitutivas, y 3) mostrar cómo la distinción entre convenciones profundas y superficiales es útil para solucionar algunos problemas acerca de la naturaleza de la regla de reconocimiento.

La primera condición que una regla debe satisfacer para ser convencional exige que sea seguida bajo determinadas circunstancias. Según Marmor, esta condición se cumple en el caso de las reglas de reconocimiento porque, de hecho, en la práctica jurídica, más allá del desacuerdo que acerca de ello pudieran tener, los jueces reconocen que existen ciertos criterios que determinan qué cuenta como derecho en cada sistema jurídico.³⁹

³⁹ Con mayor precisión, el argumento de Marmor (2009, p. 163) en favor de esta tesis consiste en probar que el argumento de Dworkin en contra de la existencia de las reglas de reconocimiento es incorrecto. Según

Al cumplirse la primera condición, se cumple también la segunda. Si es cierto que existe una regla que, en ciertas circunstancias, es seguida por un grupo de individuos, entonces también es cierto que dichos individuos tienen un conjunto de razones para seguirla. Si los jueces siguen la regla de reconocimiento para identificar normas jurídicas, no parece haber error en aceptar que la siguen por alguna razón. Dar cuenta de estas razones, sin embargo, es algo sumamente controversial. En la explicación de Marmor, las razones que (en principio) los jueces tienen para seguir la regla de reconocimiento están íntimamente ligadas con las razones que la sociedad tiene para poseer un sistema jurídico. Cabe aclarar que decir que las razones para seguir una regla están íntimamente relacionadas con las razones por las que existe una práctica, es distinto a identificar unas con otras. Las razones que tienen los jueces para seguir las reglas de reconocimiento no son las mismas que las de la sociedad para tener un sistema jurídico, aunque la relación entre ambas es sumamente cercana.

El *rationale* de las reglas de reconocimiento no es coordinativo.⁴⁰ Antes de que surja cualquier problema que requiera coordinación entre las acciones de los jueces, es necesario que existan reglas que constituyan su papel en tanto jueces. En otras

Marmor, Dworkin niega que los criterios empleados por los oficiales para determinar el derecho sean gobernados por reglas. Las reglas de reconocimiento no existen dado que los jueces siempre pueden entrar en desacuerdos acerca de cuáles son los criterios de legalidad, si esto es así, no tiene sentido sostener que dichos criterios expresan el contenido de una regla, o al menos, tendría que aceptarse que son tan abstractos que es difícil concebirlas como parte de una regla. Para mostrar lo anterior, según Marmor, Dworkin habría tenido que demostrar que los desacuerdos no son superficiales, sino profundos. En pocas palabras, la idea es que, si bien Dworkin señala acertadamente que los oficiales pueden entrar en conflicto en ciertas ocasiones a la hora de identificar normas válidas a consecuencia de un desacuerdo sobre cuáles son los fundamentos del derecho, se equivoca en pensar que este solo hecho implica la inexistencia de tales fundamentos. Al final, es necesario que existan las reglas de reconocimiento, para poder afirmar que estamos en desacuerdo acerca de su contenido.

⁴⁰ Parece existir una ligera ambigüedad en la teoría de Marmor (2009, pp. 164-166) acerca de cómo las reglas de reconocimiento cumplen con la segunda condición de la definición de convencionalidad. Marmor falla en distinguir entre razones para *seguir* y razones para *tener* reglas de reconocimiento. Aunque nada impide, en principio, que unas y otras coincidan, esto no es necesario.

palabras, antes de solucionar los problemas de coordinación que pueden surgir en la práctica jurídica, necesitamos que las instituciones del derecho existan. De este modo, Marmor afirma que el papel principal de las reglas de reconocimiento es constituir dichas instituciones. Es decir, el *rationale* de las reglas de reconocimiento es constitutivo. Aunque Marmor no es explícito al respecto, parece que su sugerencia es que la razón que tienen los jueces para seguir las reglas de reconocimiento es, o al menos está determinada por su papel constitutivo. Así como los jugadores de ajedrez encuentran en el carácter fundante de las reglas del juego una razón para seguirlas (dado que, de no hacerlo, estarían jugando a otra cosa) la razón que tienen los jueces para seguir las reglas de reconocimiento es que éstas fundan incluso su papel en tanto jueces.

El siguiente paso para mostrar exitosamente el carácter convencional de las reglas de reconocimiento es demostrar que son arbitrarias. De acuerdo con Marmor las reglas de reconocimiento son arbitrarias por dos razones principales. En primer lugar, porque de hecho diferentes sistemas jurídicos, allende sus similitudes, tienen distintas reglas de reconocimiento. En segundo lugar, porque es claro que las razones para seguir las reglas de reconocimiento dependen de que la mayoría de los jueces actúe de conformidad con ellas. Para Marmor lo anterior no es controversial, por lo tanto, la convencionalidad de las reglas de reconocimiento es más o menos clara.

Según él, las controversias acerca del carácter convencional de las reglas de reconocimiento tienen más bien que ver con su naturaleza obligatoria. En pocas palabras, el problema parece ser que, si es cierto que las reglas de reconocimiento son arbitrarias en el sentido requerido por la definición de convencionalidad, entonces es difícil ver de qué manera pueden ser obligatorias para los jueces y demás servidores públicos. Para responder a esta pregunta Marmor cree que se debe, en primer

lugar, separar entre la obligación jurídica y la obligación moral de seguir las reglas de reconocimiento.

Como hemos dicho antes, para él las reglas constitutivas tienen una función doble, por un lado constituyen una cierta práctica y, por otro, prescriben ciertas formas de conducta (pensemos en las reglas del ajedrez). La obligación jurídica de un juez de seguir las reglas de reconocimiento está prescrita por las reglas constitutivas de la práctica jurídica, así como la obligación de mover al rey una casilla por turno está prescrita por las reglas que definen el juego de ajedrez. La obligación moral para formar parte de la práctica, sin embargo, no está definida por las reglas constitutivas de una práctica. Entender lo anterior permite ver que la normatividad de las convenciones constitutivas es siempre condicional. Esto es, las reglas constitutivas proveen razones para la acción, sólo si anteriormente los agentes relevantes cuentan con una razón para participar de la práctica; sin embargo, la razón de los agentes para participar en una práctica no está dada por sus reglas constitutivas. En el caso de la práctica jurídica, las razones para obedecer el derecho no son (ni pueden ser) las reglas que determinan cuál es el derecho.

Según Marmor, entender a las reglas de reconocimiento como convenciones constitutivas elimina el misterio sobre la normatividad jurídica. Un juez tiene razones para seguir las reglas de reconocimiento, si tiene razones para formar parte de la práctica jurídica, pero las reglas de reconocimiento que constituyen la práctica de jueces y otros servidores públicos, no constituyen la razón de los jueces para participar de dicha práctica. Determinar cuál es la obligación de los jueces para participar en la práctica judicial, es una pregunta que necesita ser contestada desde la filosofía moral y política.

Un elemento más forma parte de la caracterización de Marmor de las reglas fundamentales en el derecho: no se pueden entender correctamente si no se atiende a la diferencia entre convenciones profundas y superficiales. De manera general, la idea de Marmor es que entre las razones generales de una sociedad para tener derecho tales como solucionar problemas sociales, crear bienes públicos, etc., y las convenciones jurídicas que determinan qué cuenta como derecho en un sistema legal particular, existe una *capa* de convenciones profundas. Estas convenciones profundas se manifiestan comúnmente en las convenciones superficiales de reconocimiento (*surface conventions of recognition*) específicas de cada sistema legal. Con mayor precisión, para Marmor las convenciones profundas en el derecho indican el tipo de sistema jurídico que rige en cada sociedad, mientras las convenciones que determinan cuál es el derecho (las reglas de reconocimiento como las entendía Hart) son convenciones superficiales. Recordemos que las convenciones superficiales son instancias, en la mayoría de los casos, de las convenciones profundas. Así, las reglas de reconocimiento hartianas son instancias de las convenciones profundas en cada sociedad y este es el caso para cada sistema legal particular.

Recordemos también que las convenciones profundas emergen como una respuesta normativa a distintas necesidades sociales y psicológicas. Pese a que existe una pluralidad de razones por las cuales las comunidades deciden organizar su vida social a través del derecho, para Marmor, las razones básicas tienen que ver con las funciones que éste desempeña. Es decir, si aceptamos que el derecho opera típicamente como un arreglo de funciones, entonces dichas funciones representan las razones básicas por las que cualquier sociedad decide adoptar un determinado sistema jurídico. Las convenciones profundas son expresiones (o instancias) de estas razones. Es importante notar que pese a que estas funciones básicas, directamente relacionadas con las necesidades que el derecho busca satisfacer en una

comunidad, son fundamentalmente las mismas sin importar la sociedad particular de que se trate, pueden dar lugar a distintas instancias, es decir, a distintas convenciones profundas. El derecho suele servir para lo mismo en países de distinta tradición jurídica.

Los ejemplos que utiliza Marmor para mostrar cómo deberíamos entender la noción de convención profunda en el derecho son la tradición del *common law* y la tradición jurídica continental. La idea es que estas distintas tradiciones o familias jurídicas son instancias de las convenciones profundas del derecho. Otra manera de entender a las convenciones profundas es como constitutivas de una tradición respecto de una práctica, aunque no constitutivas de la práctica actual. En otras palabras, la práctica jurídica actual en todo sistema legal está constituida por las reglas (convenciones superficiales) de reconocimiento, mientras que la tradición a la que ese sistema jurídico se adscribe, por ejemplo el *common law*, está constituida por convenciones profundas.

Otro rasgo importante de las convenciones profundas es que son practicadas a través de la práctica actual de las convenciones superficiales que le son instancia. En el caso del derecho, practicar las reglas de reconocimiento es la forma de practicar las convenciones profundas.

En conclusión, de acuerdo con la visión de Andrei Marmor, el fundamento convencional del derecho está dado por dos elementos. Las convenciones profundas que constituyen la forma en la que un sistema legal habrá de estar organizado, y las convenciones de reconocimiento, instancias de las primeras, que identifican el derecho en cada sistema.

Sin ser exhaustivo, este capítulo debe servir como panorama para entender una de las tradiciones al interior del positivismo jurídico que más adeptos ha ganado en los últimos años. Hemos visto que, si bien es cierto que los convencionalistas suelen reconocerse como discípulos de Hart, es cierto también que sus propuestas, en cierto sentido más complejas que la hartiana, ha conseguido fundar una tradición propia. Bien sea adoptando un punto de vista coordinativo, o un enfoque constitutivo acerca de la naturaleza de las reglas de reconocimiento, el convencionalista aspira a explicar la posibilidad de la normatividad jurídica en términos de una práctica compleja que los servidores públicos siguen, en parte, porque es el comportamiento que los demás observan en su comunidad.