

Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin

Legal skepticism and conventions. The limits of conventionalism and Dworkin's challenge

Federico José Arena

 <https://orcid.org/0000-0001-8826-6353>

Conicet - Universidad Blas Pascal. Argentina

Universitat de Girona. España

Correo electrónico: fjarena@gmail.com

Recepción: 13 de septiembre de 2024

Aceptación: 29 de noviembre de 2024

Publicación: 4 de febrero de 2025

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19534>

Resumen: En este texto propondré una defensa del escepticismo jurídico frente a las críticas que le dirigiera Hart. Para ello, mostraré que una posición escéptica permite superar el desafío de Dworkin; mientras que eso no sucede con el convencionalismo, de base hartiana. Según Hart, el escepticismo es una mala teoría de los deberes jurídicos, ya que no encaja con los enunciados de deber pronunciados por los jueces. Sin embargo, Dworkin ha argumentado que la teoría de Hart tampoco tiene éxito en ese sentido. Como respuesta, se recurrió a la noción de *convención*: aquí analizaré el convencionalismo constitutivo de Marmor y el convencionalismo constructivo de Postema. Desde mi punto de vista, en el intento por responder a Dworkin, ambas propuestas terminan exagerando la dimensión cooperativa de la práctica jurídica. Aquí defenderé una salida diferente que consiste en reformular algunas tesis escépticas. Para ello, sostendré, en primer lugar, que los enunciados de deber de los jueces son una proyección de sus actitudes, tanto sobre la acción considerada obligatoria o prohibida como sobre el método interpretativo convencional que utilizan para fundamentar ese enunciado. Segundo, que esta perspectiva proyectivista puede explicar el discurso de los jueces en términos de valor de verdad y sus desacuerdos.

Palabras clave: deber jurídico; convención; cooperación; desacuerdo; proyectivismo.

Abstract: In this text I will propose a defense of legal skepticism against Hart's criticisms. To do this, I will show that a skeptical position allows us to overcome Dworkin's challenge, while this does not happen with Hartian conventionalism. According to Hart, skepticism is a bad theory of legal duties, since it does not fit with judges' statements of duty. However, Dworkin has argued that Hart's theory is also unsuccessful on that regard. Some author sought in the notion of convention a response to Dworkin: I will refer here to Marmor's constitutive conventionalism and Postema's constructive conventionalism. From my point of view, in the attempt to respond to Dworkin, both proposals end up exaggerating the cooperative dimension of legal practice. I will defend a different solution that consists of reformulating some skeptical theses. To do this, I will maintain, first of all, that judges' statements of duty are a projection of their attitudes both on the action considered obligatory or prohibited and on the conventional interpretive method used to support that statement. Second, this projectivist perspective can explain the judges' discourse in terms of truth value and their disagreements.

Keywords: legal duty; convention; cooperation; disagreement; projectivism.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Las trampas para el convencionalismo. El argumento de Dworkin*. III. *Cautiverio. Tipos de convencionalismo*. IV. *Projectivismo e interpretación*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

I. Introducción

Las teorías escépticas en el ámbito jurídico sostienen que las perplejidades acerca de los deberes que impone el derecho se deben a una falta de comprensión del funcionamiento del discurso en cuyo seno se pronuncian enunciados acerca de su existencia y contenido.¹ Una de las razones de esa incompreensión es que no hay tal cosa como deberes jurídicos, y de ello se sigue que no hay enunciados de deber verdaderos. Actualmente ha ganado espacio la idea según la cual es en las tesis de la escuela de Uppsala, y en especial de Axel Hägerström, su fundador, donde aparece

¹ Aquí me concentraré en el escepticismo en ámbito jurídico tal como puede ser atribuido a la escuela de Uppsala y sus seguidores, circunscribiéndome a la discusión acerca del valor de verdad de los enunciados de deber a través de autores asociados con la filosofía del derecho analítica. Para una introducción a las cuestiones relacionadas con el escepticismo en general, puede verse, entre muchos otros, a Pritchard (2019).

la primera formulación del escepticismo, en el contexto de su batalla contra la metafísica.² Hägerström enuncia por primera vez una versión del escepticismo en 1911, durante su clase inaugural, al asumir la prestigiosa cátedra de Filosofía Práctica en la Universidad de Uppsala.³ El texto de esa clase, originalmente titulada “Realidad y deber” y llevada adelante el 11 de marzo de 1911, es el más antiguo de Hägerström traducido al inglés.⁴ En ese texto se encuentra, en efecto, una formulación explícita de la tesis escéptica: “las ideas morales, eso es, ideas acerca de que cierta acción representa un valor supremo, no pueden ser consideradas verdaderas o falsas” (Hägerström, 1911/2014, p. 424).⁵

² Hägerström (1964b) sintetiza su objetivo empleando una versión de la opinión que Cañón tenía respecto de Cartago: *Praetera censeo metaphysicam esse delendam* (Hägerström, 1964b). Estas ideas de Hägerström surgen en un contexto intelectual en el que primaba la versión del idealismo desarrollada y popularizada en el norte de Europa por Cristopher Jacob Boström, quien fue un intelectual altamente influyente en Suecia. De todos modos, en los trabajos de Hägerström es posible advertir no sólo una adhesión al idealismo escandinavo en la temprana juventud, sino también líneas de continuidad incluso luego de la ruptura. Para una fina discusión de los diferentes períodos en el pensamiento de Hägerström, véase Mindus (2009).

³ De hecho, se considera a Hägerström como el representante “original y prototípico” del escepticismo (Mautner, 2014). En el mismo sentido, Olson (2014) considera a Hägerström un pionero. Aunque no sin controversias. Bjarup, por ejemplo, sostiene que, en ese texto, Hägerström combina el expresivismo acerca de los juicios de valor (sobre estados de cosas) con el cognitivismo acerca de los juicios normativos (sobre la moralidad de las acciones humanas) ya que defiende el ideal de autorrealización (Bjarup, 2000).

⁴ Si bien la traducción fue publicada cincuenta años más tarde, hay diferentes traducciones de este texto, incluso con títulos diferentes. La primera traducción, de 1964, es de R. Sandin, “On the truth of moral propositions” en Hägerström (1964a). La segunda, de 1971, es de T. Mautner, *On the truth of moral ideas*, ANU, Canberra, 1971. Aquí empleo esta última, en la versión revisada por el mismo traductor e incluida en Eliaeson, Mindus y Turner (911/2014, pp. 409-428). La publicación original fue bajo el título “Om moraliska föreställningars sanning” en Hägerström (1911, pp. 35-65).

⁵ Varios comentaristas de la obra de Hägerström sostienen que posteriormente a esa clase inaugural, formuló en varias ocasiones, sobre todo durante sus clases a partir de 1912, cuyo contenido se conserva en manuscritos o transcripciones, una teoría mixta, que combinaba esta tesis inicial para algunos enunciados de deber y una original teoría del error para otros enunciados de deber. En general, se atribuye a Petersson el haber identificado en Hägerström una teoría del error (Petersson, 1973; 2011); aunque véase Mindus (2009) y Spaak (2014) para referencias más antiguas sobre cierta periodización en el pensamiento de Hägerström. Desde mi punto de vista, no hay suficiente evidencia para apoyar esta atribución, pero no abordaré este punto aquí.

Hägerström ofrece allí dos tipos de argumentos a favor del escepticismo: ontológicos y psicológicos. Los ontológicos se refieren a las razones en virtud de las cuales no es posible considerar que existen los hechos que harían verdaderos a los enunciados de deber.⁶ Por otro lado, encontramos en esa clase inaugural una breve formulación del argumento psicológico, ampliamente desarrollado en Hägerström (1917/1953).⁷ Según este argumento, los enunciados de deber expresan un específico estado mental que impide que posean valor de verdad. Esta idea se apoya en un mapa de lo mental en el que se distinguen dos tipos de estados simples: las ideas y los sentimientos. La distinción principal entre estos tipos de estados mentales es que el contenido de las ideas es algo que puede tener existencia real. Mientras que el contenido de los sentimientos es de naturaleza fenomenológica, algo cuya existencia depende de ser experimentado por alguien. Los enunciados de deber son la expresión de un estado complejo, pues resultan de la asociación de una idea con un sentimiento. Esta asociación se produce en virtud de un largo proceso de aprendizaje a través del cual se consolidan directivas, consejos, imperativos que recibimos durante nuestra etapa formativa y, en consecuencia, terminamos asociando a la acción misma el sentimiento que tales órdenes nos producen.

De este modo, sostener que existe el deber de los padres de pagar alimentos a los hijos menores, no es más que una consecuencia de la frecuencia con que ese mandato ha sido dirigido a padres y madres. Al inicio, probablemente, la naturaleza subjetiva del enunciado era clara, pues estaba asociada a un mandato u or-

⁶ Entre los ontológicos, Hägerström propone el argumento basado en la perspectiva de un observador indiferente. Si bien para una persona comprometida con la evaluación de una acción o un evento estos pueden ser percibidos o mostrarse como poseyendo algún tipo de rasgo que determine su estatus valorativo, para un observador indiferente habrá solo propiedades empíricas, pero ninguna de ellas hace de la acción mejor o peor: "que una acción deba ser realizada no es algo que podamos descubrir mediante observación" (Hägerström, 1911/2014, pp. 420 y 421).

⁷ También están desarrollados con mayor detenimiento en Hägerström (1952), que contiene textos que van de 1917 a 1930. El volumen no ha sido traducido, pero hay varias citas que confirman las tesis aquí reproducidas en Petersson (2014, pp. 33-52).

den. Pero a medida que la orden se consolida, en el sentido que su fuerza se distancia de instancias individuales de emisión, las personas abstraen de la orden su rasgo normativo y terminan asociándolo a la acción como un rasgo objetivo de esta última. Así es como funcionan los enunciados de deber, aun cuando, desde el punto de vista de quien los pronuncia, puedan ser experimentados como referidos a propiedades reales del mundo, es decir, como referidos a propiedades independientes de la mente.⁸

Ahora bien, en la recensión del libro *Inquires* de Hägerström,⁹ Hart sostiene que el autor incurre en la “extravagancia o incoherencia” de sostener que instituciones jurídicas fundamentales del derecho romano son mágicas en el sentido de que dependen de “un sistema de creencias según el cual los efectos deseados (por ejemplo, la transferencia de un derecho) pueden producirse usando ciertas palabras formales o ceremoniales” (Hart, 1955). Hart señala que los términos a los cuales Hägerström asocia un contenido mágico, son parte fundamental de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, y el hecho de que Hägerström los haya descrito como “mágicos” es realmente desafortunado porque “conservan un significado y una importancia que son independientes de cualquier creencia en un mundo invisible de dioses u otras entidades cuyos poderes puedan ser invocados mediante palabras” y, además, porque el haberlos descrito de ese modo “le impidió avanzar en el análisis de la precisa función de esa terminología y de la manera en la que opera” (Hart, 1955, pp. 369 y 370). Desde mi punto de vista, hay algo de exageración en esta crítica de Hart. Ciertamente a veces Hägerström da la impresión de estar atribuyendo creencias sobre una metafísica de lo mágico a los operadores jurídicos. Pero si se lee con mayor caridad su obra, lo que está diciendo es que el modo en que se usan enunciados jurídicos para

⁸ Por supuesto, lo que antecede es una reconstrucción muy limitada del pensamiento y los argumentos de Hägerström. Un abordaje completo de sus ideas no sólo va más allá de las pretensiones de este artículo, sino también de mis competencias.

⁹ Existen dos recopilaciones de textos de Hägerström (1953, 1964a) traducidos al inglés: *Inquires into the nature of law and morals* y *Philosophy and religion*.

producir efectos jurídicos parece apoyarse en la creencia en entidades que no existen. Obviamente, no se trata de dioses o espíritus sobrenaturales, pero sí de entidades tales como deberes o normas que no poseen existencia empírica. Por supuesto, para quien cree en tales entidades, la creencia no tiene nada de mágico. Sin embargo, más allá de esa exageración de Hart, la crítica a Hägerström conserva todavía un punto que se refleja en la crítica que, en otro texto, Hart dirige contra la obra de Alf Ross, uno de los discípulos de Hägerström, *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, que había sido recientemente traducida al inglés como *On law and justice*. Una de las críticas de Hart es que aquella teoría de Ross, según la cual un enunciado de validez no es más que una predicción de algo que harán los jueces, “fracasa en dar una explicación plausible del uso de esa expresión en la boca de un juez” (Hart, 1959, p. 238). Y agrega que

no puede ser el significado en la boca de un juez que no está embarcado en predecir su propia conducta o sentimientos o los de los otros jueces. “Esta es una norma válida” pronunciado por un juez es un acto de reconocimiento; al decir que reconoce la norma en cuestión como una que satisface ciertos criterios generales aceptados para la admisión de una regla como una regla del sistema y, por lo tanto, como un estándar jurídico de comportamiento. (Hart, 1959, p. 237)

En definitiva, según la crítica hermenéutica de Hart, el problema con Hägerström y Ross es que no logran dar cuenta del modo en que jueces y juristas en general usan los enunciados de deber jurídicos.

El problema con el escepticismo es que no puede explicar el discurso de los jueces porque hablan como si existieran deberes jurídicos y usan los enunciados de deber de la misma manera que se usan otros enunciados que sí poseen valor de verdad. Por ejemplo, distinguen entre “estar obligado” y “sentirse obligado”, por una parte, y entre “finalidad” e “infalibilidad”, por otra. Esta forma

de utilizar los enunciados de deber muestra que el escepticismo es falso con respecto a las acciones lingüísticas de los jueces.

Para Hart la explicación de esa terminología es que obtienen su significado cuando “son pronunciadas o escritas bajo ciertas circunstancias que incluyen el hecho de la existencia de un sistema jurídico que contiene reglas que establecen que si esas palabras son usadas entonces se producen ciertas consecuencias jurídicas” (Hart, 1955, p. 372). La teoría de Hart en *El concepto de derecho* es bien conocida y no me detendré aquí en los detalles. Es sabido que, desde el punto de vista de Hart, al formular un enunciado de deber, los jueces pretenden afirmar la existencia de deberes jurídicos y que tales deberes jurídicos existen en virtud de la existencia de una práctica social de reconocimiento entre los jueces. Al formular enunciados de deber, los jueces expresan su aceptación de la regla de reconocimiento sin afirmar, aunque suponiendo, su existencia (Hart, 1961/1963, pp. 125-137). La regla de reconocimiento es entendida en la teoría de Hart como una práctica especial entre jueces que consta de dos elementos. Primero, una regularidad de comportamiento en virtud de la cual los jueces usan de manera convergente los mismos criterios para la identificación de normas jurídicas válidas. Y segundo, respecto de esa convergencia, los jueces asumen una actitud crítico-reflexiva, que consiste en criticar a quienes se desvían de ella y considerar la crítica justificada.

No obstante, según Ronald Dworkin, a pesar de los esfuerzos de Hart, su teoría de las reglas como prácticas no es capaz de dar cuenta de la existencia de deberes jurídicos.¹⁰ Para enfrentar este ataque, varios autores, incluido el mismo Hart, propusieron sustituir la teoría de las reglas como prácticas por la noción de convención, considerada capaz de apoyar la existencia de deberes jurídicos. De acuerdo con esta propuesta, los deberes jurídicos son convencionales. Sin embargo, Dworkin se mantuvo en su posi-

¹⁰ El primero que denominó la propuesta de Hart en *El concepto de derecho* (1961/1994) como “la teoría de las reglas como prácticas” fue, hasta donde sé, Joseph Raz (1991/1975, p. 58).

ción y reorganizó sus argumentos para mostrar que las convenciones no lograban cambiar las cosas.

Me parece que los convencionalistas han permanecido cautivos de las propias premisas de Dworkin y que esto los ha llevado a la derrota.¹¹ En efecto, Dworkin ha persuadido a los convencionalistas de que, sin explicar la existencia de deberes jurídicos, una teoría no podría explicar dos rasgos centrales del derecho: 1) el hecho de que los jueces afirman/asumen/presuponen que hay deberes jurídicos, y 2) el hecho de que los jueces tienen desacuerdos acerca de la existencia y el contenido de esos deberes. La tesis según la cual explicar estos dos rasgos requiere demostrar la existencia de deberes jurídicos es la premisa que me parece infundada y de la que una teoría del derecho debería deshacerse.

Mi argumento consistirá, en primer lugar, en mostrar que los enunciados de deber de los jueces son sólo una proyección de sus actitudes, y que los jueces proyectan sus actitudes tanto sobre la acción que consideran obligatoria o prohibida como sobre el método interpretativo convencional que utilizan para fundar el enunciado. Segundo, que el discurso y los desacuerdos de los jueces pueden ser explicados bajo esta perspectiva proyectivista unida con un esquema cuasirrealista. Por un lado, ello permitirá dar espacio al discurso de los jueces, en términos de valor de verdad, mediante la tesis cuasirrealista según la cual quienes usan el lenguaje para expresar sus actitudes obtienen el derecho a hablar en términos de verdad si son capaces de producir un conjunto mejorado de actitudes. Por otro lado, los desacuerdos entre los jueces sobre el fundamento de sus enunciados de deber no son otra cosa más que desacuerdos de actitudes respecto de la interpretación de la disposición normativa, es decir, sobre cuál es el mejor método interpretativo. Y ello permitirá reivindicar al escepticismo.

Procederé de la siguiente manera. Primero, presentaré la crítica de Dworkin contra el convencionalismo y las premisas en las que se

¹¹ Como sólo me referiré aquí al convencionalismo en ámbito jurídico usaré "convencionalismo" para evitar el más extenso "convencionalismo jurídico".

basa. En segundo lugar, examinaré las respuestas que el convencionalismo ha propuesto a esas críticas y mostraré por qué no son capaces de escapar de las objeciones de Dworkin. Tercero, mostraré por qué las premisas de Dworkin son infundadas y cómo esto abre una alternativa para el escepticismo, aunque en una versión poco convencional.

II. Las trampas para el convencionalismo. El argumento de Dworkin

El convencionalismo es un intento por explicar cómo surgen los deberes jurídicos. De acuerdo con la tesis central del convencionalismo, que llamaré “tesis convencionalista”,¹² los deberes jurídicos son convencionales.

Desde la perspectiva de Dworkin, la tesis convencionalista tiene dos versiones posibles. Puede ser una tesis sobre cómo las convenciones *constituyen* deberes jurídicos o una tesis sobre cómo las convenciones *justifican* deberes jurídicos. Bajo la primera versión equivale a la afirmación que la convención determina la existencia y el contenido del deber. Bajo la segunda versión equivale a la afirmación que la convención confiere apoyo a la existencia del deber y determina parcialmente su contenido.¹³

Dworkin acepta que el convencionalismo puede tener cierto atractivo, dado que casi todo el mundo está de acuerdo con que ciertas acciones humanas, como las del Congreso y las de los jueces, producen el derecho que cuenta en sus vidas.¹⁴ Sin embar-

¹² Varios autores han utilizado la etiqueta “tesis convencionalista” para referirse a la tesis central del convencionalismo (si bien no siempre le atribuyen el mismo contenido). Véase Coleman (2001, p. 357), Postema (2011, p. 483) y Bayón Mohino (2002b).

¹³ “El hecho de que exista la práctica [...] *justifica* que se afirma en ese sentido una regla normativa, no porque la práctica *constituya* una regla que el juicio normativo describe y respalda, sino porque crea maneras de infringir y genera el tipo de expectativas que constituyen el terreno adecuado para afirmar que [existe el deber], o para afirmar como regla normativa que ese es [un] deber” (Dworkin, 1978/1984, p. 116) (énfasis añadido).

¹⁴ Además, si el convencionalismo estuviera en lo cierto, la existencia del deber sería una cuestión de meros hechos sociales, *i. e.*, la existencia de una práctica social uniforme.

go, considera que ambas versiones del convencionalismo fracasan como teorías del deber jurídico.

La versión constitutiva del convencionalismo sería la defendida por Hart en su libro *El concepto de derecho*. Según la teoría de Hart, tal como es presentada por Dworkin, los deberes jurídicos están *constituidos* por una práctica social uniforme de reconocimiento de tales deberes (Dworkin, 1978/1984, p. 106). El ataque de Dworkin se despliega en varios pasos. Su estrategia es encerrar al convencionalismo en una dificultad filosófica y luego diseñar una puerta a través de la cual el convencionalismo podría escapar. Tristemente, la salida ofrecida no es más que la entrada a otra celda, más pequeña.

La primera celda se construye alrededor del ejemplo del vegetariano. El convencionalismo no puede explicar la afirmación de un vegetariano de que existe el deber de no alimentarse con animales en una sociedad no vegetariana. En ese escenario, el convencionalismo sólo puede ver al vegetariano como deseando que exista un deber, pues dado que no existe una convención vegetariana (*i. e.*, no hay convergencia de comportamiento), no puede explicar la afirmación del vegetariano sobre la base de que acepta una convención, pues tal convención no existe. Pero eso no es lo que el vegetariano quiere decir; él afirma que el deber existe ya, aun cuando la sociedad todavía no lo haya reconocido. Para salir de esta celda el convencionalista debe evitar afirmar que todos los deberes están constituidos por una práctica social uniforme; debe limitar el alcance de la teoría a las prácticas ya existentes (Dworkin, 1978/1984, pp. 109-111).

Por desgracia, esto encerraría al convencionalismo en otra celda, ya que no logrará dar cuenta de la distinción entre la moral *concurrente* y la moral *convencional*. Aunque en ambos casos

Evidentemente, el hecho de que esto volvería la tesis convencionalista compatible con el positivismo jurídico ha sido una de las razones por la que muchos filósofos —que se consideran a sí mismos como positivistas— hayan depositado su confianza en las convenciones. La compatibilidad con el positivismo ha sido además una de las cadenas que Dworkin ha utilizado contra el convencionalismo. No analizaré aquí la relación entre el convencionalismo y el positivismo.

hay una práctica social uniforme, en el caso de la moral convencional los miembros de la comunidad “consideran el hecho de esa coincidencia como parte esencial de la razón por la cual afirman dicha regla” (Dworkin, 1978/1984, p. 111), mientras que en el caso de la moral concurrente ello no es así. En este último caso, las personas creen que el deber seguiría existiendo incluso si la práctica desapareciera (Dworkin, 1978/1984, p. 111). Por lo tanto, la teoría queda ahora arrinconada en la moral convencional.

Pero, de nuevo, la salida es sólo una ilusión. La teoría no es ni siquiera adecuada respecto de la moral convencional “porque no puede explicar el hecho de que, aun cuando la gente considere una práctica social como parte necesaria de las razones para afirmar algún deber, todavía pueden estar en desacuerdo respecto del alcance de tal deber” (Dworkin, 1978/1984, p. 112). En efecto, los jueces muy a menudo desacuerdan sobre la existencia y el contenido de los deberes jurídicos, sobre todo porque “tienen diferentes teorías sobre cómo deben interpretarse las leyes y demás decisiones anteriores” (Dworkin, 1986/2022, p. 125).

Dworkin presenta algunos ejemplos para demostrar que este es el caso; me centraré aquí en dos de ellos: *Riggs vs. Palmer*¹⁵ y *TVA vs. Hill*.¹⁶ En ambos casos hay un desacuerdo sobre la existencia y el contenido de un deber. En *Riggs*, la mayoría considera que existe un deber jurídico de negarle a Elmer la herencia de su abuelo, mientras que la minoría considera que existe el deber de concederle la herencia. En *TVA* la existencia de un deber de detener la terminación del dique Tellico es defendida por la mayoría y resistida por la minoría. Claramente estos son desacuerdos. Dworkin afirma que no se trata de desacuerdos empíricos, porque no hay discusión acerca de los hechos del caso, ni sobre los hechos relacionados con el sentido del texto.¹⁷ Según Dworkin se trata

¹⁵ Este caso fue introducido en Dworkin (1978/1984) y rebautizado como “El caso Elmer” en Dworkin (1986/2022, pp. 19-23).

¹⁶ Rebautizado como “El caso del Snail Darter” en Dworkin (1986/2022, pp. 23-26).

¹⁷ En realidad, hay varios desacuerdos empíricos entre la mayoría y la minoría, por lo que la reconstrucción de Dworkin no es del todo exacta. Por ejemplo, los jueces desacuerdan

de desacuerdos sobre las bases del derecho, es decir, acerca de lo que determina la existencia y el contenido del deber.¹⁸

En estos casos, donde no hay convergencia ni comportamiento uniforme, el convencionalista no puede decir que la existencia y el contenido del deber son inciertos, pues eso equivaldría a abandonar la tesis de que los deberes se constituyen por convención. Porque, aunque se conocen todos los hechos acerca del comportamiento social, no se conoce el contenido del deber (Dworkin, 1978/1984, p. 113). Cuando surge un desacuerdo de este tipo, afirma Dworkin, el convencionalismo está constreñido a decir que no existe ningún deber.¹⁹

Por lo tanto, la teoría debe ser debilitada aún más y considerarse únicamente “aplicable en los casos en que, como en algunos juegos, los participantes aceptan que, si hay discusión respecto de un deber, no hay tal deber. No se aplicaría, pues, a los deberes judiciales” (Dworkin, 1978/1984, p. 113). Este es el pequeño rincón filosófico que Dworkin reserva para el convencionalismo. El convencionalismo sólo parece capaz de explicar los deberes que surgen dentro de los juegos, donde un deber no es un deber si no hay acuerdo sobre ello.²⁰

Dworkin diseña una pequeña puerta de salida, pero, al igual que Alicia cayendo por el hoyo del conejo, el convencionalismo

respecto del impacto que tiene sobre las intenciones contrafácticas del Congreso el hecho de que el Congreso autorizara y asignara nuevos fondos a la construcción del dique después que el *Snail Darter* fuera declarado especie en peligro.

¹⁸ Voy a evitar aquí la etiqueta “teórico” que Dworkin utiliza en *El imperio del derecho* para referirse a los desacuerdos sobre fundamentos, porque creo que la etiqueta lleva una cierta ambigüedad. Más abajo, después de discutir el convencionalismo, introduciré algunas precisiones adicionales sobre los tipos de desacuerdos.

¹⁹ Dworkin sostiene que la única manera de entender el desacuerdo (y el hecho de que los jueces emitan ese tipo de enunciados) es optar por su teoría interpretativa, según la cual la existencia de un deber depende del mejor argumento político/moral a su favor. Es decir, existe el deber cuando su existencia puede ser defendida sobre la base del mejor argumento político/moral. Véase Dworkin (1986/2022, pp. 237-252) para una descripción de cómo esto funcionaría en la práctica jurídica real.

²⁰ Si el defensor del convencionalismo argumentara que los casos de desacuerdo pueden ser entendidos como casos en los que las personas que defienden la existencia del deber en algunos casos instan a reconocerlo en nuevos casos, quedaría sujeto a la objeción del vegetariano. Véase Dworkin (1978/1984, pp. 113-114).

es demasiado pequeño para alcanzar la llave que la abre. Para alcanzar la llave, el convencionalismo tiene que robustecerse, debe convertirse en una teoría que justifique los deberes —y no que meramente los constituya—. Sin embargo, una vez robustecido, el convencionalismo no podrá pasar por la puerta. En *El imperio del derecho* Dworkin afirma que, incluso si el convencionalismo llegara a convertirse en una teoría justificativa, fallaría como justificación de los deberes jurídicos.

Como teoría justificativa, el convencionalismo afirmaría que los deberes jurídicos surgen porque las convenciones acerca de cómo y cuáles instituciones tienen poder para producir derecho instancian el ideal de expectativas protegidas. Esto es así porque las convenciones “proporcionan una adecuada advertencia al hacer que las ocasiones de coerción dependan de hechos claros, disponibles para todos, antes que, de juicios nuevos sobre moralidad política, sobre los que distintos jueces podrían disentir” (Dworkin, 1986/2022, p. 121).

Dworkin plantea dos objeciones contra la afirmación que el ideal de las expectativas protegidas es instanciado por las convenciones jurídicas. Por un lado, el convencionalismo no puede mostrar cómo el estar atado al contenido de las convenciones puede realizar el ideal en los casos en que las convenciones se agotan. Por otro lado, la sorpresa (es decir, la frustración de las expectativas) no siempre es injusta.

Según la primera objeción, el convencionalismo debe aceptar que las convenciones no pueden ofrecer respuestas a los jueces en casos “donde la extensión explícita de las distintas convenciones jurídicas no contiene nada decisivo en uno u otro sentido y en los que, por lo tanto, el juez debe ejercer su discreción empleando estándares extrajurídicos” (Dworkin, 1986/2022, p. 131). Si ello es así, y el convencionalismo no se aplica a la mayor parte de los casos que llegan a los tribunales, entonces la defensa de las expectativas protegidas se debilita.

Esto da lugar a la segunda objeción. La frustración de las expectativas es injusta sólo cuando quien las frustra las ha alentado inten-

cionalmente. Si el convencionalismo fuera practicado y anunciado por las instituciones públicas, entonces sería injusto que esas instituciones lo abandonaran. “Pero ese no es nuestro caso, tal como lo ha demostrado el argumento desarrollado hasta el momento” (Dworkin, 1986/2022, p. 143). Es decir, dada la existencia de desacuerdos, las autoridades no pueden ser acusadas de alentar expectativas de que seguirán una convención.

Para resumir, el ataque de Dworkin contra el convencionalismo tiene como punto de partida el hecho de que los jueces afirman que hay deberes jurídicos. La propuesta del convencionalismo, para explicar estas afirmaciones, es que los deberes jurídicos son deberes convencionales y que existe una convención cuando hay convergencia. La crítica de Dworkin señala el hecho adicional de que los jueces a veces no están de acuerdo sobre el contenido de esos deberes y que incluso en esos casos afirman que hay deberes jurídicos. En los casos de desacuerdo no hay convergencia y, por lo tanto, no hay convención. Este hecho demuestra que la convergencia no es convencional y, por lo tanto, que el convencionalismo, en ninguna de sus versiones, es siquiera una buena explicación de los casos de convergencia. Es decir, el convencionalismo no puede mostrar cómo surgen los deberes jurídicos.

Los defensores del convencionalismo han intentado escabullirse del rincón que les reserva Dworkin explorando diferentes alternativas para robustecer la noción de convención.

III. Cautiverio. Tipos de convencionalismo

Incluso si los defensores del convencionalismo han tomado diferentes vías, me parece que hasta ahora todas sus versiones han permanecido cautivas de las premisas de Dworkin. Todos ellos han tratado de explicar, en primer lugar, cómo las convenciones dan lugar a deberes en casos de convergencia; y, segundo, cómo esa explicación puede extenderse o acomodarse a los casos de desacuerdo. Se diferencian con respecto a la especificación de la tesis conven-

cionalista y a la explicación que dan a los casos de desacuerdo. En primer lugar, algunos filósofos buscaron defender el convencionalismo manteniéndose en el ámbito de una relación constitutiva entre convención y deber. Este parece haber sido el proyecto de Hart en *El concepto de derecho*, por lo que llamaré a esta posición “convencionalismo hartiano”.²¹ Este tipo de convencionalismo históricamente dos versiones. Por un lado, una versión basada en las convenciones de coordinación defendida, pero luego abandonada, por Jules Coleman.²² Por otro lado, una versión basada en convenciones constitutivas defendida por Andrei Marmor (2009).

En segundo lugar, algunos filósofos propusieron una versión robustecida del convencionalismo. Por ejemplo, Gerald Postema ha defendido lo que él llama el convencionalismo constructivo. De acuerdo con Postema, los deberes jurídicos se derivan de las “preocupaciones político-morales generales” que las convenciones legales están ahí para satisfacer.²³

²¹ De hecho, en sus notas manuscritas publicadas póstumamente como “Postscript”, Hart, por una parte, parece reconocer explícitamente que su teoría original abrazaba ya el convencionalismo. Véase, por ejemplo: “Certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus” (Hart, 1961/1994, p. 267). Por otra parte, Hart señala que es equivocado concebir a su teoría como “interpretativa” o justificativa. En primer lugar, debido a que una versión “interpretativa” del positivismo no sería una “teoría de los hechos sociales”. En segundo lugar, debido a que “whereas Dworkin interpretive theory in all its forms rests on the presupposition that the point or purpose of law and legal practice is to justify coercion, its certainty is not and never has been my view that law has this as its point or purpose. Like other forms of positivism my theory makes no claim to identify the point or purpose of law and legal practices as such” (Hart, 1961/1994, p. 242). Sin embargo, no hay acuerdo entre los intérpretes de Hart respecto a si efectivamente abrazó el convencionalismo. Por ejemplo, Leslie Green y Julie Dickson sostienen que la teoría de Hart en *El concepto de derecho* no era convencionalista y que el *giro convencionalista* tuvo lugar más tarde, con la publicación póstuma como “Postscript” de sus notas manuscritas. Véase Green (1999, pp. 37-41) y Dickson (2007, pp. 382-386). Dickson incluso pone en duda que el *giro convencionalista* haya realmente ocurrido. Véase Dickson (2007, p. 385, nota 343).

²² Hasta donde sé, la primera vez en la que Coleman defiende esta tesis es en Coleman (1998/2001, p. 117). (“I explicitly characterize the rule of recognition as a coordination convention”). En artículos anteriores menciona la posibilidad, pero no la defiende explícitamente (Coleman, 1982). De todos modos, abandona esta idea en Coleman (2001, p. 374).

²³ Postema (1982) y con ajustes sustanciales Postema (2011, pp. 483-545). Otras versiones de este tipo de convencionalismo han sido propuestas, con diferentes matices, por Kyritsis (2008) y Den Hartogh (2002). Sin embargo, las versiones de Kyritsis y Den Hartogh se diferencian de la posición de Postema en la medida en que defienden la tesis según la cual las convenciones tienen en general la capacidad para justificar por sí mismas la existencia

1. Convencionalismo hartiano

El convencionalismo hartiano acepta la tesis según la cual hay deberes jurídicos. Pero añade que, para explicar cómo las convenciones pueden dar lugar a deberes, es necesario especificar qué es una convención. Se han propuesto dos conjuntos diferentes de condiciones para la existencia de una convención, las que definen una convención de coordinación y las que definen una convención constitutiva. Las diferentes versiones del convencionalismo divergen sobre qué tipo de convención es aquella que da lugar a deberes jurídicos. Después de la rendición de Coleman, las convenciones de coordinación ya no se proponen como una versión constitutiva del convencionalismo hartiano, así que no las trataré en esta sección. Sin embargo, tendré más para decir sobre las convenciones de coordinación en la próxima sección, en relación con la propuesta de Postema. Aquí discutiré la versión basada en convenciones constitutivas.²⁴

Según Marmor (2009, pp. 36 y 37), las convenciones constitutivas son un sistema de reglas que básicamente tiene las siguientes funciones: (1) definen la práctica, (2) regulan la conducta dentro de ella y (3) definen algunos de los valores inherentes a la prác-

de deberes. Postema sólo pretende mostrar cómo las convenciones *legales*, dadas ciertas condiciones, pueden generar deberes. Véase Postema (2011, p. 497) para una evaluación de la diferencia.

²⁴ Teniendo en cuenta la cronología de ideas, las convenciones de coordinación aparecen primero en la literatura sobre convencionalismo. En efecto, David Lewis (1969), en su libro *Convention*, intentó responder a la objeción de Willard Quine contra la posibilidad de un fundamento convencional para la lógica y el lenguaje. Lewis estaba interesado en mostrar que una de las premisas del argumento de Quine, es decir, que la existencia de una convención depende de un acuerdo, es falsa. Lewis (1969, p. 3) pretendía proporcionar una explicación del concepto general de convención, con la esperanza de capturar "our common, established concept of convention". Después de algunas críticas (Jamieson, 1975), Lewis sólo reconoció que puede haber usos derivados de "convención" que no cumplen con las "condiciones definitorias" de su "concepto central". Pero, de todos modos, su concepción de las convenciones fue luego etiquetada como "convenciones de coordinación". Por su parte, Marmor basa su defensa de las convenciones constitutivas en la idea que incluso si algunas convenciones están ahí para resolver problemas de coordinación, no todas ellas lo hacen. Incluso si las convenciones constitutivas pueden resolver problemas sociales, éstos no son problemas de coordinación en el sentido estricto de Lewis. Véase Marmor (2014).

tica y el tipo de discurso evaluativo referido a ella. En otras palabras, definen la práctica y cómo formar parte de ella. Claramente, esta caracterización se basa en la distinción de John Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas (Searle, 1969/1994).²⁵ Las reglas regulativas son reglas que regulan formas de comportamiento que existen antes e independientemente de la creación de la regla (por ejemplo, “es obligatorio utilizar corbata en los exámenes”). Las reglas constitutivas son reglas que crean y definen nuevas formas de comportamiento. Searle señala que la distinción se basa principalmente en los dos criterios siguientes. Primero, en el caso de reglas regulativas, mientras la descripción no haga referencia a la regla, la acción podría haberse descrito de la misma manera incluso si la regla no existiera. Por ejemplo, es posible describir ciertas acciones como “fumar en lugares cerrados” antes que exista la regla “Está prohibido fumar en lugares cerrados”. Por el contrario, en el caso de las reglas constitutivas, el comportamiento conforme a la regla puede describirse ahora en términos que no podrían haberse utilizado si la regla no existiera. Incluso si, antes de la existencia de las reglas del fútbol, es posible describir una acción como “hacer que la pelota traspase la línea blanca debajo de la barra transversal y entre los dos postes”, no es posible describir una acción como “marcar un gol” antes de que existan esas mismas reglas. Segundo, las reglas regulativas tienen la forma: “Haga X” o “Si hace X entonces Y”, mientras que las reglas constitutivas tienen la forma “X cuenta como Y en el contexto C” (Searle, 1969/1994, pp. 33-36).

Marmor propone concebir las reglas constitutivas, no como reglas que constituyen acciones particulares o “nuevas formas de comportamiento”, sino como reglas que constituyen una práctica social, es decir, como reglas que constituyen actividades.²⁶

²⁵ Aunque no fue el primero en formular la distinción, que aparece en la obra de John Rawls (1955) y Alf Ross (1968).

²⁶ “It is only when we have a whole structure of rule-governed activity, with some complexity and interconnections between the rules, that we can say that we have a social practice constituted by rules” (Marmor, 2009, pp. 34-35).

Nuestro autor afirma que las convenciones constitutivas pueden dar lugar a deberes: “Las reglas sociales pueden determinar su deber, por así decirlo, al ser seguidas (es decir, consideradas como vinculantes) por una determinada comunidad, tal como las reglas del ajedrez determinan su ‘deber’ dentro del juego efectivamente jugado por la comunidad relevante” (Marmor, 2009, p. 161). Una vez que estamos inmersos en un juego de ajedrez, las reglas del juego determinan nuestros deberes dentro del juego. De la misma manera, si los jueces identificaran ciertas normas como jurídicas siguiendo criterios determinados por un conjunto sistemático de reglas, entonces estarían involucrados en una práctica que define y constituye sus funciones.²⁷

Ahora bien, ¿existe un conjunto de reglas constitutivas que definen la práctica para la identificación del derecho y determinan cómo ser parte en ella? Me parece que, si las convenciones constitutivas son regularidades de comportamiento que tienen lugar bajo estructuras de interacción similares a los juegos, dado que la actividad de los jueces relativa a la identificación de deberes jurídicos no tiene lugar en una estructura de ese tipo, no es posible afirmar que los deberes jurídicos surgen de una convención constitutiva. En efecto, los juegos tienen una estructura de interacción cerrada. Es decir, existe una clara separación entre participantes y espectadores (no participantes) y, además, una marcada distinción entre

²⁷ Como ya he dicho al principio de esta sección, Marmor está en una posición inestable. Esta inestabilidad parece ser consecuencia del siguiente dilema: o bien Marmor explica los deberes convencionales argumentando que las convenciones están vinculados a valores a través de razones para la acción, pero entonces no puede dar cuenta de las convenciones constitutivos tontas o despreciables; o bien afirma que las convenciones constitutivas simplemente prescriben meros modos de comportamiento dentro de ellas y que el deber, si lo hay, debe provenir de consideraciones morales, pero para ello debería aislar las convenciones de las razones y los valores. En un trabajo posterior, Marmor trata de responder a esta objeción y parece optar por el segundo cuerno del dilema. De hecho, afirma que “reasons for having a convention might be defeated, sometimes immediately and unquestionably so, by reasons not to have it. Unfortunately, the counter-reasons in play are not always recognized by those who convention it is. That is why bad conventions often exist and sometimes persist for a long time” (Marmor, 2011, p. 497). Pero esta respuesta no logra su objetivo. El hecho de que una razón para seguir una práctica pueda ser derrotada por otra no demuestra que la práctica se encuentre aislada de la moralidad, pues las razones morales pueden ciertamente ser derrotadas.

los intereses dentro del juego y las preocupaciones de la vida real. En el tenis, por ejemplo, aun cuando el comportamiento de las personas en las tribunas pueda tener influencia causal en el desarrollo del juego, dado el modo en que suelen influir en los estados de ánimo de los jugadores, ello no los transforma en participantes. Sólo las acciones de quienes están dentro del campo de juego determinan las variaciones en el marcador. Del mismo modo, las dificultades de los jugadores con una ubicación baja en el *ranking* para mantenerse en el circuito, dadas las exigencias económicas del mismo, si bien pueden influir en su rendimiento, no tienen incidencia en el marcador, pues lo único que cuenta es lo que sucede dentro del campo de juego. En cambio, la identificación del derecho tiene lugar en un contexto de interacción con estructura abierta. La estructura abierta de la interacción está determinada por el hecho de que no existe ni una marcada separación entre participantes y no participantes, ni, obviamente, un marcado aislamiento de las preocupaciones de la vida real. Si ello es así, entonces las convenciones constitutivas, útiles como una explicación de actividades similares a los juegos, no pueden extenderse para cubrir la actividad de los jueces debido a las diferencias entre los juegos y este tipo de práctica social. Volveré sobre este punto más abajo, al momento de analizar críticamente la asunción cooperativista detrás del convencionalismo.

Tal vez, para afrontar este desafío, Marmor podría decir dos cosas: primero, que las reglas que constituyen la práctica jurídica —al menos las que dicen cómo identificar el derecho— han sido codificadas y que ello es base suficiente para la existencia de una convención constitutiva. En segundo lugar, que en casos concretos hay una clara demarcación de participantes, por ejemplo, las partes de un contrato, los novios en una boda, los jueces mismos, etcétera.

Sin embargo, creo que hay dos circunstancias adicionales que excluyen la posibilidad de afirmar que la actividad de los jueces, relativa a la identificación de los deberes jurídicos, está regu-

lada por una convención constitutiva.²⁸ Estas circunstancias inciden en la asunción, detrás de la teoría de Marmor, de que la práctica jurídica es una actividad cooperativa.

Marmor acepta que su teoría sobre las convenciones constitutivas es compatible con aquellas perspectivas según las cuales una cierta finalidad o intención cooperativa es condición para la existencia de algunas prácticas sociales. Sin embargo, Marmor afirma que esta compatibilidad no implica que la cooperación sea una condición para toda práctica social. Así, de acuerdo con Marmor, la cooperación no es una característica necesaria de su teoría. También niega que su teoría esté comprometida con las tesis de Searle sobre la intencionalidad colectiva y los hechos institucionales; y alega que no está “destinada a decir nada sobre la metafísica de la realidad social” (Marmor, 2009, pp. 53-54). Es decir, según Marmor, su posición no está emparentada con las tesis de Searle acerca del papel de la intencionalidad colectiva en la explicación de la realidad social.

Sin embargo, si miramos más de cerca la teoría de Marmor, resultará evidente que la cooperación es una condición necesaria para la existencia de una convención constitutiva, tal como Marmor las concibe. Y esto es así porque, de otro modo, el comportamiento social no sería capaz de dar lugar a reglas constitutivas. Para ver por qué, recordaré las ideas de Searle sobre reglas constitutivas y hechos institucionales. Estas ideas son aplicables a la teoría de Marmor sobre convenciones constitutivas sin necesariamente arrastrar consigo la carga metafísica. Marmor señala que una convención, sea de coordinación o constitutiva, existe cuando “hay un grupo de personas, una población, P, que normalmente siguen

²⁸ Vilajosana (2010) ha defendido una tesis según la cual en la base del derecho existen convenciones con una *dimensión* constitutiva. Incluso si su propuesta es cercana a la de Marmor, Vilajosana afirma que coordinación y constitutividad no se excluyen entre sí. Por lo tanto, de acuerdo con Vilajosana (2010) no hay dicotomía categórica entre convenciones de coordinación y convenciones constitutivas; es sólo una distinción entre varias dimensiones de lo convencional. En mi opinión, puesto que las condiciones para la existencia de una convención con dimensión constitutiva son las mismas que las condiciones para la existencia de una convención constitutiva, las objeciones se aplican también a la propuesta de Vilajosana.

R en circunstancias C”, donde R es una regla. Así, si la convención es de coordinación la regla es regulativa, y si la regla es constitutiva, la convención es constitutiva. Pero asume por decreto que el mismo tipo de comportamiento es suficiente para considerar que un grupo de personas sigue una regla regulativa o una regla constitutiva. Dado que Marmor no ofrece una historia sobre cómo el comportamiento de las personas puede dar lugar a una regla constitutiva, volvamos al argumento de Searle.

La idea de Searle es muy simple, las reglas constitutivas permiten a las personas asignar funciones a objetos; funciones que los objetos no serían capaces de realizar únicamente en virtud de sus propiedades físicas. Es bien conocido el ejemplo de la tribu primitiva que construye un muro alrededor de su pueblo y le asigna la función de limitar su territorio, incluso si el muro gradualmente se va desintegrando y ya no puede repeler a los extraños (Searle, 1995/1997, pp. 56-57). Searle afirma que la asignación de función sólo puede lograrse si las personas involucradas comparten ciertos estados mentales, lo que él denomina intencionalidad colectiva: “El elemento crucial en la intencionalidad colectiva es un sentido del hacer (desear, crear, etcétera) algo juntos, y la intencionalidad individual que cada una de las personas tiene deriva de la intencionalidad colectiva que todos comparten” (Searle, 1995/1997, p. 42). En otras palabras,

la imposición colectiva de funciones a objetos en circunstancias en las que la función asignada al objeto no puede cumplirse meramente en virtud de los rasgos físicos intrínsecos al objeto [es] un asunto de la cooperación humana. Veremos con algún detalle que este paso, la imposición colectiva de función, cuando la función sólo puede ser cumplida merced al acuerdo o a la aceptación colectivos, es un elemento crucial en la creación de los hechos institucionales. (Searle, 1995/1997, p. 56)²⁹

²⁹ Y también: “en la medida en que los rasgos físicos determinados por el término X no bastan por sí mismos para garantizar el cumplimiento de la función asignada determinada por el término Y, el nuevo status y sus correspondientes funciones tienen que tener el tipo

Esta explicación de cómo la conducta humana puede dar lugar a reglas constitutivas muestra por qué las convenciones constitutivas están arraigadas en la cooperación, sin necesariamente acarrear la carga metafísica que Marmor rechaza. Sin cooperación, es decir, sin que los involucrados asignen a cierto comportamiento el mismo significado (o función), no hay reglas que constituyan una práctica. Para que una actividad sea definida y constituida por una regularidad de comportamiento, esa conducta debe incluir la cooperación de las personas respecto de las condiciones para ser parte de la actividad y respecto de cómo comportarse dentro de ella. Por lo tanto, la cooperación es necesaria para la existencia de reglas constitutivas convencionales, es decir, para reglas constitutivas que no han sido promulgadas institucionalmente.³⁰

Dado que la cooperación es también una característica clave de la teoría de Postema, exploremos las tesis del convencionalismo robustecido antes de analizar cómo es que la asunción de que la práctica jurídica es cooperativa mantuvo al convencionalismo cautivo de las premisas de Dworkin. Al final de la siguiente sección se podrá advertir que el fracaso de ambos tipos de convencionalismo tiene este mismo origen.

2. *Convencionalismo constructivo*

Este tipo de convencionalismo acepta la tesis dworkiniana según la cual hay deberes jurídicos y la tesis de que el convencionalismo debe explicar cómo las convenciones justifican ese deber. Así pues, intenta alcanzar la llave para pasar a través de la última puerta diseñada por Dworkin. El convencionalismo constructivo confía en haber encontrado la torta del crecimiento en el valor de la cooperación.

Según Postema, es posible demostrar que los jueces identifican y aplican el derecho sobre la base de convenciones y que esas

de cosas que pueden constituirse por acuerdo o aceptación colectivos" (Searle, 1995/1997, p. 62).

³⁰ Marmor (2009, pp. 35-36) caracteriza explícitamente su teoría como una teoría de reglas constitutivas no promulgadas institucionalmente.

convenciones imponen deberes. El argumento es que una vez estabilizada, la convención generará la expectativa de que los jueces continuarán cumpliendo con ella. Bajo ciertas condiciones, el hecho de que se creen estas expectativas da lugar al deber de seguir la convención. En sus trabajos más antiguos, Postema (1982) pensó que estas convenciones eran convenciones de coordinación (o “convenciones lewisianas”); en sus trabajos más recientes avanza, en cambio, un concepto más amplio de convención que él llama “convenciones humeanas”, vinculadas con la cooperación y no sólo con la coordinación (Postema, 2011, pp. 488-492). Sin embargo, incluso con estos cambios, la función de las convenciones dentro de la teoría de Postema sigue siendo la misma. Por ello, comenzaré introduciendo las convenciones de coordinación de Lewis y el argumento de Postema sobre cómo justifican los deberes jurídicos. Luego presentaré algunas de las objeciones y la respuesta de Postema basada en convenciones de cooperación humeanas. Finalmente, argumentaré que, a pesar de sus esfuerzos, estos cambios mantienen al convencionalismo cautivo de las premisas de Dworkin.

Una convención de coordinación es una regularidad de comportamiento que resuelve un problema de coordinación recurrente. Esta es la idea de convención introducida por David Lewis (1969) en su libro *Convención*. Según Lewis, existe una convención, incluso sin acuerdo, en ciertas situaciones de interacción social que tienen propiedades específicas. Se trata de situaciones en las que dos o más personas, con intereses similares, se enfrentan a dos o más posibles líneas de acción. Cada opción satisface sus intereses de una manera similar, a condición de que ambas opten por el mismo curso de acción. Por ejemplo, podemos imaginar que un grupo de amigas se enfrentan a una situación de este tipo cuando han decidido reunirse sin especificar el lugar y sin tener la posibilidad de comunicarse antes de la reunión. En esa situación muchas soluciones están disponibles (varios lugares para su reunión) y para cada amiga no es demasiado importante qué solución particular resulte elegida, cada una de ellas está sólo preocupada porque se trate del mismo lugar elegido por las otras. La situación

se vuelve problemática porque, incluso si todas saben que sus intereses son los mismos, hay muchas opciones (al menos más de una) que los satisfacen. Lewis llama “problema de coordinación” a una situación de este tipo.

Cuando un problema de coordinación es recurrente, es decir, cuando se presenta con cierta regularidad, la solución alcanzada una vez puede generar, entre las involucradas, expectativas mutuas sobre el comportamiento de las demás y ello las llevará a converger en la misma solución la próxima vez. Una vez que el grupo se reúne en un bar, las amigas tenderán a volver a ese mismo lugar. Lo relevante acerca de esta regularidad no es tanto la forma en que comenzó, sino el hecho de que empezó a repetirse. En ese caso habrá nacido una convención de coordinación.³¹

De acuerdo con el convencionalismo, los jueces se enfrentan a un problema de coordinación. Los jueces pretenden guiar el comportamiento de los ciudadanos y para lograr este fin tienen que dar a los ciudadanos la oportunidad de identificar el derecho. Esto sería imposible si los jueces decidieran los casos de forma dispar. Para resolver ese problema, y para que los jueces cumplan efectivamente con su tarea profesional, deben converger en la identificación del derecho. En particular, los jueces deben mantener la unidad y la integridad de su actividad.³² Si la convergencia en la identificación se estabiliza, habrá nacido una convención de coordinación. La existencia de dicha convención producirá en los ciudadanos la

³¹ Cuando una alternativa surge como solución se dice que es *sobresaliente*. Una alternativa puede volverse *sobresaliente* de diferentes maneras, por ejemplo, al ser elegida por una autoridad, señalada por un acuerdo, o simplemente de forma espontánea o por casualidad. Sin embargo, una vez que la misma solución comienza a repetirse, su carácter sobresaliente proviene de este hecho, es decir, el ser repetida, y no tanto de cómo se originó. Todo lo que cuenta para su subsistencia es su capacidad recurrente para captar la atención de todas las personas involucradas en el problema de coordinación. Véase Lewis (1969, p. 38).

³² “Citizens react to, and attempt to anticipate or predict, the law-applying activities of the judiciary as a whole. Thus, if the activity of law applying is to achieve the ends of the law in a reasonably efficient manner, it must be possible to view the activity of law applying as governed by some reasonably coherent pattern. This requires that judges seek to coordinate their law-applying activities in order to achieve something tolerably close to a norm of what I have called «institutional coherence»” (Postema, 1982, p. 193).

expectativa de que los jueces seguirán identificando el derecho de ese mismo modo.

Sin embargo, no todas las expectativas, aun si son razonables, imponen el deber de satisfacerlas.³³ De acuerdo con Postema (1982, p. 180), el deber sólo surge “cuando el contexto en el que las expectativas surgen y se mantienen es análogo al de una empresa cooperativa para beneficio mutuo, en el que consideraciones de juego limpio requieren la conformidad”. El deber de conformarse surge cuando la frustración de la expectativa resultaría injusta. La frustración de una expectativa es injusta cuando los que la alentaron terminan frustrándola.

Estas consideraciones, continúa el argumento, hacen que sea obligatorio para los jueces cumplir con las convenciones sobre cuya base identifican el derecho. De hecho, la relación entre los jueces y los ciudadanos, si bien interdependiente, es asimétrica. Los jueces conciben, y exigen a los demás que conciban, su actividad como dotada de autoridad, y esto es claramente una forma de inducir expectativas. Este tipo de actividad requiere, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad política, que los jueces actúen sobre la base de una “teoría general pública” y, por lo tanto, cada juez debe (1) asegurar que haya coherencia entre su actividad y la de los demás jueces; y (2) respetar las expectativas legítimas y razonables de los ciudadanos relativas a su actividad (Postema, 1982, p. 197).

De este modo, dado que las expectativas inducidas deben ser respetadas, y dado que los ciudadanos tienen derecho a esperar que los jueces se ajusten a la convención, los jueces tienen el deber de respetar las convenciones de coordinación sobre cuya base identifican el derecho (Postema, 1982/2011, pp. 196-197; 2011, pp. 498-500).

³³ Como, en el ejemplo mencionado por Postema (1982, p. 180), el hecho de que durante sus paseos diarios Kant pasara a una hora exacta por la ventana de una señora y el hecho de que sobre esa base la señora formara la expectativa de que Kant pasaría cada día a esa hora, no imponen a Kant el deber de satisfacer esa expectativa.

El problema con el convencionalismo bajo este traje de coordinación es que, contrariamente a lo que afirma Postema, los jueces no parecen estar frente a un problema de coordinación cuando se dedican a la identificación del derecho. Es decir, las condiciones que definen un problema de coordinación, como un tipo particular de interacción estratégica, no están presentes en la actividad de los jueces.³⁴ Un problema de coordinación es una situación en la que los participantes tienen preferencias previas estructuradas de una manera determinada, es decir, sus intereses son similares. Sin embargo, en el ámbito jurídico, donde se deben distribuir cargas y beneficios, los problemas de interacción son de tipos y complejidades diferentes. Concebir la actividad de los jueces como la solución de un problema de coordinación sería distorsionar el tipo de situación en la que actúan. Utilizando la misma terminología de la teoría de los juegos, la situación parece ser mejor descrita como un caso de dilema del prisionero o como un problema de juego limpio, donde hay un conflicto radical de intereses.³⁵ Las convenciones de coordinación no son soluciones a este tipo de problema. Es cierto que los problemas de coordinación pueden tener diferentes grados. En casos puros hay una coincidencia perfecta de los intereses, y en casos menos puros los agentes tienen preferencias personales contrastantes respecto de las diferentes alternativas. Sin embargo, una situación en la que hay un contraste radical entre esas preferencias no es un problema de coordinación, ya que el hecho de que los demás se comporten de cierta manera no es necesariamente una razón para comportarse de esa misma forma.

En resumen, si las convenciones de coordinación son regularidades de comportamiento que resuelven problemas de coordinación recurrentes, entonces, dado que los jueces no se enfrentan

³⁴ Coleman mismo planteó este tipo de objeción en Coleman (2001, p. 374). También se plantea en Celano (2003/2010, p. 328).

³⁵ Mientras que una situación del tipo dilema del prisionero implica sólo dos personas, un problema de juego limpio implica un grupo de personas. Véase Celano (2003/2010, p. 312).

a un problema de coordinación, no es posible afirmar que los deberes jurídicos surgen de una convención de coordinación.

Si bien no explícitamente, Postema ofrece una respuesta a esta objeción en sus trabajos más recientes. Creo que se pueden interpretar en este sentido sus argumentos a favor de un concepto más amplio de convención, como solución, no sólo a problemas de coordinación, sino a problemas de cooperación en general, que incluyen formas de interacción donde los conflictos de intereses prevalecen.³⁶ Postema afirma que esto se puede hacer ajustando en dos sentidos el enfoque de Lewis. En primer lugar, debilitando las exigencias para que una alternativa de acción constituya una solución. Todo lo que necesitamos para solucionar un problema de cooperación es que “al menos una alternativa de acción a disposición de las partes sea preferida por todas, frente a cualquier alternativa que sea el resultado de que cada una siga su propio camino (aun cuando esa alternativa pueda no ser óptima desde el punto de vista de cada parte o incluso del grupo como un todo)” (Postema, 2011, p. 491). En segundo lugar, ampliando la clase de hechos que determinan el contenido de las convenciones. “Lo que es esencial para que las convenciones de cooperación sean capaces de resolver los problemas [...] no es la regularidad de comportamiento, sino el carácter sobresaliente del patrón o del esquema de acción al que la regularidad da publicidad” (Postema, 2011, p. 491). Por lo tanto, bajo esta nueva versión, las convenciones entre los jueces relativas a la identificación del derecho “son esquemas de acciones correlacionadas que permiten a los miembros de una comunidad resolver los problemas de cooperación recurrentes a los que se enfrentan” (Postema, 2011, p. 492), “anclando” las expectativas de todos en una única solución.³⁷

³⁶ “Following Hume, we can identify coordination elements in other kinds of games in which conflict is more pronounced, not only so-called Battle of the Sexes games, but also iterated prisoner’s dilemma and hawk/dove games with uncertain termination points. We can refer to these as «cooperation problems»” Postema (2011, p. 489). Eerik Lagerspetz (1995) propuso una estrategia muy similar.

³⁷ Esta concepción más amplia de las convenciones impacta también en la respuesta de Postema a la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo. En su trabajo anterior Poste-

Me parece que la ampliación del concepto de convención hace que pierda poder explicativo. Las convenciones de coordinación à la Lewis tienen poder explicativo gracias a su alcance limitado. Sin embargo, no voy a detenerme aquí en la propuesta de Postema respecto del concepto de convención. En su lugar, lo que voy a tratar de argumentar es que la asunción, común a las teorías de Postema y de Marmor, del carácter cooperativo de la práctica jurídica en su conjunto —incluyendo la actividad de los jueces destinada a determinar la existencia y el contenido de deberes jurídicos— es infundada. Postema asume explícitamente esta afirmación y, como he tratado de demostrar, Marmor queda comprometido con ella una vez que exploramos las profundidades searliananas de las convenciones constitutivas.

Como he dicho al final de la discusión del convencionalismo hartiano, hay dos circunstancias que excluyen la posibilidad de afirmar que la actividad de los jueces es cooperativa, al menos en cuanto a la determinación de la existencia y el contenido de los deberes jurídicos. Por lo tanto, también se oponen a la posibilidad de concebir su actividad, ya sea como una convención constitutiva o como una convención de cooperación.

Una característica esencial de las acciones sociales es que los resultados que las personas quieren producir o evitar están también determinados por las acciones de otros agentes. Es decir, el agente se encuentra en una situación en la que la obtención de un resulta-

ma argumentó que los desacuerdos son sólo nuevos problemas de coordinación “within a (partially solved) coordination problem. [...] This can be solved in essentially the same way as any other coordination problem is solved, namely, by exploiting the mutual expectations that already obtain in the situation” (Postema, 1982, p. 178). Pero esta respuesta era insuficiente, porque si los desacuerdos son problemas de coordinación, se debe aceptar que antes de la decisión no existe una solución, ya que antes de eso no existe una convención. En cambio, basado en la idea de convención como “esquemas de acciones correlacionadas”, la respuesta más reciente de Postema es que “conventions, on this view, are not static, fixed points, determined strictly by descriptions of the convergent behavior from which they emerge, but rather relatively stable nodes in a dynamic matrix, the full significance of which cannot be appreciated if removed from this matrix. It is that matrix, available to all and to which all contribute, that gives practical force to particular conventional arrangements and provides resources to enable participants to solve novel situations that arise in the course of the practice” (Postema, 2011, pp. 495-496), donde “situaciones nuevas” incluye también desacuerdos.

do no sólo requiere una acción propia, sino también la contribución de otros agentes. El resultado tendrá lugar sólo si todos los involucrados hacen su parte. Por lo tanto, para que haya cooperación, cada agente debe poder asumir que los demás miembros de la empresa colectiva también harán su parte. Así, la cooperación requiere la existencia de una base epistemológica para la formación de una expectativa sobre la actitud de cooperación de otros agentes. Es por ello por lo que una de las mayores dificultades que debe enfrentar la explicación de la acción social es el problema de cómo conocer las actitudes de los demás.

La cuestión es crucial ya que, sin información fiable acerca de la contribución de los demás, los individuos no tendrían razones suficientes para participar en la actividad. Es en virtud de este hecho que una teoría de una acción cooperativa debe ofrecer una historia acerca de cómo puede obtenerse esa información.

Las teorías de las convenciones constitutivas y de cooperación que acabo de presentar ofrecen una explicación de cómo en ciertos casos paradigmáticos la estructura de la situación ofrece una buena base epistémica para la formación de esas expectativas.

En primer lugar, respecto de las convenciones constitutivas, las actividades similares a los juegos, debido a la estructura cerrada de interacción, no parecen presentar problemas para que un agente, con una actitud de cooperación, forme la expectativa relevante respecto de que los demás comparten esa actitud.

Es decir, la clara identificación de los participantes, el aislamiento respecto de otros problemas de la vida real y la estabilidad de la interacción dan una buena base epistemológica para que el agente forme y mantenga la expectativa de que otros harán su parte en la empresa cooperativa (Searle, 2010, pp. 54-55).

En segundo lugar, como hemos visto, una forma común de resolver los problemas de coordinación es mediante el aprovechamiento de algún acontecimiento sobresaliente. Una alternativa de acción es sobresaliente cuando "se destaca del resto por su singularidad en algún aspecto llamativo" (Lewis, 1969, p. 35). Una vez que la alternativa sobresaliente ha sido observada por varios agen-

tes y el problema se ha resuelto una o más veces, la coordinación se puede lograr a partir de esos precedentes. Por lo tanto, cuando un hecho adquiere carácter sobresaliente hay una base suficiente, de acuerdo con este relato, para que cada agente forme una expectativa sobre la actitud cooperativa de los demás.

Sin embargo, me parece que la solución dada para actividades similares a los juegos y para problemas de coordinación no puede extenderse para cubrir la práctica jurídica. Por lo tanto, no existe una base epistemológica suficiente para que cada agente forme la expectativa necesaria sobre la actitud cooperativa de los demás.

El primer problema, menos importante, es que los agentes no pueden basarse en la creencia de que comparten con los otros la misma creencia acerca de cuál es la función de cada institución legal. Como se ha señalado, muchas instituciones legales no tienen una función claramente compartida. Por ejemplo, pregunta Ross (1958, p. 157),

¿cuál es el propósito de nuestras leyes de matrimonio, divorcio, propiedad y herencia? Cualquier cosa que se pueda decir al respecto es banal u obviamente inventada —por ejemplo, que el propósito de las reglas del divorcio es que las personas tengan un acceso razonable al divorcio.

El segundo problema, más importante, es la forma en que los jueces y abogados discuten la identificación del derecho. Como mostró Dworkin, desde una perspectiva histórica, a menudo la práctica jurídica ha cambiado en respuesta a argumentos presentados en el contexto de la decisión judicial, los abogados “a menudo piden cambios de la práctica establecida incluso en medio del juego” (Dworkin, 1986/2022, p. 139). Por ejemplo, como señala Dworkin, cambios relevantes en la teoría de la legislación³⁸ y en la doctrina del precedente se hicieron dentro del contexto de la adjudicación. Estos cambios se produjeron dentro de la práctica judicial; no fue-

³⁸ Teorías sobre “en qué grado y de qué forma la intención legislativa es relevante en la interpretación de la ley” (Dworkin, 1986/2022, p. 138).

ron ni el resultado de acuerdos especiales sobre un nuevo conjunto de reglas, como sería el caso si se tratase de una actividad similar a los juegos,³⁹ ni tampoco se produjeron como consecuencia de un nuevo hecho sobresaliente, como lo sería en el caso de las convenciones de coordinación.

Las convenciones también pueden cambiar, pero una vez que las personas se involucran en la práctica, distinguen claramente entre los argumentos acerca de la convención y argumentos dentro de la convención. Los jueces y abogados ignoran muy a menudo esta distinción, por lo que la formación de una expectativa sobre la actitud cooperativa de los demás no se encontraría justificada.

El tercer problema, igualmente importante, es que el contenido de las disposiciones normativas sufre de un alto grado de indeterminación. Como cuestión de hecho, dada la disponibilidad de varios métodos de interpretación, toda disposición normativa se puede interpretar como expresando normas diferentes.

Las principales fuentes de indeterminación son, como observa Guastini (2012, p. 40):

- (i) la multiplicidad de métodos interpretativos;
- (ii) la dogmática jurídica, y
- (iii) el sentimiento de justicia de los intérpretes, *i. e.*, sus preferencias éticas y políticas (las declaren o no mediante juicios de valor explícitos).

Dentro de la práctica jurídica se acepta un amplio conjunto de métodos interpretativos que es suficiente para producir una gran cantidad de resultados incompatibles.

Tomemos, por ejemplo, una disposición constitucional (de la Constitución italiana) que se refiera a las "leyes". Argumentando a *contrario* uno puede concluir que esa disposición es aplicable a todas las leyes y solo a las leyes. Argumentando por analogía, en cambio, se podría concluir que la disposición

³⁹ Concebir esta actividad como una empresa de simular a un juego sería como concebir un juego en el que ciertos movimientos dentro de él cuentan a favor o en contra de maneras opuestas de llevar el marcador.

en cuestión es aplicable a las leyes y también a los reglamentos administrativos (dado que ambos son “fuente del derecho”). Argumentando mediante la técnica de la disociación (“*distinguishing*”), uno puede concluir que, dado que la clase de las leyes incluye diferentes subclases (constitucionales y ordinarias, por un lado; regionales y estatales, por el otro), la disposición se aplica —a la luz de su *ratio*— solo a uno de esos subconjuntos. (Guastini, 2012, p. 41)⁴⁰

Dado este nivel de indeterminación, la expectativa sobre la actitud cooperativa de los demás estaría injustificada, ya que cada agente tiene la posibilidad de interpretar la disposición de acuerdo con sus intereses.

En definitiva, mi punto es que para que haya un comportamiento cooperativo cada agente debe tener una actitud de cooperación, es decir, una disposición a hacer su parte en la empresa colectiva. También se requiere que cada agente pueda formar una expectativa en relación con que los demás tienen la misma actitud. Este último requisito se cumple sólo si los agentes tienen una base epistemológica suficiente para formar esa expectativa. Una teoría que pretenda explicar un hecho social cooperativo debe ofrecer una explicación de cómo se forma la base epistemológica para la construcción de la expectativa. Me parece que, si bien los casos paradigmáticos de convenciones constitutivas y de convenciones de coordinación pueden satisfacer este requisito, no podemos extender la solución a la práctica jurídica. En este último caso es dudoso que exista tal base. El hecho de que las normas legales se discutan en la mitad del juego y el hecho de que el resultado de la interpretación se encuentra altamente indeterminado excluyen la posibilidad de decir con razón que en el contexto jurídico existe una base epistemológica suficiente para la formación de la expectativa que los demás agentes comparten una actitud cooperativa; y, por lo tanto, también se opone a la posibilidad de decir

⁴⁰ Bruno Celano (2005) también ha defendido una visión no cooperativa de interpretación legal.

con razón que la identificación del derecho está determinada y regulada por una empresa cooperativa.

Brevemente entonces, el argumento hasta ahora es que la cooperación no se produce dentro de la actividad de identificación del derecho. Si esto es así, y dado que la cooperación es una condición necesaria tanto de las convenciones constitutivas de Marmor, como de las convenciones de cooperación de Postema, debemos concluir que, al menos en cuanto a la identificación de deberes jurídicos, no existe una convención de ninguno de estos tipos. Por tanto, ni el convencionalismo hartiano ni el convencionalismo constructivo pueden explicar la existencia de deberes jurídicos y, en consecuencia, tampoco pueden comenzar a elaborar una salida a la objeción basada en el desacuerdo.⁴¹

Así, las dos versiones del convencionalismo discutidas hasta ahora (hartiana/constitutiva y constructiva/justificativa) pretendían responder a la objeción de Dworkin afinando el concepto de convención. He sostenido que ambas versiones fracasan en su empresa porque las condiciones para la existencia de la clase particular de convención, que cada una de ellas defiende, no están presentes en la práctica jurídica. Creo que la razón de este fracaso es que el convencionalista ha permanecido cautivo de las premisas de Dworkin y esto lo ha llevado a exagerar la naturaleza cooperativa de la práctica jurídica. Contrariamente a lo que ambas versiones parecen presuponer, hay porciones de la práctica jurídica que tienen un carácter agonístico, tales como la actividad de los jueces destinada a la identificación del contenido de los deberes jurídicos.

⁴¹ He mencionado la respuesta de Postema a esta objeción. Sólo para completar, la respuesta de Marmor a la objeción de desacuerdo es una *reducción al absurdo*: “we can only make sense of such disagreements on the basis of the assumption that there are rules of recognition that constitutes, *inter alia*, the court system and the legal authority of judges” (Marmor, 2009, p. 163). En otras palabras, de acuerdo con Marmor, la existencia de desacuerdos entre jueces presupone la existencia de jueces y la existencia de jueces presupone la existencia de convenciones constitutivas. Incluso si concedemos este punto a Marmor, me parece que no resuelve el problema. Para responder a la objeción de Dworkin, tenemos que mostrar que, a pesar del desacuerdo, hay convenciones constitutivas que determinan el contenido del deber, no sólo quién tiene que identificarlo.

La lección que, me parece, puede obtenerse de este fracaso es que incluso si la práctica jurídica tiene elementos de cooperación, esos elementos no se extienden hasta el punto de determinar la existencia y el contenido de los deberes jurídicos. Para decirlo de otra manera, la existencia y el contenido de los deberes jurídicos no están determinados por la cooperación, aun cuando los participantes en la práctica jurídica cooperen de otras formas. Como voy a sostener a continuación, los participantes cooperan, por ejemplo, en cuanto a la identificación de las disposiciones normativas y con relación al conjunto de métodos disponibles para interpretar dichas disposiciones. En la práctica jurídica pueden existir convenciones relativas a la manera de identificar disposiciones normativas y convenciones relativas a los diferentes modos en que pueden ser interpretadas. Sin embargo, la cooperación no se extiende hasta fijar un significado particular, es decir, no existen convenciones que determinen el significado de una disposición normativa particular y, por lo tanto, no existen convenciones que determinen la existencia y el contenido de los deberes jurídicos. Antes de dar contenido a estas afirmaciones audaces quisiera, en la siguiente sección, ofrecer una forma de romper la cadena de Dworkin, desafiando sus premisas.

IV. Proyectivismo e interpretación

La dificultad que nos ha traído hasta aquí es que los jueces hablan como si los deberes jurídicos existieran y como si esos deberes pudieran ser objeto de proposiciones; es decir, como si pudieran ser descritos incluso en casos de desacuerdo. La discusión nos ha llevado al punto en que no hay ninguna versión del convencionalismo capaz de mostrar que esos enunciados se refieren a convenciones. Dworkin ha afirmado que incluso si el convencionalismo parece capaz de mostrar cómo los enunciados de deber de los jueces pueden ser verdaderos en los casos de convergencia, no puede mostrar cómo pueden serlo en casos de desacuerdo y esto hace que la aparente explicación para casos de convergencia sea en realidad

deficiente. He añadido, apoyándome en algunos argumentos escépticos, que el convencionalismo no es una buena explicación de los casos de convergencia pues presupone la cooperación, mientras que la práctica jurídica se caracteriza por el conflicto y la indeterminación.

Frente a este fracaso podría asumirse que la única salida es la teoría interpretativa de Dworkin. Sin embargo, queda todavía una alternativa escéptica, a cuya presentación está dedicada la última parte de este trabajo.

1. *Una versión poco convencional del escepticismo*

Resulta innegable que dentro del discurso jurídico los jueces afirman que existen deberes jurídicos, incluso en casos de desacuerdo. Por ello, una teoría del derecho no puede simplemente deshacerse de este rasgo de la práctica jurídica. Sin embargo, aceptar ese rasgo no implica necesariamente aceptar que esos enunciados sólo pueden explicarse mostrando que existen deberes jurídicos. Los enunciados aparentemente denotativos o representativos de los jueces pueden ser explicados incluso si no hacen referencia a nada en el mundo (porque no hay deberes jurídicos).⁴² Esto puede hacerse afinando la comprensión de esos enunciados:

- 1) Son reflejos proposicionales de las actitudes valorativas de los jueces (tesis proyectivista) (Blackburn, 1998, p. 77).⁴³
- 2) Afirmar que existe un deber jurídico no es otra cosa más que expresar una actitud aprobatoria hacia la realización de la acción (Blackburn, pp. 77-83).⁴⁴

⁴² He tratado de mostrar cómo el proyectivismo junto con el cuasirrealismo pueden resolver algunos problemas relativos a los enunciados jurídicos Arena (2012; 2013).

⁴³ "We project an attitude or habit or other commitment which is not descriptive onto the world, when we speak and think as though there were a property of things which our sayings describe which we can reason about, know about, be wrong about, and so on" Blackburn (1984, pp. 170-171).

⁴⁴ Para una presentación de los puntos de vista de Blackburn, véase Bouvier (2012, pp. 115-174).

De acuerdo con la tesis proyectivista, las actitudes de los jueces son la respuesta a algunas propiedades del mundo que los rodea. Así, lo que consideran la percepción de un deber (o una sensibilidad hacia los deberes) es sólo una función de estímulos/creencias a respuestas/actitudes. Por ejemplo, si Morena ve a Luca consumir drogas y dice “¡Eso está mal!”, el proyectivismo sostiene que, dado un conjunto de hechos, es decir, Luca realizando ciertas acciones, Morena percibiendo esas acciones y las creencias de Morena (sobre lo que Luca está haciendo, sus intenciones y los efectos de sus acciones), una emoción de desaprobación se impone en ella. Morena proyecta su emoción en el mundo y luego exclama “¡Eso está mal!”. Esta es la razón por la que Morena “considera que el mundo contiene cierta propiedad, y el hacerlo no es consecuencia de rastrear una propiedad real del mundo, sino que es, en cambio, una reacción frente a una experiencia emocional” (Joyce, 2007).⁴⁵ Del mismo modo, cuando los jueces se involucran en el discurso sobre deberes lo que realmente están haciendo es usar el lenguaje para proyectar emociones.

El segundo rasgo implica que cuando una jueza profiere un enunciado de deber está expresando una actitud (“*voicing certain attitude*”).⁴⁶ Lo que hace al decir que algo es debido, correcto u obligatorio es expresar (“*avow*”) su punto de vista práctico.⁴⁷ Decir que hay un deber de hacer A es desarrollar una cierta actitud en relación con el estado de cosas en el que la realización de A es el caso y estar motivado para actuar en consecuencia.

Sin embargo, al pronunciar los enunciados de deber, los jueces no sólo expresan una actitud respecto a la acción en cuestión. También afirman que existe un método interpretativo que confiere apoyo a la asociación del deber con la disposición normativa. En este

⁴⁵ Véase también Blackburn (1998, pp. 4-8).

⁴⁶ Sin embargo, “to hold a value, then, is typically to have a relative stable disposition to conduct practical life and practical discussion in a particular way: it is to be disposed or set in that way, and notably to be set against change in this respect. This way of being set is such as to align values and motivations” (Blackburn, 1998, p. 67).

⁴⁷ “«Avowal» here means that we express this state, make it public, or communicate it” (Blackburn, 1998, p. 68).

sentido, cuando una jueza defiende la existencia de un deber, también expresa una actitud hacia el método utilizado para asociar ese significado a la disposición normativa. El enunciado consiste en la afirmación, por parte de la jueza, de que el significado que ha asociado al texto es la mejor opción, teniendo en cuenta los métodos de interpretación disponibles. Por ello, para avanzar en el análisis de los enunciados de deber de los jueces hay que decir algo más acerca de los métodos de interpretación.

2. *El lado convencional de la interpretación*

La interpretación jurídica es la actividad que consiste en asociar un significado (una norma) a una disposición normativa. Desde este punto de vista, un enunciado interpretativo tiene la siguiente forma: "T debe ser interpretado como expresando el significado N", donde T representa el texto legal (o disposición normativa) y N su significado (la norma).

Hay un sentido claro en el que las convenciones tienen un lugar en la interpretación jurídica.⁴⁸ Los términos y las expresiones no tienen un significado natural o intrínseco; por el contrario, son los usuarios del lenguaje los que dan a los términos y expresiones su significado. Sin embargo, esta simple afirmación no da cuenta de la complejidad de la interpretación jurídica. Por ejemplo, es ciega al hecho de que la supuesta determinación del significado en el discurso ordinario no se traduce necesariamente al ámbito jurídico.⁴⁹ También sería una afirmación reduccionista, porque descuida otros tipos de métodos de interpretación, además del que consiste en asociar el significado ordinario.

De hecho, hay varios métodos de interpretación que permiten fijar, de diferentes maneras, el significado de las disposiciones normativas. Cada método interpretativo establece los procesos específicos a través de los cuales los jueces pueden asociar un signi-

⁴⁸ A partir de ahora me referiré únicamente a la interpretación en el contexto jurídico, por lo que usaré simplemente "interpretación".

⁴⁹ Para una discusión en este sentido, ver Chiassoni (2000, p. 94).

ficado a una disposición normativa. En otras palabras, dentro de la interpretación jurídica, el significado ordinario no agota el conjunto de métodos de interpretación.⁵⁰

Dentro de una comunidad jurídica, cada método de interpretación contiene un conjunto de reglas o directivas relativas a la interpretación de las disposiciones normativas. Estas reglas o directivas pueden ser de tres tipos diferentes: 1) las directivas primarias, 2) las directivas secundarias, y 3) directivas axiológicas (Chiassoni, 2004, p. 63; 2007, pp. 79-80).

Por ejemplo, el método de interpretación de la intención del legislador contiene, en la mayoría de las culturas jurídicas, la directiva primaria según la cual el sentido debe coincidir con el "significado" o el "fin" del legislador; la directiva secundaria que establece que el método debe aplicarse sólo cuando el significado literal no es claro; la directiva axiológica que establece que el método se debe utilizar en los casos en que la autoridad del legislador necesita ser reforzada. Ciertamente, es una cuestión contingente cuáles directivas están contenidas en cada método interpretativo y qué método interpretativo en particular se debe utilizar en cada caso.

Estas directivas constituyen una base para la evaluación (relativa) del resultado de una interpretación. Es decir, permiten evaluar, al menos relativamente a las directivas, la exactitud de los enunciados interpretativos (Chiassoni, 2004, p. 103).

Por otra parte, los participantes no se ven a sí mismos como quebrantando el derecho o teniendo un desacuerdo aparente cuando utilizan otro método de interpretación, además del simple significado ordinario. Del mismo modo, los jueces no interpretan un texto determinado de forma aislada o sobre la base de un método interpretativo utilizado únicamente por uno de ellos. Por el contrario, se involucran en una práctica interpretativa en la que el hecho de que otros jueces utilicen un cierto método interpretativo es parte

⁵⁰ "La regla simple del significado literal no es más que una de las muchas formas en que esas convenciones podrían estar configuradas; y, de manera especial, que la pretensión de que ésta es en realidad nuestra única convención interpretativa resulta clamorosamente desmentida por los hechos" (Bayón Mohino, 2002a, pp. 63-64).

de la razón para usar ese mismo método. Así, los métodos interpretativos son convenciones relativas a cómo asociar un significado a una disposición normativa.⁵¹

Un enunciado como “Existe el deber de negar a Elmer la herencia de su abuelo, dado que esto coincide con las intenciones contrafácticas del legislador” o “Existe el deber de detener la terminación del dique Tellico, dado que esto coincide con el sentido ordinario de la disposición normativa”, puede interpretarse como la expresión de dos actitudes:

- 1) Una actitud de aprobación respecto de la acción debida.
- 2) Una actitud de aprobación respecto del método de interpretación.

En la reconstrucción expresivista habitual:

- 1) Negar a Elmer la herencia de su abuelo —¡Hurra!
- 2) Interpretar la disposición según las intenciones contrafácticas del legislador —¡Hurra!

O bien,

- 1) Detener la terminación del dique Tellico —¡Hurra!
- 2) Interpretar la disposición normativa de acuerdo con su sentido ordinario —¡Hurra!

¿En qué sentido puede una jueza decir que existe un deber si sus enunciados expresan una actitud? Bueno, la verdad de su declaración sería un producto de su propio trabajo intelectual y de su propia sensibilidad. De acuerdo con Blackburn, afirmar que existe un deber implica afirmar que la actitud reflejada pertenece al conjunto de actitudes que han superado todas las pruebas de mejoría,

⁵¹ Esto acerca los métodos de interpretación a las convenciones constitutivos de Marmor. Sin embargo, este autor tiene algunas dudas sobre eso, véase Marmor (2011, pp. 498-499).

o al menos que no se consideran susceptibles de revisión. En palabras de Blackburn (1984, p. 198),

La sugerencia simplemente es que definimos “el mejor conjunto posible de actitudes”, como el conjunto de actitudes que han superado todas las oportunidades de mejora. Decir que un juicio evaluativo es verdadero es decir que es miembro de ese conjunto, o que se deriva de él. Si llamamos al conjunto M^* . Entonces, si m es un juicio evaluativo concreto, que expresa una actitud m : m es verdadero = m es miembro de M^* .⁵²

Parafraseando a Blackburn, una jueza *tiene que ganarse* su derecho a hablar de verdad jurídica. Dado que, en este contexto, la verdad tiene fuentes subjetivas, tales como actitudes, necesidades y deseos, su derecho depende de su capacidad para formar un conjunto mejorado de actitudes, donde la coherencia y la consistencia sean respetadas (Blackburn, 1984, pp. 197-202).

Así, la teoría puede acomodar la gramática proposicional de los enunciados de los jueces, incluso si no hay deberes jurídicos. Una jueza puede afirmar que existe un deber de negar a Elmer la herencia de su abuelo, o que hay un deber de detener la terminación del dique Tellico, sin que el deber provenga de la existencia de algún hecho. Al pronunciar ese enunciado, la jueza está expresando su actitud, su punto de vista, o tal vez su deseo en relación con el estado de cosas en el que se cumple con el deber. Esta expresión nos permite identificar cómo el mundo debe cambiar para ajustarse a la actitud de la jueza y qué deben hacer el resto de los funcionarios para respetar la decisión de la jueza.⁵³

⁵² Curiosamente para mi proyecto, Blackburn parece explícitamente apoyar algo así como el convencionalismo cognitivo. Así, afirma que el valor de verdad de un enunciado jurídico se basa en hechos sobre acciones y decisiones humanas. Por lo que el enunciado de deber de una jueza es verdadero si está apoyado en esas bases (Blackburn, 1984, pp. 205-210). Sin embargo, si mis argumentos contra el convencionalismo cognitivo funcionan, entonces ellos se aplican a la reconstrucción de la verdad jurídica de Blackburn.

⁵³ Ciertamente no soy el primero en defender un punto de vista expresivista de los enunciados jurídicos. Más recientemente, Kevin Toh también ha defendido un enfoque expresivista de “enunciados jurídicos comprometidos”. Inicialmente, Toh lo defendió como una interpretación de la teoría de Hart en *El concepto de derecho* (Toh, 2005); posteriormente,

Dicho esto, queda por tratar la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo.

3. El último eslabón: los desacuerdos

El argumento de Dworkin basado en el desacuerdo ha producido una cantidad considerable de literatura. Una evaluación completa de ese debate no sólo va más allá de mi competencia, sino que también excede la estructura de este trabajo. Así, en esta última sección me limitaré a esbozar el modo en que considero el convencionalismo escéptico puede dar cabida a los desacuerdos. En cualquier caso, es importante tener en claro el punto de la discusión o, al menos, lo que consideraré aquí como el punto de la discusión. A veces Dworkin afirma que la teoría del derecho debe dar cuenta de los desacuerdos genuinos,⁵⁴ y otras veces afirma que la teoría del derecho debe dar cuenta de los desacuerdos teóricos.⁵⁵ Dworkin no dice que sólo los desacuerdos teóricos son genuinos, pero es difícil discernir qué es exactamente lo que quiere decir con estos dos términos. Por lo tanto, sólo para evitar una mera cuestión terminológica, me parece adecuado distinguir, siguiendo algunos comentarios del mismo Dworkin, entre tres tipos

con adiciones y mejoras, lo defendió como la que él cree es la visión correcta de los enunciados jurídicos (Toh, 2011). Incluso si me he beneficiado de la lectura de su obra, hay diferencias entre su visión y la mía. Por un lado, Toh no introduce el cuasirrealismo de Blackburn y prefiere el enfoque de Gibbard (2003). Por otro lado, Toh pretende combinar el expresivismo con la idea de Hart de la regla de reconocimiento, que yo no hago. La pata hartiana de la propuesta de Toh ha sido objeto de críticas no sólo como una lectura errónea de Hart (véase Swaminathan, 2014), sino también en virtud de sus dificultades para hacer frente a los problemas del convencionalismo: entre otros, los desacuerdos y la sobreestimación de la cooperación. Mi punto de vista puede ser visto como un desarrollo de la propuesta insinuada por Shivprasad Swaminathan (2016).

⁵⁴ “Si este pequeño ejemplo acerca de cuándo es posible un desacuerdo verdadero, agota todas las posibilidades, debe aplicarse a conceptos jurídicos, incluyendo el concepto de derecho”. Dworkin (1986/2022, p. 47), y más explícitamente en Dworkin (1994/2017, p. 2110): “But making sense of our intellectual life requires that we have at least some way of distinguishing genuine from illusory disagreement”.

⁵⁵ “Lamentablemente para estas teorías, esta representación sobre qué es lo que hace posible el desacuerdo no encaja bien con los tipos de desacuerdo que los abogados tienen en realidad. La mayoría del desacuerdo sobre el derecho es teórico más que empírico” (Dworkin, 1986/2022, p. 48).

de desacuerdos genuinos: sobre hechos, sobre estructura y sobre fundamentos. Todos estos tipos de desacuerdos son genuinos porque las personas involucradas comparten una base común que incluye dos elementos: significado (o concepto) y objeto (o estado de cosas). Desde este punto de vista, un desacuerdo es genuino si las personas involucradas asocian el mismo significado (o concepto) a los términos que utilizan y si se refieren al mismo objeto (o estado de cosas).

Un genuino desacuerdo sobre hechos surge cuando las personas asignan diferente valor de verdad a un enunciado empírico porque tienen creencias diferentes respecto de si un estado de cosas es el caso. Así, dos personas pueden estar en desacuerdo sobre el valor de verdad de la afirmación “El mingitorio de Duchamp es arte”, porque incluso si están de acuerdo sobre el significado de “arte” (por ejemplo, “obra original que representa la naturaleza”) e incluso si se refieren al mismo objeto, desacuerdan acerca de si el estado de cosas “El mingitorio de Duchamp es una obra original que representa la naturaleza” es el caso. Uno de ellos cree que el mingitorio es sólo un objeto industrial, mientras que el otro —si se me concede el ejemplo— cree que ha sido hecho a mano por Duchamp y que es una representación de una fuente romana.

Los desacuerdos estructurales surgen entre los científicos cuando discuten acerca de la estructura profunda de las clases naturales. No voy a detenerme en el análisis de este tipo de desacuerdos, ya que no es relevante para la presente discusión (es decir convencionalistas y Dworkin están de acuerdo en que los desacuerdos jurídicos no son de este tipo).

Por último, surgen desacuerdos sobre fundamentos cuando dos personas desacuerdan acerca de qué hace que un enunciado sea verdadero, es decir, desacuerdan sobre cuáles son sus condiciones de verdad. Una vez más, dos personas que comparten la creencia de que el mingitorio de Duchamp no es una obra original que representa la naturaleza, pero que de todos modos desacuerdan sobre el valor de verdad de la afirmación “El mingitorio de Duchamp es arte” tienen este tipo de desacuerdo si uno

de ellos afirma que la declaración es falsa porque *arte* es sólo obra original que representa la naturaleza, y la otra afirma que es verdadera porque *arte* es lo que un artista señala como arte.

Con estas categorías en mente, volvamos de nuevo a la objeción de Dworkin. El problema con el convencionalismo es que los desacuerdos sobre fundamentos no son posibles respecto de los conceptos convencionales, porque el contenido de los conceptos convencionales está determinado por criterios que comparten quienes los usan. Teniendo en cuenta que para que haya un concepto convencional los usuarios deben compartir un conjunto de criterios, no puede haber un concepto convencional cuando hay un desacuerdo acerca de los criterios. Por lo tanto, un aparente desacuerdo sobre fundamentos respecto de un concepto convencional es, o bien un desacuerdo empírico acerca de cuáles son, de hecho, los criterios compartidos; o bien un desacuerdo ilusorio, es decir, la gente está hablando sin entenderse.

Por ejemplo, si *arte* es un concepto convencional, entonces un desacuerdo sobre las condiciones de verdad del enunciado “El mingitorio de Duchamp es arte” es, o bien un desacuerdo sobre hechos respecto de cuáles son los criterios convencionales para que algo sea arte, o bien un desacuerdo ilusorio porque una de las personas involucrada usa el término “arte” como “obra original que representa la naturaleza” y la otra lo usa como, digamos, “señalado como arte por un artista”. Relativamente a los conceptos convencionales no hay reales desacuerdos sobre los fundamentos.

Dworkin afirma que los desacuerdos sobre fundamentos sólo son posibles con respecto a lo que él llama conceptos interpretativos, es decir, conceptos cuyo contenido está determinado por la teoría que pone bajo su mejor luz a la práctica en la que se usa el concepto.⁵⁶ Por lo tanto, desde su punto de vista, las personas que discuten sobre el mingitorio de Duchamp no tienen ni un desacuerdo sobre hechos ni un desacuerdo ilusorio, sino un desacuer-

⁵⁶ Dworkin tiene una propuesta de cómo entender esta metáfora. Véase Dworkin (1986/2022), y con más detalles, Dworkin (2011/2014). Pero no es necesario introducir esos detalles para el argumento que estoy presentando aquí.

do genuino sobre fundamentos acerca de cuál es la mejor teoría de la práctica donde se usa *arte*. De acuerdo con Dworkin, el desacuerdo es genuino cuando se comparten los mismos casos paradigmáticos de lo que es considerado arte.

Sin embargo, si la objeción contra el convencionalismo fuese simplemente que está constreñido a decir que el desacuerdo entre Earl y Gray en *Riggs vs. Palmer* o entre Powell y la mayoría en *TAV vs. Hill* eran, o bien un desacuerdo sobre hechos o un desacuerdo ilusorio, entonces la objeción no sería tan poderosa, pues aun cuando no sean desacuerdos sobre fundamentos, los desacuerdos sobre hechos son sin duda genuinos. Por lo tanto, si esta hubiera sido la objeción, el convencionalismo podría responder que puede hacer espacio a los desacuerdos genuinos respecto de los criterios de uso. Afirmar que el convencionalismo no tiene espacio para los desacuerdos genuinos porque no pueden dar cuenta de los desacuerdos sobre fundamentos sería una petición de principio. Por desgracia, creo que el problema para el convencionalismo es más profundo. Un desacuerdo sobre hechos es genuino si las personas se refieren al mismo estado de cosas (por ejemplo, el libro en el estante, el mingitorio de Duchamp, los criterios compartidos, etcétera). El problema es que, respecto de las condiciones de verdad de los enunciados de deber, la existencia de ese estado de cosas depende, según el convencionalismo, del acuerdo entre los jueces; pero, dado que los jueces desacuerdan, no existe el estado de cosas al cual el desacuerdo empírico se referiría. Por lo tanto, no comparten una base común que permita sostener que el desacuerdo empírico es genuino. Esto implica que el convencionalismo está constreñido a decir que los jueces tienen un desacuerdo ilusorio, ya sea porque están hablando de un estado de cosas inexistente o porque no se entienden. En otras palabras, asumiendo la perspectiva del convencionalismo, es imposible que los jueces tengan un desacuerdo genuino cuando desacuerdan acerca de las condiciones de verdad de los enunciados de deber.⁵⁷

⁵⁷ Desde la perspectiva del convencionalismo, los jueces que dicen estar en desacuerdo

Vale la pena señalar que para responder a la objeción de Dworkin es suficiente mostrar cómo los enunciados de deber de los jueces pueden ser verdaderos en los casos de desacuerdo, no es necesario mostrar que de hecho lo son. Me parece, además, que esto es todo lo que la teoría de Dworkin permite decir. O sea, desde su perspectiva, para que los enunciados de los jueces sean verdaderos, deben derivarse del mejor argumento político/moral que ponga a la práctica jurídica bajo su mejor luz, pero de esto no se sigue que todos los enunciados de deber son verdaderos, sino sólo que es posible que lo sean.

Creo que el escepticismo tiene los recursos para alcanzar el mismo resultado, sin suponer que existen deberes jurídicos y sin sobreestimar el carácter cooperativo de la práctica jurídica. Como ya he dicho en el apartado anterior, cuando una jueza defiende la existencia de un deber, por lo general, lo hace sobre la base de un método interpretativo. Por lo tanto, proyecta sus actitudes, tanto hacia la acción como hacia el método que considera ofrece la mejor interpretación de la disposición normativa. Es por eso por lo que los desacuerdos sobre fundamentos son típicamente asociados con desacuerdos sobre la interpretación, es decir, sobre cuál es el mejor método interpretativo para asociar un sentido a la disposición. De hecho, si echamos de nuevo un vistazo a los casos que Dworkin utiliza en apoyo de su objeción, veremos que los jueces que desacuerdan sobre los fundamentos discuten en realidad acerca de cuál es el mejor método para la interpretación de una disposición normativa.⁵⁸ En *Riggs vs. Palmer*, Earl (en nombre de la mayoría) y Gray (en su opinión disidente) discuten sobre la interpretación de las disposiciones normativas que regulan el testamento. Mientras que Gray argumentó a favor de una interpretación literal, Earl afirmó que la interpretación debe basarse principalmente en un argumento contrafáctico sobre la intención del legislador (Ca-

sobre los fundamentos de sus enunciados de deber incurrirían o bien en una equivocación, o bien en un engaño (*the repair argument*).

⁵⁸ Véase Ratti (2008), para un análisis de las dos sentencias en este sentido.

nale y Tuzet, 2014, pp. 196-197).⁵⁹ Lo mismo ocurrió en *TVA vs. Hill*, la mayoría consideró que el sentido ordinario de la sección 7 de la “Ley sobre especies en peligro de extinción” era lo suficientemente claro y, además, que coincidía con la intención del legislador, tal como surgía de los registros de las discusiones legislativas. Por el contrario, el juez Powell, en su voto individual, exigió interpretar la disposición normativa de acuerdo con lo que él consideró como la intención contrafáctica del Congreso.

En ambos casos, la mayoría y la minoría acordaban sobre el objeto a interpretar, a saber, un texto emitido por el Congreso. Además, acordaban sobre las condiciones para la existencia del deber: el resultado de la interpretación de la disposición determina si existe un deber o no y su contenido. Pero tenían diferentes actitudes respecto tanto de la acción en cuestión, es decir, “conceder a Elmer la herencia de su abuelo” y “detener la terminación del dique Telli-co”, como, y más importante para el presente punto, respecto de la interpretación de la disposición. Que argumentaran en términos de verdad o falsedad es consecuencia del hecho de que proyectaron sus actitudes sobre la práctica jurídica. Tenían un desacuerdo en actitudes y, al proyectarlas sobre la práctica jurídica, se expresaron como si la propiedad de ser un deber y de ser el mejor método interpretativo fuesen parte de esa práctica.⁶⁰

Sobre esta base, el discurso de los jueces en casos de desacuerdo (de hecho, en todos los casos) puede explicarse sin recurrir a una teoría del error. La teoría puede hacer espacio para la existencia de desacuerdos genuinos sobre fundamentos. Estos desacuerdos no son otra cosa más que desacuerdos de actitudes respecto de los métodos interpretativos. Y son desacuerdos genuinos porque los jueces comparten una base común: el objeto de la interpretación, es decir, la disposición normativa.

⁵⁹ De hecho, Canale y Tuzet muestran que el argumento de principio desempeña sólo un papel secundario.

⁶⁰ Que los desacuerdos de actitudes son desacuerdos genuinos es una tesis de Charles Stevenson, cuyo *locus classicus* es Stevenson (1945/1971).

De nuevo, también en casos de desacuerdos, los jueces deben ganarse el derecho a hablar de verdad y esto depende de su capacidad para formar un conjunto mejorado de actitudes, donde se respeten la coherencia y la consistencia. Nótese que el convencionalismo escéptico no afirma que todo enunciado de deber formulado por los jueces en casos de desacuerdo tiene valor de verdad. De todos modos, a diferencia del convencionalismo cognitivo y análogamente a la teoría interpretativa de Dworkin, da cabida a la posibilidad de que lo hagan.

V. Conclusión

Las críticas de Hart marcaron durante mucho tiempo la suerte del escepticismo. Aquí intenté mostrar que el desafío de Dworkin a la teoría de Hart muestra que esta última no se encuentra en mejor posición que el escéptico respecto de esas críticas. Los filósofos que buscaron en las convenciones una salida al desafío de Dworkin han fracasado. Los convencionalistas comparten con Dworkin la afirmación según la cual explicar algunos de los rasgos centrales del derecho exige mostrar que existen deberes jurídicos y esta es la cadena que los mantiene acorralados en un pequeño rincón filosófico. Además, los ha llevado a exagerar el carácter cooperativo de la práctica jurídica.

He afirmado, en cambio, que la explicación de los enunciados de los jueces respecto de la existencia de deberes jurídicos y sus desacuerdos no requiere demostrar que tales deberes existen. En este sentido, he sostenido que cuando una jueza afirma que existe un deber, está expresando su actitud a favor de un estado de cosas en el que se lleva a cabo la acción debida. Además, los jueces no pronuncian esos enunciados libremente, sino que los apoyan en métodos de interpretación convencionales. Si nuestra jueza es favorable al textualismo, entonces expresará una actitud positiva hacia decidir el caso de esa manera particular debido a que la mejor interpretación de la disposición es la que le asigna su sig-

nificado literal. Por lo tanto, los enunciados de deber de los jueces son sólo una proyección de sus actitudes respecto tanto de la acción en juego como de la interpretación de la disposición normativa. Desde esta perspectiva, los desacuerdos sobre los fundamentos de enunciados de deber son sólo desacuerdos en actitudes, y estos son desacuerdos genuinos. Por otra parte, el discurso de los jueces en términos de verdad o falsedad puede ser conservado bajo un esquema cuasirrealista. Es decir, el valor de verdad del enunciado depende de que exista un conjunto mejorado de actitudes del cual pueda ser derivado el enunciado.

El convencionalismo ha permanecido encadenado por Dworkin durante mucho tiempo. Me parece que es hora de advertir que la naturaleza cooperativa de la práctica jurídica ha sido sólo una ilusión y que la explicación del lenguaje jurídico no exige mostrar la existencia de deberes jurídicos.

VI. Referencias

- Arena, F. J. (2012). Antirrealismo moral vs. positivismo jurídico. *Revista de Filosofía del Derecho; Infojus*, 1(2), 185-201.
- Arena, F. J. (2013). Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica. *Doxa*, (36), 417-438.
- Bayón Mohino, J. C. (2002a). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. E. Navarro y M. C. Redondo (Eds.), *La relevancia del derecho* (pp. 57-92). Gedisa.
- Bayón Mohino, J. C. (2002b). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero Gómez (Ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel* (Vol. 2; pp. 33-54). Universidad de Alcalá de Henares.
- Bjarup, J. (2000). Ought and Reality. Hägerström inaugural lecture re-considered. *Scandinavian Studies in Law*, 40, 11-72.
- Blackburn, S. (1984). *Spreading the word: groundings in the philosophy of language*. Clarendon Press.

- Blackburn, S. (1998). *Ruling passions*. Clarendon Press.
- Bouvier, H. (2012). *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*. Marcial Pons.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2014). Intenzioni del legislatore e ragionamento controfattuale. *Analisi e diritto*, 195-209.
- Celano, B. (2005). Legal reasoning: three key issues, and what philosophy can(not) do about them. *Analisi e diritto*, 99-114.
- Celano, B. (2010). Interazione strategica e convenzione. En B. Celano (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 281-322). Aracne. (Publicación original 1997).
- Celano, B. (2010). La regola di riconoscimento è una convenzione? En B. Celano (Ed.), *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni* (pp. 323-341). Aracne. (Publicación original 2003).
- Chiassoni, P. (2000). Interpretative Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes. *Analisi e Diritto*, 1999, 79-99.
- Chiassoni, P. (2004). Codici interpretativi: progetto di voce per un *Vademecum* giuridico. *Analisi e Diritto*, 2002-2003, 55-124.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Il Mulino.
- Coleman, J. L. (2001). The conventionality thesis. *Philosophical Issues*, 11(1), 354-387.
- Coleman, J. L. (2001). Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. En J. L. Coleman (Ed.), *Hart's postscript. Essays on the postscript to "The concept of law"* (pp. 99-148). Oxford University Press. (Publicación original 1998).
- Den Hartogh, G. (2002). *Mutual expectations. A conventionalist theory of law*. Kluwer.
- Dickson, J. (2007). Is the rule of recognition really a conventional rule? *Oxford Journal of Legal Studies*, 27(3), 373-402.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel. (Publicación original 1978).
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Fondo de Cultura Económica. (Publicación original 2011).
- Dworkin, R. (2017 [1994]). Hart's posthumous reply. *Harvard Law Review*, 130(8), 2096-2130. (Publicación original, 1994).

- Dworkin, R. (2022). *El imperio del derecho* (J. Losa y T. Céspedes, Trad.). Gedisa. (Publicación original 1986).
- Eliaeson, S., Mindus, P. y Turner, S. P. (Eds.). (2014). *Axel Hägerström and modern social thought*. The Bardwell Press.
- Gibbard, A. (2003). *Thinking how to live*. Harvard University Press.
- Green, L. (1999). Positivism and conventionalism. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12(1), 35-52.
- Guastini, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. *Discusiones*, 11, 27-58.
- Hägerström, A. (1952). *Moralpsykologi*. Natur och Kultur.
- Hägerström, A. (1953). *Inquires into the nature of law and morals* (C. D. Broad, Trad.; K. Olivecrona, Ed.).
- Hägerström, A. (1953). On the question fo the notion of law (C. D. Broad, Trad.). En A. Hägerström (Ed.), *Inquires into the nature of law and morals* (K. Olivecrona, Ed.; pp. 56-256). (Publicación original 1917).
- Hägerström, A. (1964a). *Philosophy and religion* (R. T. Sandin, Ed.). Routledge.
- Hägerström, A. (1964b). A summary of my philosophy. En A. Hägersström (Ed.), *Philosophy and Religion* (pp. 33-74). Routledge.
- Hägerström, A. (2014). On the truth of moral ideas. En S. Eliaeson, P. Mindus y S. P. Turner (Eds.), *Axel Hägerström and modern social thought* (pp. 409-428). The Bardwell Press. (Publicación original 1911).
- Hägerström, A. (1911). Om moraliska föreställningars sanning. En A. Hägerström, *Socialfilosofiska uppsatser* (pp. 35-65). Martin Fries.
- Hart, H. L. A. (1955). Review of Hägerström's inquires into the nature of law and morals. *Philosophy*, 30(115), 369-373.
- Hart, H. L. A. (1959). Scandinavian realism. *The Cambridge Law Journal*, 233-240.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho* (G. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot. (Publicación original 1961).
- Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law* (2a. ed.). Clarendon Press. (Publicación original 1961).

- Jamieson, D. (1975). David Lewis on convention. *Canadian Journal of Philosophy*, 5, 73-81.
- Joyce, R. (2007). Moral anti-realism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/moral-anti-realism>
- Kyritsis, D. (2008). What is good about legal conventionalism? *Legal Theory*, 14(2), 135-166.
- Lagerspetz, E. (1995). *The opposite mirrors. An essay on the conventionalist theory of institutions*. Kluwer.
- Lewis, D. (1969). *Convention. A philosophical study*. Basil Blackwell.
- Marmor, A. (2009). *Social conventions. From language to law*. Princeton University Press.
- Marmor, A. (2011). Conventions revisited: a reply to critics. *Jurisprudence*, 2(2), 493-506.
- Marmor, A. (2014). Convenciones, razones y derecho. En L. Ramírez Ludeña y J. M. Vilajosana Rubio (Eds.), *Convencionalismo y derecho* (pp. 67-88). Marcial Pons.
- Mautner, T. (2014). Two kinds of anti-objectivism. En S. Eliaeson, P. Mindus y S. P. Turner (Eds.), *Axel Hägerström and modern social thought* (pp. 53-89). The Bardwell Press.
- Mindus, P. (2009). *A real mind. The life and work of Axel Hägerström*. Springer.
- Olson, J. (2014). *Moral error theory. History, critique, defence*. Oxford University Press.
- Petersson, B. (1973). *Axel Hägerströms värdeteori*. Uppsala University.
- Petersson, B. (2011). Axel Hägerström and his early version of error theory. *Theoria*, 77, 55-70.
- Petersson, B. (2014). Axel Hägerström on moral language. En S. Eliaeson, P. Mindus y S. P. Turner (Eds.), *Axel Hägerström and modern social thought* (pp. 33-52). The Bardwell Press.
- Postema, G. (1982). Coordination and convention at the foundation of law. *The Journal of Legal Studies*, 11(1), 165-203.
- Postema, G. (2011). *Legal philosophy in the twentieth century: the common law world* (Vol. 11). Springer.
- Pritchard, D. (2019), *Skepticism. A very short introduction*, Oxford.

- Ratti, G. B. (2008). Los desacuerdos jurídicos en la jurisprudencia anglosajona. *Analisi e Diritto*, 301-331.
- Rawls, J. (1955). Two concepts of rules. *The Philosophical Review*, 64(1), 3-32.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas* (J. Ruiz Manero, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales. (Publicación original 1975).
- Ross, A. (1958). *On law and justice*. Stevens and Sons.
- Ross, A. (1968). *Directives and norms*. Routledge and Keagan Paul.
- Searle, J. R. (1994). *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje* (L. M. Valdés Villanueva, Trad.; 4a. ed.). Cátedra. (Publicación original 1969).
- Searle, J. R. (1997). *La construcción de la realidad social* (A. Domènech, Trad.). Paidós. Paidós. (Publicación original 1995).
- Searle, J. R. (2010). *Making the social world. The structure of human civilization*. Oxford University Press.
- Spaak, T. (2014). *A critical appraisal of Karl Olivecrona's legal philosophy*. Springer.
- Stevenson, C. L. (1971). *Ética y lenguaje* (E. A. Rabossi, Trad.). Paidós. (Publicación original 1945).
- Swaminathan, S. (2014). Toh's Hartian project: expressivist turn, relativist returns. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 39, 87-117.
- Swaminathan, S. (2016). Projectivism and the metaethical foundation of the normativity of law. *Jurisprudence*, 7(2), 231-266.
- Toh, K. (2005). Hart's expressivism and his Benthamite project. *Legal Theory*, 11, 75-123.
- Toh, K. (2011). Legal judgments as plural acceptance of norms. En L. Green y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (pp. 107-137). Oxford University Press.
- Vilajosana Rubio, J. M. (2010). Una defensa del convencionalismo jurídico. *Doxa*, (33), 471-501.

Cómo citar

IJJ-UNAM

Arena, Federico José, "Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. 19, núm. 19, 2025, e19534. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19534>

APA

Arena, F. J. (2025). Escepticismo jurídico y convenciones. Los límites del convencionalismo y el desafío de Dworkin. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19(19), e19534. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2025.19.19534>