

EL CONVENCIONALISMO COMO SUCESOR:
NOTICIA DE UNA DISCUSIÓN
EN TORNO A LA HERENCIA DEL POSITIVISMO

JUAN MANUEL PÉREZ BERMEJO
Universidad de Salamanca

INTRODUCCIÓN

EL ORIGEN DE ESTE ENSAYO SE SITÚA en algunos debates recientes en torno a las señas de identidad del positivismo jurídico. Creo que los artículos de J. C. Bayón «El contenido mínimo del positivismo jurídico» y «Derecho, convencionalismo y controversia»¹ son algunas de las contribuciones más sugerentes e instructivas que nos han aportado estas discusiones. Se trata, además, de dos trabajos particularmente sintomáticos de lo que podríamos llamar un cierto malestar o una insatisfacción creciente en torno a los términos mediante los cuales la filosofía jurídica ha planteado tradicionalmente sus debates. Tras las contribuciones de autores como Alexy, Dworkin, Nino o Zagrebelski, y tras la difusión del modelo teórico que se ha dado en llamar «neo-constitucionalismo»², los términos «iusnaturalismo» y «positivismo» parecen atrapados en una zona de penumbra hartiana que invita a juzgar su uso como un arbitrio discrecional. Ambos términos parecen hoy afectados por una crisis de identidad grave, lo que obliga a sus cultivadores, bien a redefinir sus posiciones para rescatar lo que haya en ellas de característico y de valioso, bien a abandonar el viejo escenario de debate entre iusnaturalistas y positivistas, y a sustituirlo por otro en el que la discusión resulte más fructífera. Por extraño

¹ El primero en V. ZAPATERO (ed.): *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. I. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 2002; el segundo en P. NAVARRO y C. REDONDO (eds.): *La relevancia del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2002. Me referiré al primero de estos artículos como art. 1 y al segundo como art. 2.

² Este término designa, por un lado, un determinado modelo de organización jurídica y política del Estado, y, por otro, una teoría del derecho que aboga por el mismo o que lo presupone en sus investigaciones. M. CARBONELL: «Nuevos tiempos para el constitucionalismo». En M. CARBONELL (ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 9-10.

que parezca, los artículos de Bayón recorren simultáneamente las dos alternativas. Comprometido con la suerte del positivismo jurídico, Bayón se propone quintaesenciarlo, despojarlo de sus adherencias contingentes y recuperar su mensaje básico. Por esa vía, Bayón identifica en el convencionalismo el código genético común a todas las teorías positivistas del derecho, y añade un esbozo de lo que debe entenderse por convencionalismo jurídico, y de cuáles son sus principales variantes³. Ahora bien, el compromiso de Bayón con la síntesis «positivismo como convencionalismo» se reduce, en el fondo, a un compromiso con el convencionalismo en sí. En la hipótesis de que alguien mostrara el carácter poco representativo o insuficientemente comprensivo del convencionalismo con respecto a las diferentes versiones del positivismo, la respuesta prevista por Bayón es desdeñar la empresa de definición del positivismo por «poco interesante» o por perteneciente al «mundo encantado de las definiciones estipulativas»⁴. La propuesta no es tanto que el convencionalismo defina el positivismo, sino que lo suceda. El debate fundamental de la teoría jurídica es el debate entre el convencionalismo y sus adversarios, herencia del debate entre el positivismo y sus adversarios; Bayón cree que, en lo esencial, se trata del mismo debate, pero evitamos el riesgo de equivocarnos si lo expresamos del primer modo.

Si el convencionalismo está llamado a suceder al positivismo, cobrará una importancia decisiva que obtengamos una idea certera de su significado. El trabajo consiste esencialmente en un ensayo sobre los rasgos distintivos del convencionalismo y sobre sus principales variantes. Después, y como cuestión menor o «meramente estipulativa», discutiremos si «convencionalismo» y «positivismo» son en la teoría jurídica términos equivalentes.

Sin que el trabajo se resuelva en una exégesis de los artículos de Bayón, éstos nos servirán para configurar su estructura y para aportar los principales temas de debate. A mi modo de ver, estos artículos defienden tres tesis básicas:

1. El derecho es una convención social, de modo que la teoría del derecho, si quiere entender su objeto, ha de adoptar una perspectiva convencionalista.
2. Si el positivismo quiere resistir las críticas formuladas contra el convencionalismo de Hart, ha de entenderse no como un convencionalismo superficial, sino como un convencionalismo «profundo».
3. Todo positivismo es una forma de convencionalismo. El convencionalismo es el contenido mínimo del positivismo.

La estructura del trabajo se ordena en torno a estas tesis fundamentales. El primer epígrafe examina la tesis 1, y reflexiona sobre los términos «convención»

³ Art. 1, p. 36.

⁴ Art. 1, p. 37. «En cambio, la pregunta de si tomando un rumbo semejante [el convencionalismo que él propone] rebasamos o no las fronteras del "genuino" positivismo jurídico nos embarca en una mera disputa verbal; y, como tal, carece de interés». Art. 1, p. 54.

y «convencionalismo». Esta tesis tiene la virtud de trazar una nueva frontera, un nuevo mapa de situación que nos permite ubicar la mayor parte de las doctrinas actuales de teoría jurídica. Creo que la delimitación trazada por el convencionalismo resulta más orientadora que el viejo mapa de los reinos iusnaturalista y positivista, porque revela con nitidez dónde se hallan los principales puntos de controversia entre las principales doctrinas hoy en disputa. Con esta idea, Bayón reanima una propuesta ya conocida en nuestro idioma a través de Nino, pionero en sugerir que, en torno al problema del concepto de derecho, el debate entre el convencionalismo y el esencialismo era de mayor interés que el debate entre iusnaturalismo y positivismo⁵.

El epígrafe 2 prolonga la definición del convencionalismo de acuerdo con las peculiaridades de la realidad jurídica, y presenta el tipo de convencionalismo por el que Bayón apuesta, que es un convencionalismo «profundo». A su juicio, si Hart sucumbe ante algunas críticas de Dworkin y otros autores es por construir un convencionalismo meramente «superficial». Por ello, el test más importante al que podemos someter el convencionalismo profundo analiza su capacidad para resistir dichas críticas.

Finalmente, el último epígrafe examina la tesis 3. El alcance de esta tesis es más limitado que el de las anteriores, porque se somete en el fondo a las estipulaciones a propósito de estos términos que cada autor sostenga; por esta causa, el análisis de la misma será más breve y compendiado. Bayón se alinea aquí con autores como Coleman para proponer una idea más sobria o despojada de lo que es el positivismo jurídico, y para limitar ésta dentro de los márgenes del convencionalismo⁶. En el comentario, defenderé que el positivismo es un término demasiado vago como para ser reducido a una fórmula de equivalencia con el convencionalismo.

1. DERECHO Y CONVENCION SOCIAL

1.1. Desde la perspectiva que ahora estudiamos, el derecho es una convención social: éste «no puede extenderse más lejos del punto hasta el que llegan las convenciones», de modo que «los límites de las convenciones son inexorablemente los límites del derecho»⁷.

Cuando se define el derecho como «convención social», es frecuente recurrir a expresiones como «práctica social», «construcción social», «artefacto social» o «producto de la interacción humana»⁸. Pese a transmitir una información

⁵ C. S. NINO: *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 32-33.

⁶ La tesis 3 es enunciada por otros positivistas con tanta o mayor rotundidad. J. COLEMAN, por ejemplo, sostiene que «el positivista difiere de otros teóricos del derecho en el énfasis que coloca sobre el carácter convencional del derecho». «Second Thoughts and other First Impressions». En B. BIX (ed.): *Analyzing Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 264.

⁷ Art. 2, pp. 78 y 81. Art. 1, p. 54 n.

⁸ Art. 1, p. 37, y art. 2, pp. 58 y 83.

significativa, no creo, sin embargo, que una presentación del convencionalismo pueda limitarse a estas equivalencias. Autores como Fuller o Dworkin⁹, por ejemplo, también hacen uso de ellas, pero no creo que sus teorías satisfagan los requisitos de admisión que el convencionalismo impone. Éstas clarifican de algún modo la posición ontológica de sus autores, porque la separan resueltamente del realismo metafísico externo; sin embargo, dejan pendiente el problema de si existen prácticas o interacciones de carácter no convencional.

Puestos en el compromiso de analizar, si quiera alusivamente, el significado de la convención y de lo convencional, es común recurrir a la investigación desarrollada por D. Lewis, tanto en su monografía «Convention: A Philosophical Study» (1969) como en su artículo posterior «Language and Languages» (1975). El término «convención» se define aquí del siguiente modo:

Una regularidad R, ya sea de acción o de acción y creencia, es una *convención* en la población P si y sólo si se cumplen las siguientes condiciones dentro de P (o al menos casi se cumplen; algunas excepciones a «todos» pueden ser toleradas). 1) Todos adoptan R. 2) Todos creen que los demás adoptan R. 3) La creencia de que los demás adoptan R concede a todos una buena y decisiva razón para adoptar R. 4) Hay una preferencia para la conformidad general a adoptar R, ... y no a que adopten R todos excepto uno. 5) Hay al menos una alternativa R' a R, de modo que la creencia de que los demás adoptan R' daría a todos una buena y decisiva razón para adoptar R' antes que una conducta R que no se adopta generalmente, de modo que no hay posibilidad de adoptar R y R' al mismo tiempo. 6) Las condiciones anteriores son objeto de conocimiento común, es decir, todos las conocen, y todos saben que todos las conocen, etc.¹⁰

Este planteamiento ha sido objeto de una polémica que ha alcanzado a casi todas las condiciones propuestas.

Un primer grupo de objeciones afecta la condición 3, que ha sido acusada de expresar un aspecto especialmente vulnerable de todo el planteamiento de Lewis. En efecto, éste inserta las convenciones en la teoría de la elección racional, y las presenta como respuestas apropiadas a un tipo particular de interacciones: los juegos de coordinación pura¹¹. La condición 3 viene a expresar este contexto: tenemos razones para adoptar R porque R soluciona un problema de coordinación, y es así de interés común adoptar la convención. El problema es

⁹ Para L. FULLER, el derecho no es un *datum* o algo que esté meramente ahí, sino «el producto de un esfuerzo funcional sostenido». *The Morality of Law*. New Haven: The Yale University Press [en adelante U.P.], 1964, p. 106. Para R. DWORIN, «las afirmaciones que se sostienen en derecho son endémicamente constructivas». *Law's Empire*. Oxford: Hart Publishing, 1986, p. 228.

¹⁰ «Languages and Language». En K. GUNDERSON (ed.): *Mind and Knowledge*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1975; cito por su edición en D. LEWIS: *Philosophical Papers*, vol. 1. Oxford: The Oxford University Press, 1983, pp. 164-165.

¹¹ D. LEWIS: *Convention: A Philosophical Study*. Cambridge: Harvard U.P., 1969, p. 3. La obra se inspira en los juegos de coordinación estudiados por T. SCHELLING: *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard U.P., 1960.

que, en términos de teoría de los juegos, el contexto de los juegos de coordinación pura resulta demasiado estrecho, y arriesga la aplicación del análisis de lo convencional a prácticas como el lenguaje o el derecho¹². Al mismo tiempo, la condición 3 atribuye a las convenciones una función práctica y normativa que, se objeta, convierte éstas en las razones últimas y definitivas para la acción con las que los individuos deben justificar sus comportamientos; sin embargo, ésta es una función que las convenciones no siempre desempeñan: en ocasiones, definir una práctica como una convención supone formular un mero juicio sobre las condiciones de existencia de dicha práctica, sin implicar por ello que las convenciones son también las razones últimas de la conducta o de la acción de los individuos. Este punto de vista es también sostenido por Bayón, que reprobaría así cualquier aplicación al derecho de la definición de Lewis¹³. Sin embargo, creo que estas objeciones pasan por alto una advertencia con la que Lewis introduce su análisis: el recurso a la teoría de los juegos y a los problemas sociales de coordinación no es más que un recurso heurístico, un simple «andamio» conceptual con el que mejor desplegar su análisis, y, como tal andamio, del todo prescindible finalizada la obra¹⁴. La exposición de Lewis revela que su interés básico reside en la discusión de los rasgos supuestamente inherentes a cualquier convención (acuerdo, alternativa, conocimiento...), y no en los cálculos de elección racional. De ese modo, la convención así definida

¹² G. POSTEMA fue pionero en importar al derecho el análisis de Lewis sin hallar problemático el contexto de los juegos de coordinación pura. «Coordination and Convention at the Foundations of the Law», *Journal of Legal Studies*. vol. 11, 1982. L. GREEN criticó esta maniobra por entender que los conflictos que soluciona el derecho se adecuan más a la interacción propia del dilema del prisionero, y no a juegos de coordinación pura. *The Authority of State*. Oxford: Oxford U.P., 1988. Para E. LAGERSPETZ, sin embargo, el análisis de Lewis es aplicable al derecho porque puede ser extendido a otros tipos de juegos, como los de coordinación impura o los de aseguramiento, con los cuales resulta ya posible cubrir la interacción a la que da respuesta el derecho. *A Conventionalist Theory of Institution*. Helsinki: Acta Philosophica Fennica, vol. 44, 1989. Sin embargo, este punto de vista es criticado por G. DEN HARTOGH: «Rehabilitating Legal Conventionalism». *Law and Philosophy*, vol. 12, 1993. En torno al lenguaje, S. SCHIFFER objeta frente a Lewis que las convenciones lingüísticas no surgen en respuesta a problemas de coordinación, sino a causa de la necesidad de cada participante de comunicarse. *Meaning*. Oxford: Clarendon Press, 1972.

¹³ En su art. 2, n.º 11, Bayón se muestra partidario de un concepto de convención más sobrio que el que sostiene Lewis en lo que se refiere al derecho. Definir el derecho como convención debe limitarse a formular un juicio sobre las condiciones de existencia del derecho, un juicio que se limite a concebirlo como una realidad social producto de la interacción humana. No sería aconsejable reforzar esta idea existencial con una idea «normativa» según la cual las convenciones proporcionan las razones últimas para la acción de los individuos: puede que eso ocurra con algunas o muchas normas jurídicas, pero no necesariamente con todas. Lewis, sin embargo, presumiría siempre esta dimensión «normativa» en las convenciones, y ello porque definir las convenciones como respuestas a problemas de coordinación implica interpretarlas como las razones últimas que pueden aducir los individuos a la hora de justificar sus comportamientos.

¹⁴ *Convention*, op. cit., p. 3. De hecho, el análisis de «Language and Languages» está más desprendido de este andamio. En *Convention*, su idea de convención incluye la condición «todos prefieren aprobar R bajo la condición de que todos lo hacen porque S es un problema de coordinación, y la conformidad uniforme en R es un equilibrio de coordinación en S». Esta premisa ya no aparece en la definición que hemos expuesto.

puede limitarse a proporcionar razones teóricas; señalar una conformidad en torno a R puede servir tan sólo para mostrar la creencia de los individuos en la existencia de una práctica, y no para mostrar las razones últimas por las que actúan¹⁵. Considero, por tanto, que la definición de Lewis es lo suficientemente dúctil como para ser aceptable por cualquier convencionalismo.

Un segundo bloque de objeciones suele denunciar en el análisis de Lewis un exceso de racionalismo. Los rasgos 5 y 6, relativos al conocimiento mutuo y a la existencia de una alternativa, son ahora los encausados. El conocimiento común estaría ausente en convenciones en las que los participantes no son capaces de verbalizar los contenidos de su práctica¹⁶; la existencia de alternativa no es reconocible en prácticas social o naturalmente condicionadas¹⁷. En suma, se subraya que las convenciones son perpetuadas muchas veces por «inercia, superstición e ignorancia», y no por elección racional o auto-interés ilustrado¹⁸. Frente a estas objeciones, creo que los dos rasgos ahora debatidos se proponen expresar aspectos intencionales que son inseparables de una convención. El rasgo 5 estipula el carácter arbitrario de la convención: si no un juicio expreso de elección, al menos es precisa la constatación de una variedad de alternativas que otorgue al contenido de la convención el carácter de libre estipulación de los agentes. No hablaríamos de convención si se debiese hacer R o se tuviese que hacer R; hay convención porque se podría hacer R', aunque, finalmente, se establece hacer R¹⁹. La arbitrariedad significa que la elección entre R o R' no se supedita a ideas previas de corrección o de necesidad natural. Pero esta constatación de alternativas implica la exigencia de un cierto grado de conocimiento

¹⁵ Subraya esta idea A. AVRAMIDES: «Intention and Convention». En B. HALE y C. WRIGHT (eds.): *A Companion to Philosophy of Language*. Oxford: Blackwell, 1998, p. 82. Algunos autores le reprochan a Lewis justo lo contrario de lo que le objeta Bayón: no reflejar el papel de las convenciones como razones para la acción o como patrones de conducta. G. DEN HARTOGH: «A Conventionalist Theory of Obligation». *Law and Philosophy*, vol. 17, 1998, p. 364.

¹⁶ Es lo que sucede con el ejemplo de convención propuesto por Hume: los remeros acostumbrados a sincronizar una determinada técnica que ejecutan maquinalmente. (D. HUME: *A Treatise of Human Nature*; Libro III, Parte II. London: Penguin, 1969, p. 542). El ejemplo es incluido por el propio Lewis en su casuística de convenciones (*Convention*, op. cit., p. 63), lo que, para R. GRANDY, contradice su propia condición 6. «Review of Lewis' *Convention: A Philosophical Study*». *The Journal of Philosophy*, vol. 74, 1977, p. 132.

¹⁷ T. BURGE propone el ejemplo orwelliano de la comunidad obligada a hablar el idioma «neohabla»: en un primer momento, este lenguaje se adopta por la fuerza, pero después, cuando su uso se regulariza y se hace habitual, no hay ninguna diferencia entre su práctica y la del resto de idiomas, comúnmente interpretados como convenciones. «On Knowledge and Convention». *Philosophical Review*, vol. 84, 1975, p. 253. El ejemplo abona algunos interrogantes: una decisión de política lingüística como ésta es también una convención comunitaria, que elige una lengua R entre numerosas alternativas.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 153-155.

¹⁹ En su «Prólogo» a *Convention*, Quine subraya la arbitrariedad como la huella distintiva de la definición de Lewis; su condición de crítico del convencionalismo explica el tono sarcástico: «Dicho con simpleza, la piedra de toque de lo convencional es una cierta indiferencia: la palabra «grande» podía haber significado «pequeño» para cualquier uso, la luz roja podía haber significado «adelante», y las corbatas negras haber simbolizado la diversión, y no la formalidad».

en los individuos. La intencionalidad implica un cierto nivel de consciencia de lo que se hace; al menos, supone conocer que se prefiere hacer algo, y que se excluye hacer otra cosa distinta. Es preciso, por tanto, un conocimiento que, como reconoce Lewis, puede ser «pobre», «potencial» y, en algunos aspectos, «irremediamente no verbal»²⁰, pero que es suficientemente relevante para requerir un cierto saber colectivo de lo que se está haciendo, y para desechar el carácter convencional de algún tipo de prácticas colectivas²¹.

En realidad, lo llamativo de la definición de Lewis es la moderación con la que acoge las condiciones de conocimiento o de intencionalidad. Me refiero, más en concreto, a la ausencia del concepto de «acuerdo» de la definición propuesta²². Es significativo que Lewis abre la puerta a convenciones que no se originan en el concepto de «acuerdo (literalmente entendido)»²³. Sin embargo, también reconoce que «definiendo el término «acuerdo» generosamente, tal vez sea posible que el acuerdo esté en el origen de todas las convenciones»²⁴. En la mayor parte de los ámbitos de interacción social en los que se verifiquen convenciones, será lícito definir éstas como acuerdos de algún tipo. Pero, en general, no creo que resulte impropio hablar de acuerdo en cualquier convención, siempre y cuando se tengan en cuenta dos precauciones subrayadas por Lewis. En primer lugar, por acuerdo no entendemos necesariamente un arreglo expreso como el que es normalmente aludido en los términos «contrato» o «promesa»²⁵. En segundo lugar, que el acuerdo sea el origen de la convención no significa que los agentes interpreten dicho acuerdo como la razón última de su conducta; en muchos casos, el acuerdo se desdibuja con el tiempo, y su papel

²⁰ *Convention*, op. cit., p. 63.

²¹ Lewis se refiere a casos extraños, ajenos a nuestro sentir común de lo que es una convención, pero que habrían de ser interpretados como convenciones de no ser por la exigencia de conocimiento común. Ése sería el caso, para Lewis, de una práctica en la que todos conducen por la derecha porque los demás conducen por la derecha y quieren evitar choques, pero en la cual, además, los agentes observan la creencia falsa de que si los demás conducen por la derecha es por puro automatismo, de forma que continuarían conduciendo por la derecha con independencia de cómo conducen los demás. *Convention*, op. cit., p. 59.

²² El diccionario de la RAE también excluye el término acuerdo de la voz «convención», y opta por expresiones tales como «conformidad», o «ajuste». Sin embargo, el convencionalismo suele ser resumido en filosofía como aquella posición que remite la solución de los problemas relativos a un término a la verificación de un acuerdo sobre el mismo. Así, en lo que se refiere al problema de la verdad, M. MOORE define el convencionalismo como «la tesis que mantiene que la verdad de una proposición descansa en su consistencia con aquellos acuerdos explícitos o implícitos de creencia o actitud que podemos llamar convenciones». «Methaphysics, Epistemology and Legal Theory». En *Educating Oneself in Public*. Oxford: Oxford U.P., 2000, p. 247.

²³ Se refiere a situaciones en las que es imposible, por factores exógenos o por su elevado coste, la comunicación entre las partes. En ese caso, Lewis se aprovecha del concepto de *salience* debido a T. Schelling; en un marco como éste, existirá un modo de actuación *salient* o destacado del resto de forma tal que todos pueden entender que los demás seguirán la misma postura, aunque les sea imposible discutirlo. (*Convention*, op. cit., p. 35).

²⁴ *Op. cit.*, p. 88.

²⁵ Lewis limita la condición para que se verifique un acuerdo a que las partes muestren «evidencias de que son proclives a adoptar una regularidad». *Ibid.*

se reduce así al de una condición existencial de la convención o un mero desencadenante de la práctica.

Creo que esta breve referencia a Lewis nos ha procurado algunas nociones valiosas. Cuando juzgamos un término como «convencional», asumimos que existe una conformidad intencional (un acuerdo expreso o tácito) entre sus usuarios capaz de generar una determinada práctica, de tal modo que, en la aplicación de dicho término, los participantes en la práctica sostienen una serie de creencias o adoptan una serie de comportamientos en detrimento de otras alternativas posibles.

1.2. Es tópico referirse al lenguaje como una convención que reproduce los rasgos anteriores; cada lenguaje supone una elección consolidada por el hábito o la costumbre que asocia arbitrariamente una serie de sonidos o de significantes a un determinado sentido o significado. Los términos y los usos de cada idioma permanecen así claramente delimitados mediante una convención o una práctica social. Para el convencionalismo jurídico, el derecho no puede ser interpretado de forma diferente. La realidad jurídica está delimitada en cada comunidad por una convención, por una conformidad o un acuerdo entre sus usuarios; del mismo modo, admitimos como jurídicamente válido el argumento que satisface unas condiciones impuestas convencionalmente por los usuarios de cada comunidad.

La idea de que cada práctica jurídica está demarcada o delimitada por una convención de sus usuarios evoca de inmediato la teoría de Hart y su regla de reconocimiento²⁶. Esta regla implica un establecimiento arbitrario de lo que una comunidad llama «derecho válido»; el acuerdo social básico sobre la regla de reconocimiento es condición necesaria y suficiente para la vigencia de un sistema jurídico. De igual forma a como cada comunidad de hablantes delimita su lenguaje mediante la suma de términos que ella establezca, cada comunidad jurídica delimita la suma de normas que compone su derecho mediante los criterios que adopta en su regla de reconocimiento²⁷.

²⁶ G. POSTEMA: «Introduction». *Law and Philosophy*, vol. 17, 1998, p. 348.

²⁷ El método con el que Hart elabora su concepto de derecho ha provocado, sin embargo, alguna perplejidad. Hart advierte que su investigación sobre el concepto de derecho no se construye desde el uso ordinario o el estudio meramente léxico del término «derecho»; esta vía de investigación no le permitiría proporcionarnos un concepto realmente general y descriptivo de lo que es la realidad jurídica, y Hart nunca renuncia a esta aspiración: «Esta manera breve de tratar el problema, que se limita a recordar las convenciones existentes que rigen el uso de las expresiones "derecho" y "sistema jurídico" es, por lo tanto inútil», sentencia en *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 6. Para algunos intérpretes, Hart traiciona aquí su convencionalismo y su apuesta metódica por el análisis del lenguaje ordinario. C. S. NINO, por ejemplo, acusa a Hart de esencialismo en *Derecho, moral y política*, op. cit., p. 33. Debiera advertirse, sin embargo, que el título de su libro apela al concepto, no a la naturaleza del derecho. Así lo subraya M. MOORE: «Hart's Concluding Scientific Postscript». *Educating Oneself in Public*, op. cit., p. 92. Hart renuncia a definir el derecho a partir de las convenciones léxicas de uso del término, pero acaba definiendo como derecho cualquier conjunto de reglas de obligación, cambio y adjudicación delimitado por

Dentro de cada sistema jurídico, los participantes se desenvuelven en un mundo convencionalmente construido. Éste se compone de una serie de reglas sociales convencionales, las cuales se aceptan debido a su conformidad con los criterios convencionales establecidos en la regla de reconocimiento, y no en virtud de pautas de corrección extraídas desde algún contexto teórico (la moral, la política, la ciencia...) que se supone supraordenado a la elección arbitraria del grupo²⁸. Esta idea incorpora una importante consecuencia en la interpretación de los términos o los conceptos jurídicos expresados en las reglas: en general, se niega que la interpretación de un término jurídico esté necesariamente vinculada a criterios de corrección previos al acuerdo del grupo; la condición necesaria y suficiente es, de nuevo, la concordancia de dicha interpretación con lo que podemos llamar las «convenciones de uso» que imperen en dicho grupo.

En general, estas «convenciones de uso» pueden perfilar el campo semántico de los términos jurídicos mediante tres formas que no siempre se manifiestan de forma pura. a) La convención puede consistir en una lista fija de criterios cuya aplicación mecánica agota el ámbito de significado del término, de modo que lo que no satisfaga claramente dichos criterios no podrá ser acreedor a dicho término²⁹. b) En otros casos, la convención descarta la posibilidad de que unos pocos criterios eliminen la vaguedad inherente a nuestro lenguaje; desde la tradición wittgensteiniana, se prefiere pensar que los conceptos tienen fronteras porosas, las cuales, en lugar de verse perfiladas por un límite exacto, son zonas más o menos extensas de penumbra o de textura abierta. Ello quiere decir que los criterios no son herramientas mecánicas o «raíles seguros» de delimitación del concepto; son más bien criterios aproximativos, indiciarios o sintomáticos. Dentro del ámbito de significado, estos criterios logran delimitar un área o núcleo de casos claros, pero su precisión se debilita conforme nos internamos

una regla de reconocimiento, es decir, por una convención social. Negar el convencionalismo en Hart sería tan impropio como negar el convencionalismo de quien sostiene que cada lenguaje descansa sobre una convención, pero no infiere esta idea del uso ordinario que los hablantes atribuyen a la palabra «lenguaje». El equívoco puede deshacerse si distinguimos entre el punto de vista externo de una teoría del derecho que busca un concepto general de derecho, y el punto de vista interno de lo que los usuarios aceptan como derecho dentro de un sistema jurídico. Desde el punto de vista externo, las proposiciones sobre el concepto de derecho no se interpretan como propuestas arbitrarias que sólo acredita el variable léxico ordinario, sino como afirmaciones científicas (sociológicas) acerca de la estructura necesaria de cualquier sistema jurídico. Desde el punto de vista interno o hermenéutico, vivimos ya dentro de una realidad convencionalmente construida, y el test de corrección de cualquier proposición de derecho será en buena medida la concordancia con los términos de una convención. Por último, no entramos a discutir si la regla de reconocimiento es una convención realmente constitutiva o, como afirma J. COLEMAN de simple coordinación. «Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis». En J. COLEMAN (ed.): *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford U.P., 2001.

²⁸ «Postscript». En *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 255-259.

²⁹ La definición de soltero como «varón no casado» es el ejemplo casi obligado. Se ha dicho que éste es un modelo propio del positivismo lógico patrocinado por el Círculo de Viena, y que hoy, desde la senda abierta por Hart, es poco reconocido en la teoría del derecho. Sin embargo, los sistemas jurídicos poseen conceptos perfectamente delimitados por un solo criterio simple, como el de mayoría de edad.

en la zona de penumbra. c) Por último, un tercer tipo se distingue no tanto por la mayor o menor exactitud con la que se delimita el concepto, sino por el procedimiento mismo de delimitación; en este caso, las fronteras se trazan no mediante criterios abstractos, sino mediante la indicación casuista de una serie de paradigmas o de aplicaciones específicas. La convención incluye en este caso una definición ostensiva o enumerativa de los conceptos, los cuales se identifican con una serie de casos o de aplicaciones paradigmáticas. La lista de casos puede interpretarse del modo cerrado y excluyente de la convención del tipo a), o puede comprenderse como un núcleo de casos claros, pero abierto a la incorporación de otros provenientes de la zona de penumbra que acrediten algún tipo de «parecido de familia» con los casos claros³⁰.

Como es sabido, Dworkin califica esta forma de interpretar los términos y de validar las proposiciones jurídicas de «semántica», porque vincula cualquier interpretación que una comunidad haga de sus reglas a la amplitud que los usos y convenciones de cada comunidad atribuyan al campo semántico de cada uno de sus conceptos³¹. Se ha insistido así en que el convencionalismo depende de una semántica o teoría general del significado; más en concreto, se ha precisado que las convenciones de uso del tipo a) manifestarían una semántica «criterial», las del tipo b) una semántica «criteriológica», y las del c) una semántica «de paradigmas»³². Ni estas denominaciones ni el acierto de Dworkin en su catalogación son ahora interesantes. La idea central del argumento es que la pregunta por el significado de los conceptos jurídicos, sean éstos cosas muy concretas o valores muy abstractos, se responde para el convencionalismo mediante los usos

³⁰ No nos hemos detenido a distinguir el significado de conceptos y expresiones como «vaguedad», «textura abierta» o «parecido de familia». A. MARMOR analiza estos términos en *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992, pp. 132-134. La posición de Hart en torno a las tres alternativas es habitualmente vinculada al modelo c). Para M. MOORE, «Hart estaba totalmente influido por el estilo del Oxford de los cincuenta, es decir, por el argumento del caso paradigmático». «Hart's Concluding Scientific Postscript», *op. cit.*, p. 93. Marmor admite que Hart reconoce criterios de corrección en torno al núcleo del significado, pero admite que estos criterios están proporcionados por ejemplos o paradigmas considerados de modo convencional como instancias claras de aplicación del término. *Op. cit.*, p. 134. Si atendemos a la interpretación de D. LYONS, la lista de casos claros trataría de delimitar cada concepto con la precisión y la fijeza del modelo 1. A su juicio, Hart reconoce tan sólo dos posibilidades extremas en cuanto a la aplicación: una serie de casos incluidos demostrativamente en el significado de los términos mediante operaciones de deducción o de subsunción, y, más allá de lo que resulte del formalismo puro, estaríamos en el reino de la indeterminación absoluta. «Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation». *Law and Philosophy*, vol. 18, 1999, pp. 299-305. Para B. BIX, sin embargo, lo que Hart busca no es tanto conjugar estas dos posibilidades extremas, sino, más bien, un término medio entre tomar los conceptos como «raíles» seguros de tren y la indeterminación total. «The Application (and Mis-application) of Wittgenstein's Rule Following Considerations to Legal Theory». En D. PATTERSON (ed.): *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder: Westview Press, 1992, p. 212. Por eso, al igual que en el modelo 2, los casos claros actuarían como criterios laxos o como índices aproximados que podrían incorporar nuevos casos atendiendo a su «parecido de familia».

³¹ R. DWORKIN: *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 45-46.

³² Ver, por ejemplo, M. MOORE: «Moral Reality Revisited». En *Objectivity in Ethics and Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, p. 156.

sociales establecidos en cada comunidad³³. No existen, por tanto, criterios previos a la elección arbitraria de cada grupo. Los conceptos jurídicos son así producto de definiciones convencionales. Por utilizar la fórmula de Searle sobre la realidad institucional, cada término jurídico se define mediante la fórmula «en la comunidad C, X cuenta como Y»³⁴; por ejemplo, en la comunidad C, «la voluntad del Parlamento es lo único que cuenta como derecho», o en la comunidad C «la pena de muerte no cuenta como castigo cruel».

1.3. Después de aludir a la convención en general y a la convención jurídica en particular, creo que estamos en condiciones de sustentar algunas tesis acerca de lo que significa defender una teoría del derecho convencionalista. Me refiero a cuál es la posición del convencionalismo ante las preguntas clásicas de la filosofía en general y de la filosofía del derecho en particular: qué realidad (jurídica) existe, cómo podemos conocerla y cuál es la relación entre lo real (el derecho positivo) y lo supuestamente ideal (los principios morales y de justicia). Afirmar que el límite del derecho se sitúa en los límites de las convenciones sociales sobre el mismo encamina decisivamente la investigación de estos problemas.

Acerca del problema ontológico o de la realidad jurídica existente, la postura del convencionalismo es resumida por Bayón como una ruptura con dos posiciones alternativas: el escepticismo y el realismo metafísico³⁵. Trataré de perfilar estas posiciones mediante trazos muy genéricos.

El *escéptico* niega la existencia de realidad jurídica alguna; los conceptos jurídicos básicos (norma, validez, deber jurídico...) no poseen referente semántico objetivo, de modo que el fenómeno al que llamamos «derecho» se disuelve en torno a una serie de decisiones y actos de voluntad determinados por factores extrajurídicos (económicos, sociales, políticos...) ³⁶. Frente al escéptico, el convencionalista afirma la existencia de una realidad jurídica merced a la cual podemos sustentar juicios objetivos acerca de lo que es correcto o incorrecto jurídicamente. Ahora bien, existen distintas formas de sustentar la objetividad de nuestros juicios. La postura que parece proponer una base más firme a esta objetividad es el llamado «realismo metafísico» o «externo». Para el realismo metafísico, los conceptos jurídicos designan una realidad preexistente al conocimiento o a la mente de los hombres, y preconstituida al margen de la acción o

³³ El prototipo de jurista convencionalista no es para B. BIX el coautor de una novela en cadena, sino el escritor de diccionarios. *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 114.

³⁴ J. SEARLE: *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997, p. 61.

³⁵ Art. 1, p. 49; art. 2, p. 58.

³⁶ Paradójicamente, llamamos «realistas jurídicos» a quienes sostienen este punto de vista. Algún matiz adicional merecería la posición del llamado realismo escandinavo, enmarcada, para N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, dentro de un cognitivismo que confía en la posibilidad de elaborar discursos prácticos con sentido. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: Reidel Publishing, 1986, pp. 2-3.

de la práctica social³⁷. Estas realidades externas poseen una serie de cualidades y de atributos inseparables, de modo que la mención correcta de los conceptos incorpora necesariamente la mención de estas cualidades inherentes a su significado. Aplicada al concepto de derecho, esta ontología supone que el derecho es también una realidad preexistente a nuestro conocimiento y a nuestra práctica del mismo. Esta realidad presentaría una serie de cualidades necesarias inherentes, de modo que una definición de derecho que no recogiera estas cualidades no definiría el derecho, y una práctica jurídica que no observara éstas tampoco merecería ser clasificada como jurídica: el concepto «real» de derecho se erige así como una instancia normativa que clasifica nuestros usos como correctos o incorrectos. En cuanto realidad preconstituida o ajena a nuestras prácticas, cualquier práctica social debe limitarse a declarar los términos de dicha realidad³⁸. Como podrá suponerse, las teorías que parecen más conciliables con este punto de vista son las iusnaturalistas³⁹, y las que menos las convencionalistas: el iusnaturalista concibe el derecho como una realidad natural y supraordenada a nuestras convenciones; el convencionalista lo comprende como una construcción artificial, creada por nuestras convenciones y limitada al arbitrio de lo que ellas estipulen. En suma, el convencionalismo interpreta la realidad jurídica como una realidad artificial o *sui generis*, creada y delimitada libremente por nuestras convenciones, y cuyo contenido, lejos de someter los usos de cada comunidad jurídica, es arbitrariamente creado por ésta. Una vez creada, esta realidad permitirá sustentar juicios objetivos sobre lo que es jurídicamente válido, dependiendo de su conformidad o su correspondencia con ella. Es cierto que, en ese caso, los juicios de validez serán objetivos únicamente en dicha comunidad, porque también la realidad creada está vigente tan sólo en ella, y puede incluir contenidos muy diferentes a los que están vigentes en otras comunidades. Sin embargo, desde el punto de vista interno a dicha comunidad, existe una conciencia objetiva de lo que es jurídicamente válido o inválido⁴⁰.

³⁷ H. PUTNAM define el realismo metafísico mediante dos tesis: 1) «el mundo consiste en una totalidad prefijada de objetos independientes de nuestra mente; 2) hay exactamente una sola descripción completa y verdadera del modo en que el mundo existe». «A Defense of Internal Realism». En P. HORWICH (ed.): *Theories of Truth*. Aldershot: Dartmouth, 1994, p. 429.

³⁸ Para esta definición me he servido fundamentalmente de la que nos proporciona M. MOORE en «The Interpretative Turn in Modern Theory. A Turn for the Worse?». En *Education Onself in Public*, op. cit., pp. 342-354.

³⁹ En su versión clásica, el realismo metafísico es de naturaleza dualista y, en muchos casos, de arraigo teológico; por contra, muchas de sus versiones contemporáneas son de naturaleza empirista, naturalista y, como en el caso de M. Moore, militantemente atea. Un problema de la distinción de NINO entre esencialismo y convencionalismo es que su idea de esencialismo parece restringir el realismo a la forma dualista y tradicional; por eso lo define como una idea aristotélica que distingue entre una realidad empírica y otra conceptual, la cual se compone de esencias conocidas por un acto de intelección no observacional. *Derecho, moral y política*, op. cit., pp. 28-29. Nino es incapaz de abrigar otras formas de realismo metafísico de inspiración empirista.

⁴⁰ El convencionalismo no es una postura escéptica, pero afirma que no podemos reconocer como objetivo algo que no pueda ser concebido por la mente o la práctica de cada comunidad, o,

Estos esbozos relativos a la postura ontológica del convencionalismo se refieren al esqueleto básico de su punto de vista. Para Bayón, sin embargo, debiéramos ser conscientes de que existen distintas versiones acerca de problemas tales como cuál es el tipo de hechos que componen la realidad jurídica y qué sentido debemos atribuir a la objetividad de nuestros juicios. Podemos entender que dicha realidad está delimitada mediante una lista de convenciones perfeccionadas mediante acuerdos explícitos, o, como en el caso de Bayón, podemos completar éstos mediante hábitos más o menos difusos e inespecíficos. En ambos casos, la objetividad de nuestros juicios remite a una decisión arbitraria de la comunidad; no es posible, por tanto, sustentar que la comunidad como un todo esté equivocada en lo que se refiere a un juicio relativo a su propio derecho. Sin embargo, en el segundo caso, dado el carácter más o menos profundo o soterrado de las convenciones, es posible que la mayoría de la comunidad malinterprete uno de estos hábitos difusos, mientras que, en el primero, la idea de un error generalizado acerca de cómo se interpreta un término resulta imposible: ese supuesto error evidenciaría, simplemente, que la comunidad ha sustituido su antigua convención por otra nueva⁴¹. Volveremos sobre este problema en el siguiente epígrafe⁴².

Como hemos visto, Bayón defiende el convencionalismo, principalmente, porque éste nos propone una solución adecuada al problema ontológico o relativo a la realidad jurídica que sustenta nuestros juicios objetivos sobre el derecho válido. Acerca de este problema, existen dos alternativas igualmente rechazables. El realismo externo confía en supuestas realidades preconstituidas y supraordenadas a nuestras prácticas, pero dicha confianza suele fundarse en dogmas injustificados. El escepticismo niega la posibilidad de formular juicios objetivos, juicios con los que, sin embargo, estamos familiarizados en la práctica jurídica. El convencionalismo rescataría el lenguaje de la objetividad sin someterse a postulados metafísicos o a dogmas infundados. No es oportuno ahora debatir si

en palabras de Bayón, que «traspase nuestras facultades epistémicas» (art. 2, p. 58). Para algunos autores, esta frase revelaría que el concepto de objetividad del convencionalismo es un concepto epistémico, y no propiamente ontológico (creo que J. COLEMAN lo reconoce en «Second Thoughts...», op. cit., p. 292). El problema aquí envuelto es si, pese a que el convencionalismo hable de una realidad artificial o *sui generis*, puede decirse que proponga una verdadera ontología. Para algunos autores, sólo las posiciones que hemos identificado dentro del «realismo externo o metafísico» pueden calificarse de «ontológicas» (es el caso de H. PUTNAM en *Ethics without Ontology*. Cambridge: The Cambridge U.P.). Éste es de nuevo un problema envuelto en estipulaciones verbales, y sobre el que no vamos a profundizar.

⁴¹ Art. 1, pp. 49-52; art. 2, n.º 78. Bayón afirma que el primer tipo de objetividad convencionalista se identifica con el concepto de «objetividad mínima», que formula J. COLEMAN en «Determinacy, Objectivity and Authority».

⁴² Art. 1, p. 49. Por último, advertimos que el convencionalismo jurídico no prescribe un convencionalismo filosófico general, y, en la mayoría de los casos, propone un antirrealismo moderado que no prejuzga ninguna posición ontológica para otras ciencias o disciplinas. Creo que éste es todo el misterio que encierra la advertencia de Nino sobre conceptos respecto de los cuales la explicación convencionalista resulta insatisfactoria, un flanco aprovechado por algunos, creo que abusivamente, para aproximar a C. S. NINO al iusnaturalismo. *Derecho, moral y política*, op. cit., p. 31.

este rescate de la objetividad está suficientemente logrado; el juicio podría ser severo si consideramos que el convencionalismo contextualiza la objetividad de los juicios dentro de cada marco comunitario⁴³. Mi comentario se limitará a recordar que hay una cuarta posición relativa al problema ontológico que está ausente del esquema de Bayón; esta alternativa sortea igualmente el escepticismo y el realismo metafísico, pero obtiene una idea más potenciada de objetividad: me refiero a un tipo de realismo que no sería metafísico o externo, sino puramente «interno». Al igual que el convencionalista, el realista interno defiende que tiene pleno sentido sustentar juicios objetivos sobre el significado de los conceptos jurídicos, y que éstos no dan cuenta de realidades preexistentes o preconstituidas con respecto a nuestras prácticas. Pero, a diferencia del convencionalista, el realista interno interpreta que tales juicios deben recoger un sentido prescriptivo y necesario de los términos, y no una mera descripción de nuestras estipulaciones sociales; de ese modo, entendemos que nuestra idea de muchos conceptos jurídicos fundamentales (pensemos en principios y valores) no son un espejo de nuestros usos y tradiciones, sino que pueden actuar como una crítica de los mismos⁴⁴. En general, la idea de objetividad se liga no a la descripción de una realidad, sino a la adopción de una determinada posición epistémica que satisface ciertas condiciones ideales o correctas⁴⁵. De ese modo, la elección arbitraria de la comunidad deja de ser infalible, y podemos sustentar la objetividad de algunos juicios aun en la hipótesis de que nuestra comunidad los negara⁴⁶.

Hecho este matiz, retomo el discurso general acerca de los perfiles de una teoría del derecho convencionalista. Como hemos visto, la posición que adopta

⁴³ La dependencia del contexto comunitario ha conducido a algunos intérpretes a negar toda idea de objetividad en el convencionalismo, y a denunciarlo como una posición escéptica. Para M. MOORE, el convencionalismo es «escepticismo feliz». «Legal Reality». En *Objectivity in Ethics and Law*, op. cit., pp. 649-653.

⁴⁴ Esta idea es manifestada por R. DWORKIN en *Sovereign Virtue*. Cambridge: Harvard U.P., 2000, p. 222. Su oposición al convencionalismo se expresa como contrapunto a la teoría de M. WALZER en «What Justice Isn't». En *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard U.P., 1985. Su oposición al realismo externo se explica en «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It». *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, 1996, sección «Correspondence with Reality?». Uno de sus *drafts* no publicados lleva por título «Internal Realism»; le agradezco a mi compañera Lourdes Santos que me lo facilitara. Creo que Bayón se equivoca cuando reduce la posición de Dworkin a «convencionalismo sofisticado» (art. 2, p. 59); la posición de Dworkin es realista, y es su modelo de realismo lo que resulta sofisticado.

⁴⁵ Es la idea defendida por H. PUTNAM. Lo verdadero se identifica con una «aceptabilidad racional idealizada». «A Defense of Internal Realism», op. cit., p. 440. J. COLEMAN denomina «objetividad modesta» a este sentido de la objetividad en «Second Thoughts...», op. cit., p. 290.

⁴⁶ Los criterios de objetividad no se identifican con los usos comunitarios, pero se vinculan con su contexto teórico. H. PUTNAM. «A Defense...», pp. 436-440. La posibilidad de que el significado de los conceptos vaya más allá de los usos convencionales resulta clara en «The Refutation of Conventionalism». *Philosophical Papers*, II. Cambridge: Cambridge U.P., 1979. Putnam acusa al convencionalismo de «esencialismo negativo», porque «establece no que un gran número de propiedades fuertes forman parte de un concepto, sino que sólo una pequeña parte pueden formar parte de éste». Op. cit., p. 164.

esta filosofía en relación con el problema ontológico es su rasgo más característico. Lo es, en primer término, porque su posición es menos definida en otros problemas filosóficos⁴⁷. Y lo es, en segundo lugar, porque de su posición ontológica pueden inferirse otros rasgos significativos con los que puede completarse su presentación. Así, una consecuencia de su anti-realismo es la concepción descriptivista de la teoría del derecho. Como sabemos, el realismo propone un entendimiento correcto y preceptivo de nuestros conceptos; en cuanto entendimiento preceptivo, éste ha de servir de evaluación y de medida para todos nuestros usos convencionales de los conceptos, y también de justificación o de invalidación de los mismos. La misión característica de la teoría del derecho es formular el significado «real» de los conceptos; de ese modo, la teoría del derecho así concebida posee una dimensión normativa, porque sirve para evaluar y para justificar las prácticas convencionales. En cambio, una vez que afirmamos que el acuerdo social es condición necesaria y suficiente para la delimitación de lo jurídico, la teoría del derecho queda liberada de cualquier pretensión de justificar o de evaluar las prácticas jurídicas existentes, y se limitará a describir o dar cuenta de las convenciones sociales que de hecho existen. Para una teoría del derecho descriptiva, el uso jurídicamente correcto de los términos no depende de ninguna «teoría», es decir, no se subordina a los diferentes razonamientos filosóficos o científicos (morales, políticos, médicos...) a los que cada término pueda aludir (pensemos en conceptos como «dignidad», «igualdad» o «muerte clínica»); el jurista que nos propone el uso válido de un concepto no necesita internarse en razonamientos teóricos de este tipo, sino que le basta con describir adecuadamente los usos que su comunidad sostenga a propósito de cada término y juzgue jurídicamente relevantes⁴⁸. Mención expresa merece la irrelevancia que, en la teoría convencionalista, desempeña el razonamiento moral y político⁴⁹. Esta irrelevancia no proscribire su concurso, ni tampoco sanciona su ausencia de la práctica judicial; es posible, de hecho, que algunos jueces recurran a alguna

⁴⁷ Así ocurre, por ejemplo, en torno a problemas epistémicos como el método de descubrimiento de las convenciones sociales, donde el convencionalismo puede sustentar posiciones diversas (fundacionalista, coherentista...). M. MOORE: «Metaphysics, Epistemology and Legal Theory». En *Educating Oneself in Public*, op. cit., p. 249.

⁴⁸ Para B. BIX, ello acerca el derecho al lenguaje ordinario: normalmente «entendemos las palabras y las frases (en nuestro idioma) bastante bien, y, si necesitamos ayuda, ésta vendría de un diccionario, y no de un tratado de filosofía». *Law, Language and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 153. En el caso de Hart, esta inmunidad frente a lo «teórico» tal vez se asiente en la convicción que le asigna G. BAKER, según la cual «los conceptos jurídicos y las proposiciones jurídicas son *sui generis*; i. e., no puede mostrarse que sean lógicamente equivalentes a conceptos o proposiciones no jurídicos». «Defeasibility and Meaning». En P. M. S. HACKER y J. RAZ (eds.): *Essays in Honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 26.

⁴⁹ En su art. 2, p. 74, Bayón lo sanciona tajantemente: sugerir que la validez jurídica depende de la corrección moral supone abandonar el convencionalismo. Para Hart, su teoría es descriptiva porque «es moralmente neutral y no tiene pretensiones de justificación». «Postscript», op. cit., p. 240. La inspiración es de nuevo wittgensteiniana: «La filosofía no puede interferir en el uso real del lenguaje; sólo puede, al final, describirlo./ Tampoco puede fundamentarlo. Al final, la filosofía lo deja todo como estaba». L. WITTGENSTEIN: *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica, 1988, Parte I, parágrafo 124.

teoría moral o a alguna teoría política para definir términos como «igualdad» o «discriminación». Sin embargo, el convencionalismo subraya, primero, que apelar a teorías de este tipo presenta un carácter contingente, y no necesario; y, en segundo lugar, observa que siempre será posible dar cuenta descriptivamente de estas valoraciones⁵⁰: si las interpretaciones que estos jueces elaboran logran imponerse, lo que nos interesa no es la teoría que las justifica, sino, simplemente, la declaración de un nuevo uso que puede resumirse como «X ya no cuenta en C como Y, sino como Z». El «así es como actuamos» es el punto de fuga de todos los razonamientos acerca de la interpretación jurídica.

2. EL DERECHO COMO SUMA DE CONVENCIONES PROFUNDAS Y SUPERFICIALES

Hasta ahora, he intentado formular las señas de identidad del convencionalismo, y aportar una noción más precisa de su idea-fuerza, el concepto de «convención». Sin embargo, la exposición ha dejado abierto un tema sobre el que gravita una de las discusiones más interesantes sostenidas por Bayón. Me refiero al tipo de hechos sociales o de convenciones que constituyen la realidad jurídica. Para Bayón, existen dos formas diferentes de interpretar estos hechos, formas que se corresponden con dos variantes del convencionalismo jurídico: convencionalismo superficial y convencionalismo profundo. Bayón entiende que sólo una de estas variantes describe adecuadamente la práctica jurídica, y es el «convencionalismo profundo».

En un primer apartado (2.1), trataré de definir estas dos variantes ajustándome al sentido que Bayón les atribuye, y expondré las razones por las que éste defiende la versión «profunda»; en el segundo apartado (2.2), resumiré las distintas insuficiencias y ambigüedades de las que adolece esta segunda versión.

2.1. El *convencionalismo superficial* reduce las convenciones jurídicamente relevantes a aquellas sobre las que recae un acuerdo explícito. Existe así un marco de referencia cierto y seguro que nos permite enumerar qué reglas podemos aplicar y a qué casos se extienden. Más allá del acuerdo explícito no es posible hablar ni de regla jurídica ni de aplicación posible de la misma. No hay, por tanto, desacuerdo substancial en torno a las reglas; el hecho de que se suscite un desacuerdo amplio sobre la aplicación de una regla evidencia que no hay convención explícita sobre esta aplicación, y, con ello, que ésta no es posible⁵¹.

⁵⁰ «Postscript», *op. cit.*, p. 244. Art. 1, p. 42.

⁵¹ Art. 2, p. 79. Si mi interpretación no es errónea, el convencionalismo superficial es equivalente a lo que R. DWORKIN denomina «convencionalismo estricto». Esta variante del convencionalismo exhorta al juez a que se concentre en la literalidad de las convenciones, concretamente en la «extensión explícita» de su significado, de modo que sólo puede reconocer como establecidos por la convención aquellos juicios o proposiciones sobre cuya pertenencia no se duda o sobre los que recae un acuerdo casi unánime. *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 124-130.

Este modelo integra la mayoría de las aportaciones del convencionalismo jurídico⁵². Fiel a su identificación entre positivismo y convencionalismo, Bayón incluye en esta variante tres diferentes formas de positivismo jurídico. Para nosotros, el interés de éstas se reduce al de mera ilustración del convencionalismo superficial, razón por la que trazaremos un esbozo muy sumario de las mismas.

La primera forma de convencionalismo superficial es lo que Bayón presenta como «positivismo simple». Para sus cultivadores, el derecho válido se reduce estrictamente a un conjunto de reglas fijas y delimitadas. El derecho aplicable por el juez se reduce igualmente a este conjunto fijo o discreto de reglas válidas. La hipótesis de un juez que resolviera un caso mediante una regla no incluida en dicho conjunto —por ejemplo, mediante una norma moral— describiría una anomalía jurídica, un caso patológico que debiera ser corregido por instancias superiores.

Bajo la etiqueta de «positivismo excluyente», Bayón identifica una segunda forma de convencionalismo superficial que, en el fondo, está monopolizada por la teoría de Raz⁵³. Para este autor, el derecho válido se reduce igualmente a un conjunto discreto de reglas; sin embargo, el derecho aplicable representa un conjunto más amplio que el derecho válido, porque el juez puede resolver algunos casos aplicando reglas que no pertenecen a su sistema jurídico, tales como reglas morales o reglas de derecho comparado. La hipótesis del juez que resuelve un caso aplicando una regla moral es ahora una descripción posible de la práctica jurídica, pero bajo la reserva de que dicho juez aplica en realidad reglas que no pertenecen al sistema.

Por último, la tercera variante se corresponde con lo que hoy se ha dado en llamar positivismo suave, inclusivo o incorporacionismo, y que Bayón denomina «positivismo incluyente». Para estos autores, las reglas de reconocimiento o los criterios convencionales de identificación de cada derecho pueden exigir la satisfacción de una serie de valores morales. Una regla de reconocimiento no se limita a señalar una serie de condiciones de linaje o de pedigrí para que una regla sea válida (en C es derecho lo que digan A, B...); también incorpora una serie de condiciones morales o de contenido (en C cuenta como derecho lo que satisfaga los valores x, y, z...). Uno de los aciertos de Bayón es mostrar cómo, bajo estas señas de identidad, el positivismo incluyente está atrapado en un dilema autodestructivo. El dilema se presenta cuando interrogamos a sus defensores acerca de por qué dichos valores morales son jurídicamente válidos. Surgen entonces dos respuestas posibles. I) La primera sugiere que los valores son jurídicamente relevantes por razones convencionales, es decir, por el hecho de haber

⁵² Algo explicable desde que, para BAYÓN, el positivismo hartiano se afilia «probablemente» dentro del mismo. Art. 1, p. 49.

⁵³ Así lo prueban los argumentos críticos que le dedica, los cuales sólo tienen sentido en el contexto de la teoría de Raz. Bayón deja pendiente de crítica la hipótesis de un positivista excluyente ajeno a la teoría raziana de la autoridad.

sido expresados en la regla de reconocimiento. Esta respuesta presenta la ventaja de respetar los principios básicos del convencionalismo y del positivismo: el jurista sigue definiendo el derecho válido mediante una serie de convenciones, y su tarea sigue siendo puramente descriptiva. El problema es que, desde la misma, el positivismo incluyente no aporta ninguna novedad significativa a la patrocinada por el positivismo simple o el excluyente: su teoría de las fuentes es la misma, porque sólo admite como derecho válido el identificable mediante la regla de reconocimiento. II) La segunda respuesta supone que los valores morales son jurídicamente válidos debido a su corrección moral. Pero, de defender esta respuesta, un juez podría defender la validez de juicios morales no convencionales, es decir, no expresados en la regla de reconocimiento, atendiendo únicamente a su corrección moral intrínseca. Ello supone condicionar el razonamiento jurídico al razonamiento teórico y valorativo, lo que nos sitúa fuera de la tesis convencionalista. Desde esta segunda respuesta, el positivismo incluyente queda confiscado por teorías no convencionalistas como las de Dworkin⁵⁴.

El convencionalismo superficial es, para Bayón, una descripción errónea de la práctica jurídica, razón por la que dice refutarlo mediante un «argumento de contraste con la práctica». Según este argumento, la hipótesis de jueces que aplican principios morales no señalados por regla de reconocimiento alguna describe supuestos habituales en nuestra práctica jurídica, y no errores judiciales, anomalías o casos patológicos. Este argumento, como es sabido, es de algún modo la tarjeta de presentación de la teoría de Dworkin, y la impugnación al positivismo jurídico más repetida hoy por sus críticos⁵⁵. Sin embargo, el argumento del contraste con la práctica no es presentado en boca de Dworkin, sino en la de convencionalistas como J. Waldron o G. Postema⁵⁶. Bayón quiere mostrar así que es posible aceptar el argumento del contraste con la práctica jurídica sin capitular ante Dworkin ni traicionar por ello el positivismo. Dicho de otro modo, quiere demostrar que la aceptación de las tesis convencionalistas

⁵⁴ ¿Cuál de estas dos respuestas es la patrocinada por el positivismo incluyente? Bayón cree que, consciente del dilema planteado, éste se esfuerza por defender las dos respuestas simultáneamente. El problema es que, para conjugar ambas, debe recurrir a algo tan extraño como una convención que autorice a obedecer criterios no convencionales, a una especie de regla de reconocimiento que se remita al razonamiento moral. Sin embargo, una convención de este tipo es insostenible. «Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún tipo de acuerdo. Pero si hay acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que esa presunta convención compleja se remite... entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y, si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay regla convencional». Art. 1, p. 48. Art. 2, pp. 74-76.

⁵⁵ La tesis de R. DWORKIN es que los principios morales jurídicamente relevantes no necesariamente constan por escrito, no son cuantificables (registrarlos en una lista sería inútil, por cuanto ésta se habría modificado en mitad de su lectura) y, en frase concluyente, «estamos rodeados de ellos». *Talking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1974, pp. 28, 44 y 65. Se opone así a que el derecho sea «un conjunto fijo de normas de cualquier tipo» (p. 76), lo que, finalmente, «socava la pulcra arquitectura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart» (p. 43).

⁵⁶ Art. 2, pp. 57-59.

no implica reducir la práctica jurídica a un conjunto conocido de hechos explícitos, ni delimitar ésta mediante una serie de criterios especificados.

Además del argumento del contraste con la práctica, Bayón detecta un segundo problema en el convencionalismo superficial. A su juicio, reducir el derecho a un conjunto fijo de reglas destinadas a un conjunto fijo de casos lo deja inerte ante el llamado «desafío escéptico» del seguimiento de las reglas, detectado, según la lectura de Kripke, por el segundo Wittgenstein⁵⁷. Como es sabido, el argumento de Kripke es muy similar al argumento empirista contra la inducción: de igual forma a como no hay nada en el pasado que nos garantice que a una causa le seguirá el efecto que esperamos, nada hay en los usos o aplicaciones del pasado que nos asegure que una regla vaya a ser seguida tal y como ha sido seguida hasta el presente. El convencionalismo superficial confía en uno o varios criterios públicos o explícitos acerca de cómo aplicar correctamente las reglas o los conceptos jurídicos, criterios que descansan en acuerdos o en aplicaciones pretéritas. Sin embargo, desde el argumento de Kripke, estos criterios no poseen en realidad ningún sustento: nada hay en el pasado que justifique un uso o una aplicación de la regla con preferencia sobre infinitos otros. En cada nuevo caso, el intérprete siempre puede reinterpretar la regla y aplicarla de un modo impensado, porque siempre puede aducir algún elemento peculiar en dicho caso que no encaja en la experiencia pretérita⁵⁸. En suma, como cada nuevo caso es un «salto al vacío»⁵⁹, la aplicación de las reglas y los conceptos jurídicos no puede agotarse mediante un elenco fijo y a priori de criterios explícitos. No necesito pronunciar aquí acerca de si el argumento de Kripke representa una interpretación correcta del segundo Wittgenstein; tampoco creo preciso advertir los problemas que suscita⁶⁰. Diré, simplemente, que este

⁵⁷ Art. 2, p. 91 n; art. 1, p. 51.

⁵⁸ La regla «se prohíben los castigos crueles» puede ser interpretada mediante el criterio «la pena de muerte es un castigo cruel», avalado por una larga cadena de precedentes; sin embargo, mañana podemos encontrarnos con un juez que, en un caso dado, acepta la pena de muerte, y aclara que, en realidad, el criterio que se ha seguido hasta ahora rezaba «la pena de muerte es un castigo cruel siempre y cuando el número de homicidios cometidos en un año no alcance los 10.000». El argumento de J. SEARLE frente a la interpretación literal es muy semejante. Tomada literalmente, la frase «Ella le dio a él la llave y él abrió la puerta» admite no una, sino infinitud de interpretaciones alternativas. Puedo pensar también «él abrió la puerta con la llave de ella, quebrando y abatiendo la puerta a golpes de la llave», o «él se tragó la llave y la puerta e insertó la llave en la cerradura mediante una contracción peristáltica de sus tripas». Sabemos que estas interpretaciones son erróneas, pero no lo sabemos por los criterios literales (superficiales) de interpretación: «no hay nada en el significado literal de las sentencias que estorbe a esas interpretaciones erróneas». *La construcción de la realidad social*, op. cit., pp. 142-143.

⁵⁹ S. KRIPKE: *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Oxford: Blackwell, 1982, p. 52.

⁶⁰ La bibliografía acerca de estos problemas representa un porcentaje considerable de todo lo que la teoría del lenguaje ha publicado en la segunda mitad del siglo XX. En general, existe un agudo contraste entre las lecturas conservadoras o normativistas del segundo Wittgenstein, debidas principalmente a P. M. S. HACKER y J. MacDOWELL, y las más radicales o escépticas, referidas a S. KRIPKE y, en menor medida, a C. WRIGHT. En teoría del derecho, críticas recientes al argumento de Kripke las encontramos, por ejemplo, en A. MARMOR: *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., p. 150. C. ZAPF y J. MOGLEN: «Linguistic Indeterminacy and the Rule of Law: On the Perils of Misunderstanding Wittgenstein». En D. PATTERSON (ed.): *Wittgenstein and Law*. Aldershot: Ashgate, 2004, pp. 416-430.

ría-
les.
ho
es
que
ua-
do
mo
tes
el
ser,
a la
te»
a la
cos
de
a la
ita.

ión
ite-
sus
sos
y a
en
se
no
se
nte
que
nes
ría
son
el
nes

ver-

los
vista
t ha
icos
con

José
rece-

segundo argumento le crea a Bayón más inconvenientes que ventajas. Sin duda, presenta la ventaja de permitirnos transitar cómodamente del convencionalismo superficial al profundo. Sin embargo, su sola mención en una práctica tan específica como la práctica jurídica resulta discutible⁶¹. Además, una vez aceptada la lógica interna del argumento, Bayón deberá enfrentarse con un problema añadido: puede que el «desafío escéptico» de Kripke amenace no sólo el convencionalismo superficial, sino también el convencionalismo profundo. Pero responder a este problema nos exige adentrarnos ya en esta segunda versión del convencionalismo.

El *convencionalismo profundo* renuncia a limitar las convenciones jurídicamente relevantes a las convenciones explícitas o selladas mediante acuerdo expreso. Las reglas no limitan su ámbito de validez a aquellos casos avalados por convenciones explícitas; el ámbito de validez está conformado mediante convenciones explícitas, pero también mediante convenciones implícitas, tácitas o sobrentendidas. El manejo de las reglas no exige que sus usuarios sean capaces de formular exhaustivamente todas sus posibilidades de aplicación; el uso correcto de una regla requiere el conocimiento de todo el trasfondo de criterios compartidos por la comunidad, para lo cual basta con un conocimiento tácito⁶². Las reglas disponen así de cláusulas implícitas que pueden legitimar la extensión de la misma a casos no comprendidos por las explícitas; además, las reglas disponen de excepciones implícitas, las cuales pueden invalidar la aplicación de la regla a un caso en apariencia contemplado por las cláusulas explícitas⁶³.

Para Bayón, el convencionalismo profundo resulta una descripción más ajustada de la práctica jurídica. Dicho de otro modo, esta segunda variante logra esquivar el argumento del contraste con la práctica, porque la hipótesis del juez que aplica un principio moral no recogido en la regla de reconocimiento es interpretada por el modelo como un ejemplo comprensible de aplicación de convenciones tácitas. La amenaza escéptica de Kripke también se desdibuja: las

⁶¹ «Tanto los defensores como los opositores de la indeterminación radical del derecho han intentado servirse de las discusiones de Wittgenstein sobre el seguimiento de las reglas para fundamentar sus posiciones. En mi opinión, ambos encuentran en Wittgenstein más de lo que hay». B. BIX. «The Application (and Mis-Application)...», *op. cit.*, p. 223. La razón es explicada poco antes, y viene a subrayar que no podemos saltar fácilmente de la gramática del lenguaje en general a la del derecho en particular. «A diferencia de las materias que le interesaban a Wittgenstein, el derecho es una actividad reflexiva: los participantes consideran, discuten y argumentan acerca de cómo deberían actuar. Al contrario de las descripciones de Wittgenstein sobre los matemáticos y las series matemáticas, en derecho estallan verdaderas disputas sobre temas como si una regla ha sido obedecida o no. La práctica jurídica, local y generalmente, está sujeta a la crítica y está necesitada de justificación». *Op. cit.*, p. 216.

⁶² Art. 1, p. 52; art. 2, p. 79.

⁶³ J. C. BAYÓN: «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico». *Doxa*, vol. 24, 2001, p. 54. El convencionalismo profundo se correspondería ahora con lo que Dworkin denomina el «convencionalismo suave», atento a la dimensión explícita e implícita de las convenciones. Tanto en este caso como en la nota 55, la diferencia con Dworkin es que lo que éste denomina «convencionalismo» es una teoría interpretativa, una especie de positivismo ideológico ajeno a las directrices de nuestro primer epígrafe.

aplicaciones correctas de las reglas ya no se avalan únicamente por una serie limitada de hechos pretéritos, sino por un trasfondo indeterminado de usos, rutinas, prácticas y sobrentendidos comunitarios. De hecho, el convencionalismo profundo no es sino la solución aportada por Kripke y sus seguidores al problema del seguimiento de las reglas⁶⁴. Kripke es consciente de que, pese al argumento antes descrito, los participantes en una práctica saben en general qué aplicaciones de sus reglas son correctas y qué otras son incorrectas. Ahora bien, este conocimiento no obedece a criterios fijos a priori o a una lista de convenciones explícitas, sino a un trasfondo de creencias comunitarias. Es cierto que, en uso de este trasfondo, la aplicación de las reglas se sustenta en realidad a posteriori, caso por caso, y también que, antes que de conductas regladas a priori, sería más propio hablar de conductas aceptadas a posteriori de acuerdo con las creencias de la comunidad. Sin embargo, sigue existiendo un test de corrección, un test genérico que se remite a un cuadro inespecífico de convenciones tácitas o «profundas».

Pero, además, el convencionalismo profundo parece zafarse de otro tipo de acusaciones dirigidas contra toda forma de convencionalismo. Sabemos que cualquier convencionalismo juzga la tarea de identificar el significado de los términos jurídicos como una tarea descriptiva, porque se limita a recoger en la definición de un término el conjunto de creencias sostenidas por una comunidad a propósito del mismo. Para Brink, esta interpretación se enfrenta con dos problemas insolubles. El primero es que las creencias de las comunidades son a veces objetivamente erróneas; y, sin embargo, el convencionalismo convierte en verdad objetiva el conjunto de dichas creencias, y en falsedades las interpretaciones disidentes, aun cuando éstas se demuestren después como científica o moralmente acertadas. El segundo es que el convencionalismo niega la posibilidad de desacuerdos genuinos a propósito de los conceptos jurídicos; es posible que conceptos como «igualdad», «discriminación» o «muerte clínica» sean objeto de una aguda controversia en la moral, en la política o en la ciencia, pero no así en una práctica convencional como es la práctica jurídica: los usos de estos conceptos están o bien comprendidos dentro del acuerdo que regula sus aplicaciones, en cuyo caso la controversia no tiene sentido, o bien no lo están, en cuyo caso no hay convención alguna que pueda legitimar dichos usos. Desde ambos argumentos, razonar desde una posición crítica o disidente acerca del sentido jurídico de los términos resulta incomprensible; en la medida en que esta actitud excede el perímetro delimitado por las convenciones, implica abandonar la práctica jurídica, y manejar otro tipo de lenguaje. En ese caso, el

⁶⁴ «El escepticismo ante las reglas amenazaba tanto la estabilidad del lenguaje como el Estado de derecho... Los escépticos necesitaban una teoría que explicara por qué las aplicaciones novedosas de palabras y de leyes... no eran saltos al vacío... Su nueva teoría, la comunidad interpretativa, veía una nueva fuente de estabilidad lingüística fuera del texto... Las disposiciones colectivas acerca de cómo usar las palabras de los usuarios de un lenguaje se convierten en el baremo extratextual de aplicación correcta». C. ZAPF y E. MOGLEN: «Linguistic Indeterminacy and the Rule of Law», *op. cit.*, pp. 495-496.

convencionalismo acreditaría su reputación acrítica y conservadora, porque impondría el uso mayoritario o dominante de los conceptos morales o políticos contenidos en el derecho⁶⁵.

A juicio de Bayón, el convencionalismo profundo acoge la constatación de errores y desacuerdos genuinos y, por tanto, admite juicios críticos y disidentes sobre los conceptos jurídicos. En el convencionalismo superficial, existe una definición expresa y específica de los términos, lo que convierte en un sinsentido la idea de un error generalizado sobre el uso de un concepto: si una aplicación disidente se generaliza, no hablaríamos ya de un error generalizado, sino que interpretaríamos que la antigua convención ha sido sustituida por otra nueva. En cambio, el convencionalismo profundo define los términos mediante una suma de convenciones superficiales y de convenciones profundas. Este conjunto ya no resulta perfectamente transparente, y puede malinterpretarse o aplicarse erróneamente incluso de forma generalizada. Un uso mayoritario que se acoge a expresiones superficiales puede ser erróneo si no concuerda con el trasfondo más profundo de hábitos y convenciones. Por la misma razón, será posible hablar de desacuerdos genuinos. Allí donde la convención no es transparente, las diferentes opciones relativas a sus usos y aplicaciones correctas sostendrán desacuerdos de fondo; quien participa en la práctica puede sustentar con sentido juicios disidentes sobre el significado de los conceptos sin que ello represente un abandono del lenguaje jurídico, sino la postulación del uso verdaderamente riguroso del mismo⁶⁶.

A continuación, mostraré mis dudas acerca del éxito del convencionalismo profundo a la hora de esquivar las anteriores críticas. Dado el carácter de «apunte esquemático» que Bayón concede a sus argumentos, me limito a plantear unos interrogantes a los que, a mi juicio, debiera responder una teoría más completa sobre el tema.

2.2. Mi comentario puede ordenarse en torno a dos consideraciones. En un primer paso, me concentraré en el argumento del contraste con la práctica y, en menor medida, en el argumento escéptico (a); el análisis se sitúa dentro de lo que Bayón denomina la ontología diferencial del convencionalismo profundo, y tratará de profundizar en el problema de qué tipo de hechos sociales son finalmente admitidos dentro de la práctica jurídica. En un segundo paso, trataré los problemas del desacuerdo genuino y el error (b).

⁶⁵ Una formulación sintética de estas críticas se halla en D. O. BRINK: «Legal Interpretation and Morality». En B. LEITER (ed.): *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge U.P., 2001, pp. 21 y ss. Si pasamos de una teoría interpretativa a otra iusnaturalista, los reproches de conservadurismo se vuelven más ásperos. M. MOORE: «Moral Reality Revisited», *op. cit.*, p. 142. «Moral Realism», *op. cit.*, p. 84.

⁶⁶ Art. 1, pp. 52-54; art. 2, pp. 79-81. G. POSTEMA también reconoce el desacuerdo genuino dentro de un positivismo que ya no consiste en un conjunto de «respuestas rutinarias a situaciones rutinarias». «“Protestant” Interpretation and Social Practices». *Law and Philosophy*, vol. 6, 1987, pp. 202-203. En el mismo sentido T. MORAWETZ: «Wittgenstein and Deliberative Practices». *Wittgenstein and Legal Theory*, *op. cit.*, p. 11.

a) A la cuestión relativa a los hechos constitutivos de la práctica, el convencionalismo profundo ofrece una respuesta compleja que incorpora criterios tácitos o implícitos. Sin embargo, la profundidad de esta variante ha de comprenderse en compañía de otro rasgo inherente a todo convencionalismo jurídico: éste reconoce el derecho como una realidad limitada. Bayón acepta la tesis del carácter limitado del derecho como una «consecuencia ineludible» de la tesis convencionalista⁶⁷. Es lógico que sea así, porque, como vimos antes, la función básica de las convenciones es la de definir o estipular qué entendemos por un concepto o una práctica, lo que significa precisar, demarcar o delimitar su sentido. El carácter limitado de la realidad jurídica significa que las convenciones profundas no pueden ser contempladas como un fondo impreciso y de imposible distinción con otro tipo de realidades; por el contrario, el conjunto de las convenciones profundas sería también un conjunto delimitable y sujeto a criterios de identificación. Los hábitos, por profundos que sean, deben acreditar una prueba de relevancia jurídica o de *opinio iuris* que los diferencie de otros⁶⁸.

¿Cuáles son estas condiciones de aceptabilidad? El convencionalismo profundo puede responder a esta pregunta con un grado variable de concreción. En ocasiones, parece juzgarse como necesario que las convenciones profundas demuestren algún tipo de ligamen con los acuerdos explícitos o convenciones superficiales. Así, en ocasiones, Bayón resume el convencionalismo profundo como una suma de las normas jurídicas expresas y de las convenciones interpretativas o cánones de interpretación vigentes en la comunidad jurídica⁶⁹. Y, en torno a los cánones de interpretación, las referencias que incluye mueven a pensar en la exigencia de algún tipo de vínculo demostrable con las convenciones explícitas. Éste es claramente el caso de W. J. Waluchow, quien también reconoce la relevancia de las convenciones implícitas, pero siempre y cuando éstas se declaren «en reglas secundarias de interpretación aceptadas por los jueces del sistema»⁷⁰. Pueden ser admisibles cánones de interpretación muy alejados de la interpretación literal y muy sensibles al «rico trasfondo interpretativo» de creencias; sin embargo, estos cánones han de estar inscritos dentro de las reglas secundarias, se supone que las reglas de enjuiciamiento o adjudicación habitualmente reconocidas por los jueces. En el vocabulario de Dworkin, las convenciones implícitas habrían de acreditar un «apoyo institucional» claro, porque habrían de ser reconocidas por algún criterio de identificación mencionado expresamente por leyes o por precedentes judiciales anteriores⁷¹. Por

⁶⁷ Art. 1, p. 50 n. Para H. PUTNAM, un rasgo inherente al convencionalismo es el intento de agotar el significado de la noción analizada. «The Refutation of Conventionalism», *op. cit.*, p. 163.

⁶⁸ Sobre la *opinio iuris* en las convenciones, ver G. DEN HARTOGH: «A Conventionalist Theory of Obligation», *op. cit.*, pp. 256-259. Su concurso no queda demostrado recurriendo vagamente a efectos normativos como críticas a las conductas desviadas: como expresa el ejemplo de G. J. Warnock, criticamos a quien viaja a Inglaterra desprovisto de un paraguas, pero ello no convierte este hábito en una convención normativa.

⁶⁹ Art. 2, p. 79.

⁷⁰ W. WALUCHOW: *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, p. 250.

⁷¹ *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 40.

supuesto, al poner el acento sobre el carácter delimitado del convencionalismo profundo persigo mostrar su incapacidad para superar las críticas del convencionalismo superficial. Si las convenciones profundas se delimitan mediante criterios inscritos en reglas secundarias o exigen la mención expresa en leyes y precedentes anteriores, no seremos capaces de superar ni el argumento del contraste con la práctica ni el desafío escéptico de Kripke. Al igual que en el convencionalismo superficial, el derecho se cierra de nuevo en torno a una lista de criterios enumerables. La teoría se mostrará como una descripción errónea de la práctica jurídica en cuanto los jueces desborden la lista de criterios y solucionen un caso mediante una norma no reconocida por las reglas secundarias o que no cuenta con apoyo institucional alguno⁷². Por último, en la medida en que reduce la interpretación de los conceptos jurídicos a unos criterios sustentados en una serie de hechos pretéritos, esta variante volvería a quedar inerte ante la advertencia de que no hay nada en el pasado que nos impida aplicar los conceptos de forma radicalmente distinta.

Mi impresión, sin embargo, es que el convencionalismo profundo pretende excavar más hondo, y que admitiría la aplicación de convenciones radicalmente novedosas, ajenas a los cánones de interpretación contenidos en una lista de reglas secundarias o que no acreditaran apoyo institucional alguno. Habríamos de considerar más en serio el carácter tácito y no formulado de estas convenciones comunitarias, y el sentido que autores como Wittgenstein o Searle atribuyen al «trasfondo comunitario» de creencias como fuente última de toda interpretación legítima de los conceptos de una práctica. Si sabemos interpretar los conceptos en general y los conceptos jurídicos en particular es por la sabiduría que nos proporciona el trasfondo comunitario de creencias. Searle define ese trasfondo como «un conjunto de capacidades no intencionales o pre-intencionales que hacen posible los estados intencionales de función»⁷³. Por «capacidades», entiende una serie de habilidades o de disposiciones que hemos adquirido por nuestra experiencia en el manejo de los términos y de las reglas; es la experiencia y la familiaridad con las reglas, y no el uso de convenciones explícitas o de criterios tasados, lo que permite saber, por ejemplo, si es aconsejable el uso de la corbata en un acto social específico, o si, pese a lo que digan los reglamentos municipales, mi conducta ruidosa o molesta es castigada o tolerada por la policía. Bajo estas habilidades y conocimientos subyace una cantidad ilimitada e indefinible de criterios y de experiencias. Si éstos son ilimitados y desbordan cualquier ensayo de formulación y de enumeración es porque muchas

⁷² El convencionalismo profundo ya no puede integrar la crítica que R. DWORKIN le dirige al positivismo en *Taking Rights Seriously*, porque, para éste, «no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional y de qué clase es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado». *Op. cit.*, p. 40.

⁷³ *La construcción de la realidad social*, *op. cit.*, p. 141. Sus asunciones implícitas no son, además, fijas o delimitadas ni en número ni en contenido, y cada formulación de una de ellas implica convocar muchas otras. «Literal Meaning». *Erkenntnis*, vol. 13, 1978, pp. 214-215.

veces nos pasan inadvertidos, es decir, son preintencionales. Es posible que nunca hayamos tenido conciencia de su existencia, pero surgen de inmediato ante un caso muy particular, y nos permiten así, como subraya Bourdieu, «improvisar» un nuevo uso de los términos⁷⁴. En algunos casos, el manejo de los criterios del trasfondo se ha internalizado de tal forma que éstos se aplican de forma totalmente inconsciente, y creemos un acto de libre decisión lo que no es sino obediencia mecánica a un cúmulo de patrones adquiridos: con razón gusta Searle de repetir el aforismo de La Rochefoucault, según el cual «nadie se enamoraría de no haber leído algo al respecto»⁷⁵. El tópico que define los hábitos y las costumbres como una segunda naturaleza cobra aquí plena vigencia. Las convenciones profundas pueden así excepcionar casos que parecen claros de acuerdo con las convenciones explícitas; y, por otra parte, el trasfondo nos previene de aplicaciones extravagantes que, razonando desde Kripke, no podrían ser refutadas por el convencionalismo superficial: el argumento del contraste con la práctica y el desafío escéptico quedarían así definitivamente superados.

Sin embargo, creo que el convencionalismo profundo no termina por desligarse de los problemas que le acechan. Por muy hondo que excave, por innumerables y soterrados que sean los criterios aplicables, lo cierto es que el derecho sigue siendo en su concepción una realidad limitada. Puede que los criterios aplicables sean innumerables, pero no lo son las razones por las se admiten dichos criterios: éstos han de acreditar su condición de hábito social arraigado. Y, si ello es cierto, no serán admisibles los criterios que sean aducidos por razones diferentes a las que el convencionalismo admite. Éste es precisamente el caso del juez que reconoce un criterio por razones de corrección moral; si este criterio no describe un hábito socialmente arraigado, en ese caso la práctica jurídica contrasta con la descripción de la misma que el convencionalismo profundo formula. Los logros son también relativos en el problema del desafío escéptico. El argumento de Kripke nos advierte de que no podemos refutar aplicaciones excéntricas o extravagantes de las reglas desde una lista fija de criterios de aplicación, porque estos criterios se sustentan sobre una experiencia pretérita de aplicaciones que es finita o limitada. Sin embargo, si el problema es que mis aplicaciones pasadas son finitas, aducir que hemos sumado convenciones o criterios implícitos a las convenciones o criterios explícitos no es la forma idónea de superar el desafío: las convenciones implícitas añadidas también serán la extrapolación de aplicaciones pretéritas limitadas⁷⁶. Para superar el desafío no nos basta con un número impreciso de convenciones o de criterios de interpretación: necesitamos un número infinito, lo que se opone lógicamente al carácter limitado del derecho, y es en la práctica inverosímil.

⁷⁴ P. BOURDIEU: *Esquisse d'une théorie de la pratique*. Genève: Librairie Droz, 1972, p. 12. Coinciden en este acento sobre la improvisación G. POSTEMA: «"Protestant" Interpretation...», *op. cit.*, p. 303, y J. SEARLE: *La construcción de la realidad social*, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 146.

⁷⁶ C. ZAFF y E. MOGLEN: «Linguistic Indeterminacy...», *op. cit.*, pp. 497-499.

Por último, si el convencionalismo profundo asume radicalmente los modelos de Wittgenstein o Searle, es el mismo carácter «convencional» de los criterios el que se ve cuestionado. En el epígrafe 1, de la mano de la definición de Lewis, acentué los rasgos de conocimiento y de existencia de alternativas para poner de relieve la dimensión intencional de las mismas. Además, Lewis señalaba en la existencia de alternativa, es decir, en el carácter arbitrario de su contenido y en la facultad de los individuos de modificar dicho contenido, el núcleo de la convención. Desde el punto de vista de Searle, sabemos que el «trasfondo» —al que, significativamente, éste nunca se refiere mediante el término «convención»— es un conjunto de creencias o de capacidades preintencionales. Nuestra conducta no se explica por nuestra obediencia a las reglas o a las convenciones, sino que es una respuesta mecánica a cierto tipo de situaciones inducida por nuestra cultura y nuestra experiencia. Los cambios de estos hábitos se producen de modo semi-inconsciente, tal y como pudiera modificarse un clima o un paisaje. Cuanto más excavemos en la profundidad del trasfondo, más difícil será defender el carácter verdaderamente convencional de los hábitos allí integrados. En la medida en que los hábitos de los que depende pueden ser juzgados de «segunda naturaleza», la posición ontológica del convencionalismo profundo deja de ser nítidamente convencionalista, y se acerca al realismo o al naturalismo, cuyo rechazo proclamaba⁷⁷.

b) Finalmente, es también dudoso que el convencionalismo profundo permita explicar la existencia de desacuerdos genuinos o de errores sustanciales. En su modelo teórico, los desacuerdos giran en torno a cuál es el uso de los conceptos jurídicos que resulta congenial a nuestras prácticas, y que puede reconocerse como ortodoxo de acuerdo con las creencias de nuestra comunidad interpretativa. La presunción es que existe un acuerdo social de fondo sobre el significado de los conceptos y, por tanto, sobre sus posibilidades de aplicación. Esta presunción se traduce en la vigencia de un test inapelable en torno a la aplicación correcta de los conceptos: las creencias vigentes en nuestras prácticas comunitarias; la mejor interpretación de un concepto es la que describe con más precisión su sentido comunitario. Creo que, desde esta comprensión, los desacuerdos de los que nos habla el convencionalismo profundo no son genuinos; en su filosofía, no hay desacuerdo alguno acerca de hacia dónde debemos dirigir nuestra mirada para resolver el caso: nuestra mirada está ajustada por nuestra

⁷⁷ «Lo que sea natural o inevitable... dadas nuestras constituciones y formas de vida no puede ser descrito de modo inteligible como "convencional"». H. PUTNAM: «Convention: A Theme in Philosophy». *Realism and Reason. Philosophical Papers*, vol. III. Cambridge: Cambridge U.P., 1983, p. 175. J. SEARLE defiende el realismo externo en *La construcción de la realidad social*, op. cit., capítulos 7 y 8. B. STROUD elabora una interpretación naturalista de Wittgenstein en «Wittgenstein and Logical Necessity». En *Meaning, Understanding and Practice: Philosophical Essays*. Oxford: Oxford U.P., 2000, pp. 1-17. Para Stroud, una convención es algo que podemos decidir o estipular; sin embargo, para Wittgenstein, lo que nos mueve a aceptar ciertas pruebas no es una decisión o una estipulación: lo que está en la base de esta aceptación son nuestras formas de vida, lo que equivale a nuestra naturaleza tal y como es determinada por nuestra biología y nuestra historia cultural. El «así es como actuamos» es una apelación última a nuestras reacciones naturales.

comunidad interpretativa, y el problema se reduce a que lo que debemos contemplar se muestra de forma borrosa. En un desacuerdo genuino, distintas voces sugieren alternativas incompatibles y conflictivas acerca de dónde podemos encontrar el significado de términos como libertad, igualdad o matrimonio (en el principio de utilidad, en el liberalismo político, en la moralidad comunitaria, en la moral cristiana...); sin embargo, el convencionalismo profundo alberga una certeza empírica y preteórica en torno al modelo que debemos imitar, y es tan sólo la imprecisión de sus contornos lo que supone un trabajo técnico añadido. Las diversas alternativas son propuestas de traducción o de formulación de la misma cosa, y no pueden considerarse conflictivas. Quien disienta del uso comunitario y profundo del término no se adecua a la definición convencional del mismo, no entiende propiamente el término, y, sin entender el término, no puede ser un crítico competente de su uso⁷⁸. Así las cosas, el desacuerdo es puramente mecánico, y no sustancial.

En rigor, uno de los aspectos más vulnerables del convencionalismo profundo es su presunción de consenso. El convencionalismo profundo asume que, ante cada nuevo caso, la práctica contiene una respuesta imputable a la comunidad jurídica como un todo. Esta respuesta equivale a un acuerdo o convención del que la comunidad se hace responsable. A falta de convenciones explícitas o de criterios garantizados mediante apoyo institucional, el acuerdo «profundo» se identificará con el trasfondo social de costumbres y sobrentendidos a propósito del problema que se trate. Si podemos traducir el recurso a este trasfondo como un recurso a las «formas de vida» comunitarias⁷⁹, la denuncia es fácil de formular: esta confianza en consensos de fondo presume una idea excesivamente homogénea de la comunidad. Es erróneo suponer que en nuestras sociedades contemporáneas subyacen acuerdos profundos en torno a los conceptos jurídicos controvertidos; resulta muy claro que nuestras comunidades no abrigan ningún consenso de fondo en torno a lo que significan la igualdad, la discriminación o el matrimonio. En sociedades donde convive una pluralidad tan dispar de formas de vida y de experimentos personales, no hay ninguna respuesta que pueda imputarse de forma inequívoca a la comunidad como un todo. Cualquier respuesta que podamos aducir en virtud de las costumbres, las creencias o las experiencias sociales de la comunidad no es la solución al problema, sino parte del mismo, y ello porque dicha respuesta se hallará seguramente implicada en un grave disenso con alguna opción minoritaria. No es tarea de este ensayo sugerir cómo se puede responder jurídicamente a este disenso; sí lo es advertir que, interpretado de este modo, el convencionalismo profundo soluciona en falso el problema presumiendo un consenso que no existe.

⁷⁸ C. WRIGHT: *Wittgenstein and the Foundations of Mathematics*. London: Duckworth, 1980, pp. 219-220.

⁷⁹ G. POSTEMA subraya que la práctica jurídica no es una práctica auto-consciente, sino radicada en la «cultura y la vida en común de la comunidad». «"Protestant" Interpretation...», op. cit., p. 305.

Si el desacuerdo compatible con el convencionalismo profundo es muy limitado, también lo serán las posibilidades de error admisible. Si sólo caben desacuerdos en torno a la delimitación del uso comunitario, sólo caben errores en la misma dirección, es decir, en torno a la descripción o la formulación precisa de este uso. Es cierto que el carácter subyacente del mismo puede motivar correcciones de notable magnitud; Bayón reitera que la epistemología instrumentada a la hora de reflotar las convenciones «profundas» es de tipo coherentista y holista, y no de tipo fundacionalista. El modelo no empieza y termina con la descripción de una serie limitada de hechos sociales que se interpretan como axiomas o fundamentos últimos intangibles. En su lugar, el modelo parte de una serie de casos claros juzgados como puntos de partida provisionales. La mayor seguridad de éstos se contrasta después con todos los argumentos normativos y las informaciones fácticas disponibles. El resultado de este contraste puede ser un criterio nuevo que, además, puede revisar los puntos de partida que, al comienzo, considerábamos claros y poco discutibles. Ahora bien, creo que, debido al contexto convencionalista en que nos encontramos, la epistemología es por fuerza menos holista y más fundacionalista de lo que se dice. Por lo pronto, existe un test no revisable, que es el que encomienda atender a las creencias profundas de la comunidad y dar cuenta de ellas con la mayor fidelidad posible; y, por otra parte, el holismo propio del razonamiento coherentista se ve aquí excepcionado, porque no puede acceder a las razones teóricas o valorativas que justifican los conceptos⁸⁰. Bajo estas limitaciones, los errores posibles siguen siendo de alcance muy restringido: son errores sobre la captación exacta de las creencias comunitarias, pero no sobre las creencias en sí mismas.

3. POSITIVISMO Y CONVENCIONALISMO

Distinguidas las dos variantes del convencionalismo, damos así por cerrada esta revisión del convencionalismo jurídico. Tan sólo resta considerar si los rasgos que definen el convencionalismo —la definición del derecho como un conjunto de hechos sociales, su anti-realismo y su interpretación descriptivista de la teoría jurídica— definen también el positivismo jurídico.

⁸⁰ Interpretado de este modo, el coherentismo se limita a perseguir consistencia, que los distintos hechos considerados casen entre sí. Pero el concepto de coherencia no se agota en el de consistencia. Para J. RAWLS, podemos tomar la decisión de prescindir de los juicios considerados aunque los principios concuerden con ellos. *A Theory of Justice*. Cambridge: The Harvard University Press, 1971, p. 48. En otra versión célebre del coherentismo, el círculo hermenéutico de H. G. GADAMER, «el círculo se está siempre ampliando, ya que el concepto de todo es relativo». *Verdad y método*, I. Salamanca: Sígueme, 1996, pp. 244-245. Ello quiere decir que el bagaje de argumentos y razones que el coherentismo puede esgrimir es potencialmente abierto, de modo que no tiene sentido poner coto a argumentos teóricos o de corrección. Así, para Dworkin, la coherencia suma al brazo de la consistencia un segundo brazo de «justificación».

La tesis 3 identificaba en el convencionalismo el contenido mínimo del positivismo. Creo que la evaluación de esta tesis impone una doble tarea. 1) La primera consiste en discutir si el convencionalismo es *suficiente* para definir el positivismo; la labor se traduce en el examen de algunas afirmaciones teóricas comúnmente interpretadas como postulados necesarios al positivismo, pero que la tesis 3 interpreta como meramente contingentes precisamente por sobrepasar el marco teórico del convencionalismo. Esta primera tarea está satisfecha por Bayón muy pormenorizadamente, de modo que nuestra aportación no introduce argumentos nuevos, y se limita a subrayar algunos aspectos de su estrategia de descartes. 2) La segunda es discutir si el convencionalismo es *necesario* para calificar una doctrina de positivista. Éste es ya un aspecto relativamente soslayado por nuestro autor, de modo que nos permitiremos comentar algunos contra-ejemplos.

3.1. Aunque, en ocasiones, Bayón se muestra indiferente ante la suerte del positivismo, lo cierto es que la tesis 3 puede interpretarse como una misión de rescate de esta tradición. Consciente de que las críticas recientes han hecho mella en algunos lugares comunes tradicionalmente asociados al positivismo, la estrategia de Bayón es soltar lastre y aligerar al positivismo de cargas teóricas comprometidas o dañadas. Creo que podemos clasificar las tesis más importantes desechadas por Bayón en dos grupos. El primero es relativo al papel de la moral en la teoría del derecho, un problema que el convencionalismo respondía mediante la comprensión de la teoría jurídica como una teoría descriptiva. El segundo es relativo a los límites de la realidad jurídica, y se ocupa de resolver el problema de las fuentes sociales de producción de esta realidad. Es en este segundo grupo donde las tesis descartadas son más significativas⁸¹.

Para una teoría descriptiva, definir lo que es derecho supone dar cuenta de hechos sociales o lingüísticos. El papel de la moral en la teoría del derecho queda ya expresado en esta fórmula por vía de exclusión. Podemos, si queremos, expresar la tesis de que no existe ninguna «conexión identificatoria entre el derecho y la moral», que nada es derecho porque sea justo y nada deja de serlo porque sea injusto; pero todas estas formulaciones son tautológicas: «si se asume de entrada que la existencia y el contenido del derecho están determinados por hechos sociales complejos, entonces, por definición, su identificación no depende de ninguna otra cosa»⁸². Una doctrina positivista no precisa sostener, en cambio, que el derecho carece de valor moral, ni necesita acusar de iusnaturalista a todo aquel que reconozca relevancia moral en el derecho por entender que ello supone establecer un vínculo entre el derecho y

⁸¹ Lo que subraya el autor en art. 1, p. 38. Un tercer grupo de descartes reuniría algunas tesis epistémicas sobre el punto de vista correcto a la hora de describir las convenciones. Éste sería el caso de la tesis que nos impone algún tipo de punto de vista: neutral, de ninguna parte, de participante... Art. 1, pp. 40-42.

⁸² Art. 1, p. 39.

la moral; una teoría puede, en efecto, defender esta relevancia moral, pero seguir dentro de la frontera del positivismo siempre y cuando permanezca fiel a la tesis de las fuentes, es decir, a la idea de que el único derecho válido es el producido por una serie de hechos sociales⁸³.

Pero, como anunciábamos, donde Bayón somete al positivismo a una dieta más rigurosa es en su doctrina sobre las fuentes sociales. Si el problema de las relaciones entre el derecho y la moral se explica desde el ingrediente descriptivista del convencionalismo, su postura en lo relativo a las fuentes sociales se explica desde su posición ontológica convencionalista y anti-realista. Sabemos que, a la pregunta sobre qué hechos sociales cuentan como derecho, existen dos respuestas posibles representadas por el convencionalismo superficial y el profundo, y que Bayón defiende esta segunda alternativa. Tanto el convencionalismo superficial como el convencionalismo profundo están comprometidos con la tesis del carácter limitado del derecho, una idea a la que nos hemos referido en el apartado anterior, y que responde a la función característica de cualquier convención de demarcar o de delimitar un aspecto de la realidad social⁸⁴.

Si Bayón distingue dos respuestas en torno a este problema, ello quiere decir que la variante «superficial» es meramente contingente, y ello aunque haya sido postulada por autores medulares en el positivismo contemporáneo, como son Hart y todos sus seguidores. Ahora bien, creo que merece la pena considerar un problema: al rechazar la tesis de la convención explícita, ¿nos estamos apartando de la senda positivista? Me parece evidente que, necesaria o no, la tesis de la convención explícita es una tesis familiar al entendimiento común de lo que es el positivismo. De hecho, la teoría de Hart es el principal avalista de la tesis 3: es su poderoso influjo en el positivismo contemporáneo el que permite reducir éste a convencionalismo; y, si Hart ha servido para avalar el núcleo convencionalista del positivismo, tampoco resultaría abusivo vincularlo a su interpretación de los hechos sociales. Lo que Dworkin deploraba del positivismo en *Taking Rights Seriously* no era tanto su desdén por los principios morales, sino que definiera el derecho como «un conjunto fijo de normas de cualquier tipo»⁸⁵, lo que apuntaba directamente al positivismo de

⁸³ Art. 1, p. 40. La tesis de los hechos sociales es compatible con la tesis sobre la naturaleza moral de la obligación jurídica, una tesis que muestra su operatividad una vez que el derecho ha sido ya identificado. También es compatible con la tesis de la pretensión de corrección, aunque, a diferencia de Alexy, Bayón desliga ésta de cualquier fundamentación moral objetiva (pp. 43-45).

⁸⁴ Por último, que el derecho sea una realidad delimitada no implica el necesario recurso a la discrecionalidad judicial en aquellos casos que rebasen las convenciones superficiales y profundas; es posible solucionar estos casos de modo distinto a la discrecionalidad, como, por ejemplo, mediante un hipotético procedimiento de *non liquet* o de *referé au législateur* que, a diferencia del que imperó durante la Revolución Francesa, sea adecuadamente diseñado y funcione eficazmente. Art. 1, pp. 48 y ss.

⁸⁵ *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 76. Ver nota 57.

Hart y al convencionalismo superficial. Creo que el tronco más robusto de la tradición positivista está nutrido entre otras tesis por una tesis sobre el carácter explícito, cierto y seguro de los hechos sociales relevantes. Es posible que las dos clases de convencionalismo defiendan tesis contingentes; sin embargo, la primera es una tesis positivista en un sentido más ortodoxo que la segunda.

3.2. Por último, ¿es cierto que toda forma de positivismo jurídico es una forma de convencionalismo? ¿Podemos afirmar que cualquier teoría no positivista es también no convencionalista? Existen dos respuestas negativas a estos interrogantes que podrían comprometer seriamente la tesis 3; así, podríamos negar esta tesis aduciendo teorías iusnaturalistas que son convencionalistas o compatibles con una interpretación convencionalista del derecho; y, en segundo lugar, podríamos juzgar errónea la tesis 3 por entender que hay formas de positivismo no convencionalista. Cuestionaré brevemente si estas alternativas son viables.

La equivalencia entre positivismo y convencionalismo se compromete, en primer lugar, identificando formas de iusnaturalismo convencionalista. Creo, sin embargo, que esta línea de ataque no resulta fructífera. Es cierto que existen algunos ejemplos de teorías iusnaturalistas que proclaman su compatibilidad con el convencionalismo; pero éstas son poco representativas, y, más importante aún, son poco iusnaturalistas. Podemos ilustrar este fenómeno acudiendo a la obra de T. Benditt, uno de los pocos iusnaturalistas que concilian principios de derecho natural, regla de reconocimiento y teoría convencionalista de la validez jurídica. En principio, el sistema cuenta con una regla de reconocimiento que identifica todas sus reglas⁸⁶. Sin embargo, Benditt se reconoce iusnaturalista porque, a diferencia de Hart, no cree que un conjunto de reglas constituya un sistema jurídico por la mera obediencia habitual de sus funcionarios; además de contar con una regla de reconocimiento, es preciso que el sistema sea juzgado por la mayoría de los ciudadanos como un sistema racional. Esta idea parece empujar la teoría dentro de un iusnaturalismo ortodoxo; una vez que Benditt invoca la idea de racionalidad, lo previsible es que proponga una serie de principios morales objetivos que desempeñen el papel de criterios de racionalidad ordenados sobre el derecho positivo. Sin embargo, pronto averiguamos que no es así; lejos de presuponer una moral objetiva o un modelo de racionalidad supraordenado a las convenciones sociales, Benditt adelanta que, por «racional», tan sólo quiere decir «que hay alguna razón para hacer lo racional, aunque sea equivocada»⁸⁷. Un sistema jurídico cuenta con principios morales, principios incluso no formulados por la regla de reconocimiento; sin embargo, lo que acredita estos principios como jurídicamente relevantes es el simple hecho de su pertenencia a la moral convencional. Reconoce que, muchas veces, la regla de reconocimiento «no identifica directamente» los principios aplicables; sin

⁸⁶ T. M. BENDITT: *Law as Rule and Principle*. Sussex: The Harvester Press, 1978, p. 89.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 108.

embargo, esta regla «al menos indica el camino» hacia ellos⁸⁸. De modo más genérico, define los principios jurídicamente operativos como «los criterios morales dominantes en la comunidad», o como «criterios implícitos en el sistema jurídico»⁸⁹. Por último, la relevancia jurídica de los principios es muy escasa, porque no son criterios de validez jurídica; con ello, las reglas pueden contradecir abiertamente el contenido de los principios sin menoscabo de su validez, y éstos ni siquiera son aplicables cuando exista una regla clara que solucione el caso. Los principios se limitan a la función de servir de pauta interpretativa o derecho supletorio cuando las reglas adolezcan de lagunas u oscuridades⁹⁰. Creo que calificar de iusnaturalista una teoría de este tipo distorsiona nuestro entendimiento más común de dicho término. El iusnaturalismo presupone una realidad moral objetiva y externa supraordenada a las convenciones sociales, y condiciona la identificación del derecho al razonamiento moral o evaluativo propio de dicha realidad; ninguna de estas dos propiedades es visible en una teoría como ésta, ni lo es en convencionalismo alguno.

El anterior razonamiento nos inclina al escepticismo ante cualquier forma de iusnaturalismo convencionalista. Ahora bien, ¿existe el positivismo no convencionalista? Defenderé una respuesta afirmativa a esta pregunta apoyándome en dos variantes históricas.

La primera posibilidad se corresponde con lo que C. S. Nino denomina «positivismo ideológico»⁹¹. Secundan esta doctrina quienes sostienen que la teoría del derecho positivista se justifica mediante razones morales objetivas: existen razones morales para limitar la identificación del derecho a una serie de hechos sociales, y supone un error moral subordinar estas tareas a otro tipo de criterios. Las razones de esta preferibilidad moral son muy diversas, y no nos corresponde ahora evaluarlas⁹². En cualquier caso, el positivismo ideológico refuerza su teoría sobre las fuentes sociales del derecho con una justificación teórica o evaluativa. De ese modo, esta variante niega una de las tesis que conforman el núcleo básico del convencionalismo: la concepción de la teoría del derecho como teoría puramente descriptiva, desde la cual la exigencia de fundamentar la práctica jurídica desde el punto de vista teórico o evaluativo nos sitúa más allá del convencionalismo.

Si Bayón siguiese el método empleado con la tesis de la limitación, tendría que degradar la tesis descriptivista al rango de tesis contingente, porque pueden constatare excepciones a la misma dentro del positivismo. Sin embargo, esta conclusión es excesivamente perturbadora para la tesis 3, porque ésta exige al menos que los caracteres esenciales del convencionalismo ostenten el rango de tesis necesarias.

⁸⁸ *Op. cit.*, p. 89.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 88.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 115.

⁹¹ *Derecho, moral y política, op. cit.*, pp. 20-21.

⁹² Mayor certeza y seguridad en las relaciones sociales, el riesgo de que el iusnaturalismo sirva para la legitimación acrítica de cualquier sistema jurídico... Véase art. 1, p. 37 n.

Por ello, su solución es modificar su método de trabajo. Hasta ahora, Bayón ha seguido un criterio empírico e inductivo: ha examinado todas las doctrinas positivistas, e inducido el mínimo común denominador presente en todas ellas. Si una tesis no estaba recogida por todas las variantes positivistas, entonces no pertenecía al código genético del positivismo. Sin embargo, este método se transforma ahora en un método normativo en el cual se parte de un criterio de selección que rechaza las teorías «objetivamente erróneas»: el positivismo ideológico queda excluido del experimento porque esta teoría «ha sido sometida a críticas que me parecen definitivas»⁹³. Creo, en primer lugar, que es extremado apartar del análisis a teorías como las de Bentham o Austin, a quienes se cuenta entre los fundadores del positivismo jurídico⁹⁴, o a propuestas contemporáneas como las de Postema o Waldron⁹⁵. Pero, en segundo lugar, creo que Bayón invierte los términos del razonamiento al modificar su método de trabajo; servirse ahora de un método normativo supone que ya no está describiendo el positivismo, sino que lo está redefiniendo según sus preferencias filosóficas.

La segunda posibilidad se corresponde con lo que Bayón denomina «formalismo» o «positivismo formalista». Nuestro autor se abstiene de definir estas expresiones. Creo, sin embargo, que el uso de las mismas es hoy un tanto equívoco. Trataré por ello de precisar la idea genérica que puede estar detrás de un positivismo no ideológico, pero incompatible con las ideas de acuerdo o convención⁹⁶. Por «positivismo formalista» me referiré a cualquier doctrina positivista que subordina la identificación, la interpretación y la aplicación del derecho aplicable a la satisfacción de distintos criterios lógicos o científicos inherentes a la comprensión de la práctica jurídica como una empresa racional. Estas exigencias lógicas han adoptado formas y manifestaciones muy diversas, tantas como las distintas formas de entender lo que es una ciencia jurídica rigurosa⁹⁷. En cualquier caso, lo que nos interesa de esta forma de positivismo no es tanto la

⁹³ Art. 1, p. 38.

⁹⁴ *Derecho, moral y política, op. cit.*, p. 19. El positivismo ideológico está así en la raíz del positivismo.

⁹⁵ G. POSTEMA: *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986, cap. 9. En otra obra, Postema dice sentirse «acompañado [en su defensa del positivismo ideológico] por la mayoría de los escritores anglo-americanos contemporáneos de teoría del derecho». «Law's Autonomy and Public Reason». En R. P. GEORGE (ed.): *The Autonomy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 81. La defensa de J. WALDRON se muestra rotundamente en «Normative (or Ethical) Positivism». En *Hart's Postscript, op. cit.*, pp. 410-435.

⁹⁶ Aun cuando esta idea no coincidiera con la que Bayón tiene en mente, resultará igualmente relevante en cuanto idea de un positivismo no convencionalista y, por tanto, en cuanto posible refutación de la tesis 3.

⁹⁷ Podemos mencionar aquí desde quienes han apostado por la conversión integral de las tareas de identificación, interpretación y aplicación del derecho en tareas rigurosamente lógico-deductivas hasta quienes se han limitado a recoger principios específicos de lógica normativa como «lo que no está prohibido está permitido». En el primer caso, puede mencionarse U. KLUG: *Lógica jurídica*. Caracas: Universidad Central, 1961. En el segundo, pueden mencionarse todas aquellas teorías que defienden la llamada «regla general exclusiva» aun cuando ésta no se vea refrendada por una norma jurídica positiva.

comprensión de las tareas propias del jurista como tareas lógicas como el carácter extraconvencional de los criterios lógicos que predica; para lo que llamamos aquí «formalismo», el jurista debe servirse de estos criterios lógicos aun en el caso de que las convenciones jurídicas de su comunidad no los reconozcan. Para una teoría convencionalista como la de Bayón, resulta comprensible el desacuerdo con un punto de vista semejante: el derecho es un artificio o una construcción social, de modo que lo que sea derecho en una comunidad será únicamente el producto de creaciones convencionales internas, y no de exigencias científicas externas; por las mismas razones, podemos entender el rechazo al «formalismo» por parte de Hart y de sus seguidores⁹⁸. Sin embargo, pese a que sea lícito alzarse contra el positivismo formalista, ya no lo es tanto negar por ello su condición de «positivismo». Así, por ejemplo, uno de los mandamientos de una ciencia jurídica rigurosa es contemplar su objeto como un sistema completo; y, al decir de Bobbio, esta idea forma parte del contenido mínimo o la seña de identidad del positivismo⁹⁹. No queremos manifestar nuestro acuerdo con Bobbio, y menos insinuar que el positivismo no formalista es menos positivista que el formalista; nuestra intención es mostrar de nuevo nuestro escepticismo ante este tipo de esfuerzos, y subrayar que resulta muy dificultoso negar la condición de positivismo estricto a una tradición que, como el formalismo, ha prestado tantos servicios al cultivo y a la divulgación de la filosofía positivista.

Existe, sin embargo, una forma posible de conciliar positivismo formalista y convencionalismo: no existe ningún conflicto entre positivismo formalista y convencionalismo si presumimos que la naturaleza de los criterios lógicos y científicos, incluidos los primeros axiomas de la lógica, es también convencional. Adoptar esta presunción sería una estipulación respetuosa con la tradición medular de la teoría de la ciencia contemporánea, la cual, rompiendo con explicaciones platónicas o empiristas, apostó en general durante el siglo XX por una justificación convencional de las leyes lógicas fundamentales¹⁰⁰. Sin embargo, creo que las razones por las que esta explicación es insatisfactoria fueron prontamente formuladas por W. Quine: la lógica procedería de las convenciones mediatamente, porque necesitamos de la misma lógica para

⁹⁸ Es este rechazo el que explica el silencio de Hart ante el problema de la ciencia jurídica. A. MARMOR, por su parte, condena el formalismo por «obviamente falso» en *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., pp. 328-329.

⁹⁹ N. BOBBIO: *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993, p. 210. La divulgación de esta imagen logicista o deductivista del positivismo no ha sido, desde luego, responsabilidad de N. Bobbio. A ella contribuyeron especialmente los autores realistas. R. POUND: «Mechanical Jurisprudence». *Columbia Law Review*, 1908.

¹⁰⁰ Hitos destacados en esta reinterpretación de las leyes lógicas son, a modo de ejemplo, el precedente de T. Hobbes, el descubrimiento de geometrías no euclidianas, la geometría de Poincaré y su definición de los primeros axiomas como definiciones disfrazadas, la interpretación de las verdades aritméticas por Whitehead y Russell como transcripciones convencionales de leyes lógicas y, en especial, la actitud generalmente sostenida por el positivismo lógico. A modo de ejemplo, A. AYER: *Lenguaje, verdad y lógica*. Barcelona: Orbis, 1984, p. 103.

inferir las leyes lógicas de las convenciones¹⁰¹. Justificar la lógica en las convenciones incorpora un círculo vicioso, porque esta operación sólo puede sustentarse mediante un recurso a la lógica. Como es sabido, el convencionalismo ha ensayado algunas vías de respuesta a la dificultad de Quine¹⁰²; no creo que el tema de este ensayo nos exija explorarlas, y menos subrayar sus dificultades. Presumiré así que la objeción de Quine sigue sin respuesta, y que este último recurso de conciliación entre positivismo formalista y convencionalismo es inviable¹⁰³.

¹⁰¹ W. QUINE: «Truth by Convention». En H. PUTNAM y P. BENACERRAF (eds.): *Philosophy of Mathematics*. Cambridge: Cambridge U.P., 1984, p. 352.

¹⁰² En realidad, la única salida del convencionalismo es adoptar la tesis aún más radical de que, cada vez que aceptamos una prueba en lógica o en matemáticas, estamos en condiciones de legislar de nuevo. De ese modo, las leyes lógicas no son mera consecuencia lógica de convenciones, y la aceptación de cada una de ellas es siempre una decisión arbitraria. Según algunos intérpretes, ésta es la actitud tomada por el segundo Wittgenstein. Así lo defiende M. DUMMETT en «Wittgenstein's Philosophy of Mathematics». *The Philosophical Review*, vol. 68, 1959. Con independencia de que su atribución a Wittgenstein sea correcta, lo cierto es que esta postura se ve en serios apuros a la hora de explicar el carácter necesario que atribuimos a las leyes lógicas. Para Dummett, la tesis echa por tierra las ventajas del convencionalismo, porque deja sin explicar la idea de que de las convenciones podemos inferir consecuencias novedosas. *Op. cit.*, p. 329.

¹⁰³ Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Hacia una concepción integradora del sistema jurídico», en el que participan varios profesores del área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca, y que se ha beneficiado de una ayuda concedida por la Dirección General de Investigación (proyecto BJU 2002-01494). El principal estímulo para su redacción fue un seminario de área que, acerca de estos temas, celebramos hace dos años a sugerencia del profesor Delgado Pinto; que el trabajo se destine a homenajearle es un honor para quien lo firma.