El descenso del positivismo por el abismo de sus convenciones[1]

Alfonso García Figueroa

Universidad de Castilla-La Mancha

¿Está condenado el juspositivismo a la trivialidad?

Hace ya tres décadas que H.L.A. Hart[2] reconoció en la publicación de *Los derechos en serio* por Ronald Dworkin (1976) el punto final del bicentenario de hegemonía juspositivista que había inaugurado el *Fragmento sobre el Gobierno*[3] (1776) de Jeremy Bentham. El diagnóstico hartiano aludía a una crisis a la que el positivismo jurídico ha respondido con sucesivas debilitaciones de sus propios postulados[4]. Aquí desearía explorar críticamente el último episodio de este proceso, cuyo protagonista es el convencionalismo jurídico. Todo parece indicar que en su búsqueda de soluciones en la profundidad de las convenciones, el convencionalismo nos ha descubierto nuevos problemas y no mejores soluciones para el positivismo jurídico.

La principal tesis que desearía sostener a continuación podría resumirse así: el convencionalismo jurídico sólo puede evitar caer en la trivialidad, si caracteriza lo convencional por oposición a una filosofía moral plausible; pero como la única filosofía moral plausible es parcialmente convencional, entonces el convencionalismo no puede evitar caer en la trivialidad. Por tanto, si el convencionalismo representa, a su vez, la tesis esencial del positivismo jurídico, entonces el positivismo jurídico es esencialmente trivial. Con todo, antes de entrar en los detalles de este argumento, es aconsejable describir brevemente los antecedentes del convencionalismo. Sólo en ese contexto es posible comprender el sentido de las tesis convencionalistas.

---

[1] Agradezco las observaciones al borrador formuladas por Miguel Ángel Pacheco, Antonio Peña Freire y Luis Prieto. Naturalmente, los errores son de mi exclusiva responsabilidad.

[2] Vid. H.L.A. Hart, "Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford, 1988, pp. 145-158.

[3] J. Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno* (1776), trad. J. Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973.

[4] Sobre los efectos disolventes para el positivismo incluyente, vid. e.g. R. Escudero Alday, "Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas", en J.A. Ramos Pascua y M.Á. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Aquilafuente, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 303-319.

1. Las crisis del positivismo en el siglo XX: injusticias y principios

Durante el siglo XX el positivismo jurídico hubo de afrontar dos retos principales: el argumento de la injusticia y el argumento de los principios[5]. El primero, que se condensa en el lema "*lex injustissima non est lex*"[6] y se articula a través de la célebre fórmula de Radbruch, expurga los sistemas jurídicos de aquellas normas formalmente válidas, pero extremadamente injustas. El segundo, el argumento de los principios, afirma por su parte que pertenecen al Derecho no sólo las reglas identificadas *more hartiano*, sino también una serie de principios morales, cuya aplicación efectiva pone de manifiesto la relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Se trata de dos argumentos complementarios. El primero florece en tiempos de holocausto, genocidio y guerra; el segundo en tiempos de normalidad constitucional y democrática. El primero recurre a una ética de mínimos; el segundo a otra de máximos. El primero reduce el contenido del Derecho; el segundo lo expande; en otras palabras: el primero revela los excesos de la regla de reconocimiento hartiana y el segundo sus insuficiencias. Cada cual a su manera, ambos argumentos vinculan la teoría del Derecho a alguna filosofía moral. Ambos argumentos contribuyen a convertir la filosofía del Derecho en *ancilla philosophiae practicae*[7] y la teoría del Derecho en una metaética atenta a las particularidades que adquiere la razón práctica en contextos institucionales[8].

---

[5] Vid. Dreier, R., "Zur gegenwärtigen Diskussion des Verhältnisses von Recht und Moral in der Bundesrepublik Deutschland", en Alexy, R. & al. (ed.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, ARSP*, cuaderno 44 (1991), pp. 55-67.

[6] Vid. Peczenik, A., "Dimensiones morales del Derecho", trad. J.A. Pérez Lledó, *Doxa* 8 (1990), pp. 89-109, p. 104; quien a su vez toma el *dictum* de J.R Lucas*, On Justice*, OUP, Oxford, p. 123.

[7] Esto es, una filosofía en todo caso "regional" dentro de la filosofía general. Vid. M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, p. 83., así como las observaciones críticas de A. Grabowski, «Is a "Regional" Philosophy of Law Acceptable? A Comment on The Philosophy of Law as a "Regional" Philosophy by Manuel Atienza» (https://www.academia.edu/23483127/Philolep_2015_Is_a_Regional_Philosophy_of_Law_Acceptable_A_Comment_on_The_Philosophy_of_Law_as_a_Regional_Philosophy_by_Manuel_Atienza). Una "vindicación de la naturaleza estrictamente filosófica de nuestra disciplina" nos ofrece J. Vega, "Legal philosophy as practical philosophy", Revus [Online], en prensa 2017, online desde 25 de septiembre de 2017, conexión 27 septiembre 2017. URL : http://revus.revues.org/3859 y también L. Peña, *Visión lógica del derecho*, Plaza y Janés, Madrid, 2017.

[8] Carlos Bernal contempla la filosofía del Derecho como "una disciplina filosófica similar a la metaética, pero con un objeto distinto" ("La tesis de la doble naturaleza del Derecho de Robert Alexy", en el mismo (ed.), *La doble dimensión del Derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, Palestra, Lima, 2011, p. 8).

En lo que sigue presupondré la viabilidad con matices tanto del argumento de la injusticia, del que me he ocupado en otro lugar[9], como del argumento de los principios, cuyo reflejo más claro se halla, como es sabido, en el no-positivismo principialista de Ronald Dworkin en la cultura jurídica anglófona y de Robert Alexy en la no anglófona. La recepción de estas dos teorías en la cultura latinoamericana (lo que incluye a la latina por antonomasia, la italiana) ha dado lugar a lo que se ha conocido (polémicamente[10]) como *neoconstitucionalismo*[11]. La tradición positivista ha recurrido por su parte a varias estrategias para mantener lo esencial de su visión del Derecho (positivismo exclusivo, inclusivo y normativo). Como vamos a ver a continuación, en lo que llevamos de siglo XXI, cabe advertir sendas transformaciones relevantes de los dos conceptos involucrados en el argumento de los principios contra el positivismo jurídico: el instrumento de crítica (los principios) y el blanco de la crítica (el juspositivismo). En este escenario *movido*, hemos pasado del argumento de los principios al argumento de la derrotabilidad y del juspositivismo *tout court* al jusconvencionalismo, el "sucesor"[12] natural del positivismo jurídico. Como avanzaba más arriba, a continuación desearía examinar específicamente la capacidad del convencionalismo para oponer resistencia a las pujantes corrientes antipositivistas. El problema del convencionalismo quizá pudiera reformularse en los siguientes términos. El positivismo y el jusnaturalismo tradicionales habían discutido sobre los vínculos conceptuales entre Derecho y moral bajo el presupuesto de un intenso dualismo Derecho/moral. El convencionalismo pretende desarrollar entonces una teoría puramente monista que investiga los criterios de identificación del Derecho ignorando el problema (presuntamente ulterior a tal identificación) de sus relaciones con la moral. Sin embargo, ese monismo, que confina la identificación del Derecho en un estadio

[9] A. García Figueroa, "Injusticia extrema y validez del Derecho. Variaciones sobre un tema de Radbruch", en P.L. Blasco (ed. y coord.), *La justicia entre la moral y el Derecho*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 21-47. La más reciente contribución al debate sobre el argumento entre nosotros se debe a A.M. Peña Freire, *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018.

[10] Vid. e.g. M. Atienza, *Filosofía del Derecho y transformación social*, cit., cap. V. Formulo una breve réplica a su aversión por la etiqueta "neoconstitucionalismo" en mi trabajo "Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 79 (2017), pp. 9-32; aquí p. 23.

[11] Para su caracterización, singularmente fiel en y por su desapego, vid. L. Prieto, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid: Trotta, 2003, cap. I.

[12] J.M. Pérez Bermejo, "El convencionalismo como sucesor: noticia de una discusión en torno a la herencia del positivismo", en J.A. Ramos Pascua y M.Á. (eds.), Rodilla González, *El positivismo jurídico a examen, cit.,* pp. 411-445.

premoral, resulta inviable porque sólo el contraste con la moralidad confiere alguna relevancia al convencionalismo en su identificación del Derecho. Frente al *dualismo* (Derecho/moral, implícito en la dialéctica entablada entre positivismo y jusnaturalismo tradicionales) y el *monismo* (premoral) de cierto convencionalismo, se optará aquí por sostener un *gradualismo* entre Derecho y moral que reconozca la doble naturaleza, moral e institucional, tanto del Derecho como de la moralidad. Puesto que el convencionalismo debe contraponerse, para no ser trivial, a una moral puramente no convencional; el convencionalismo es incompatible con el gradualismo y se halla condenado a la trivialidad. Con todo, antes de entrar en los pormenores de esta conclusión, desearía trazar a grandes rasgos las transformaciones que el positivismo jurídico ha experimentado en ese proceso de sublimación convencionalista que aquí se va a examinar críticamente.

2. Transformaciones finiseculares (I): de los principios a la derrotabilidad

Por un lado, en efecto, el argumento de *los principios* ha ido cediendo paso a lo que podríamos llamar el argumento de la *derrotabilidad*. El argumento de los principios se basa en una cierta ontología de las normas, pues presupone la existencia de principios como "mandatos de optimización" aplicables mediante ponderación y que se contraponen en la célebre formulación de Robert Alexy, a las reglas como "mandatos de determinación" que se aplican mediante subsunción[13]. Según Alexy, los principios son normas (o quizá metanormas) que ordenan llevar a cabo una acción en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas del caso.

Frente al de los principios, el argumento de la derrotabilidad sostiene por su parte que las normas jurídicas *en general* representan condicionales derrotables. De modo análogo a juicios como "todas las aves vuelan" (generalizaciones que cuentan con un conjunto de excepciones que *derrotan* el enunciado sin invalidarlo, pero también sin que las nuevas excepciones puedan enumerarse exhaustivamente), así las normas jurídicas también están expuestas a ser derrotadas y a ser consecuentemente inaplicadas ante la emergencia de excepciones sobrevenidas y *justificadas*, pero que no fueron determinadas *ex ante*

13 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993, cit., p. 87.

y que a menudo ni siquiera pudieron ser previstas por sus autores (y en tal medida son *injustificables*).

De hecho, el célebre caso Elmer, invocado por Dworkin en apoyo del argumento de los principios, puede ser reformulado en términos de derrotabilidad de una regla. Así, la regla que atribuye a *todos* los herederos legales el derecho a suceder, es *derrotada* (revisada, exceptuada) en el caso de un nieto, Elmer, que dio muerte a su propio abuelo con el fin de heredar. Como es sabido, lo que en la célebre sentencia de la Corte de Apelación del Estado de Nueva York a finales del XIX[14] *derrota* la regla general sobre sucesiones (una regla que reconocía plenamente los derechos a la herencia de Elmer) es una excepción moral, pero *jurídicamente aplicable* a pesar de no ser identificable *more hartiano*: "nadie puede beneficiarse de su propio crimen" (*nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*). Pues bien, el argumento de la derrotabilidad vendría a sostener que el régimen de administración de las excepciones sobrevenidas sería intrínsecamente moral y ello sería un argumento contra el juspositivismo, una teoría del Derecho que, en definitiva, no alcanzaría a explicar por qué eso es así. De manera análoga al argumento de los principios, de nuevo un argumento basado en las propiedades formales o *lógicas* de las normas (su derrotabilidad) vendría a probar la inadecuación del positivismo jurídico.

Y en efecto, si el argumento de los principios presuponía lo que Alexy denomina "teorema de la exclusión"[15], i.e. la idea de que toda norma es una regla o bien un principio con carácter conjuntamente exhaustivo y mutuamente excluyente; en cambio con el nuevo argumento de la derrotabilidad, esta propiedad disposicional se predica de las normas jurídicas en general sin necesidad de enredarse con una ontología de las normas tan rígida como la que se establece mediante la clásica dicotomía reglas/principios. Además, incluso si asumiéramos el teorema de la exclusión, entonces, como ha subrayado Carsten

[14] "Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York-115 NY 506", trad. De Cano, Zamora y Guzmán, en *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*, núm. 11 (2007), 40, disponible en la siguiente dirección electrónica: www.rtfd.es, fecha de consulta: 20 de septiembre de 2016.

[15] R. Alexy, "On the Structure of Legal Principles", in *Ratio Juris*, Vol. 13 No. 3 (septiembre 2000), pp. 294-304; p. 295.

Baecker[16], la derrotabilidad sería predicable de reglas, pero nunca de principios, que resultan inmunes a las excepciones que quedan siempre *reabsorbidas* dentro de la cláusula principial "dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas". En otras palabras, si aceptamos la definición de principio de Alexy, entonces cualquier excepción a un principio resulta meramente aparente por razones conceptuales. La razón es la siguiente: si una presunta excepción a un principio es procedente, entonces formaría ya parte de las "posibilidades jurídicas" que contempla el principio (que, no lo olvidemos, nos ordena optimizar "*dentro de las posibilidades jurídicas*…"). Sin embargo creo que ello no permite salvar la distinción fuerte de reglas (derrotables) y principios (inderrotables) que nos sugiere Baecker. Muy al contrario, me parece que su planteamiento viene a demostrar que la noción de principio no sería sino un subterfugio para aplicar, por así decir, *todo el ordenamiento jurídico en su conjunto* (sea cual fuere el significado de esta expresión). En consecuencia, la aplicación de principios inderrotables y reglas derrotables no sería otra cosa que recurrir, por vías diversas, al argumento sistemático a la hora de aplicar normas jurídicas en general, cuya apariencia de regla o principio obedecería más bien a una forma (más o menos feliz retóricamente) de reformular su contenido. Volveríamos en última instancia a la doctrina de los principios generales del Derecho como principios implícitos derivados del ordenamiento, "mera legalidad en formato spray" (en expresión de Andrés Ollero[17]), y volvería a ser necesario el examen del concepto, positivista o no, del ordenamiento jurídico en conjunto; lo cual convertiría en trivial el argumento de los principios: Vuelta a empezar.

En cualquier caso, lo relevante aquí es que, de conservar la distinción siquiera débilmente, no parece posible mantener reglas y principios en planos diversos y estancos. La interacción entre normas hace posible que toda regla pueda verse excepcionada por un principio. Esta interacción provoca un "efecto caballo de Troya"[18] que adultera la naturaleza de regla aplicable mediante

[16] C. Baecker, "Rules, Principles, and Defeasibility", in M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, *ARSP*, 2010 (cuaderno 119). Existe trad. castellana de F.J. Campos Zamora, "Reglas, principios y derrotabilidad", en *Doxa* 37 (2104), pp. 31- 44.

[17] A. Ollero, "Legalidad y constitucionalidad", en E. Castorina & al. (eds.), *Current Constitutional Issues. A Jubilee Book on the 40th Anniversary of Scientific Work of Prof. Boguslaw Banaszak*, Wydawnictwo C.H. Beck, Varsovia, 2017, pp. 313-333; p. 321.

[18] Debemos la imagen a J.C. Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 361-362.

subsunción[19]. En realidad, basta con contemplar fenómenos constitucionales tales como el efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) o de impregnación[20] que tienen su reflejo en el amparo por conexión de ciertos derechos sociales[21] o la transmutación de principios rectores en derechos subjetivos[22] para comprobar cómo la presunta decantación de principios y reglas en categorías incomunicadas no funciona y singularmente no lo hace en los sistemas constitucionalizados. Éstos nos ofrecen una imagen mucho más holista y mucho menos atomista del ordenamiento jurídico. Todo parece cuestionar, en definitiva, la ubicación de reglas y principios en planos diversos. Su distinción fuerte resulta, en efecto, ilusoria[23].

Una vez que restamos importancia a la distinción fuerte entre reglas y principios, el caso Elmer podría ser interpretado aún como un caso de "textura abierta del lenguaje"[24] (aunque sus defensores no suelan verlo como un problema interpretativo), o también podría reconducirse a un caso de aplicación de técnicas de *distinguishing* u *overruling*[25]. Una vez más, nada nuevo bajo el sol. Por eso, quizá lo más importante que en realidad nos deja el caso Elmer y lo que nos debe interesar a nosotros es que se produce un *contraste* entre dos imágenes del Derecho: la que nos procura el positivismo jurídico y la que nos procura la *práctica* del Derecho. Según el argumento del contraste con la práctica, la práctica del Derecho no se ajusta a la concepción positivista del Derecho. En realidad, contrastar la naturaleza del Derecho en la práctica constituye una decisión metodológica de capital importancia en sí misma, más allá de nuestros

---

[19] Más recientemente José Juan Moreso también ha cuestionado la funcionalidad de la ubicación de reglas y principios en dos planos estancos tal como presupone el teorema de la exclusión (J.J. Moreso,"La incorporación de la moralidad en el razonamiento judicial", en prensa, *in fine*).

[20] Vid. R. Guastini, "La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano", en *Ragion pratica,* nº 11 (1988), págs. 185-206.

[21] Vid. L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, 1998, pp. 96 ss. Más recientemente, vid. M.Á. Pacheco Rodríguez, *El estado del Estado social. Una culminación pendiente,* Atelier, Barcelona, 2017, cap. VI.

[22] Vid. M. C. Alonso García, *La protección de la dimensión subjetiva del derecho al medio ambiente*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

[23] De la crisis del argumento de los principios y de las razones que limitan su alcance me he ocupado en otro lugar: A. García Figueroa, "The Ubiquity of Principles. Some Critical Remarks on Robert Alexy's *Exklusionstheorem*", en M. Borowski, S. Paulson y J.-R. Sieckmann (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2017, pp. 523-545

[24] La preocupación de Hart por el problema de la derrotabilidad dada la emergencia de *freak possibilities* del estilo de humanoides de un pie de alto o la aparición de oro que no emite la radiación correspondiente le es inducida por Waismann (vid. N. Stavropoulos, "Hart's Semantics", en J. Coleman, *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the* Concept of Law, OUP, Oxford, pp. 92 ss.).

[25] R. Guastini, "Defettibilità, lacune assiologiche e interpretazione", in *Revus* 14 (2010), pp. 57-72.

compromisos con una ontología de las normas; pues supone asimilar, como hace Dworkin, la teoría del Derecho a una "teoría de la adjudicación"; es decir a una teoría de la argumentación jurídica. Desde esta perspectiva, quizá exista ya en la propia formulación del argumento del contraste con la práctica un presupuesto que no tenemos por qué aceptar, puesto que el argumento pretende demostrar algo que su nombre cuestiona. No es que podamos saber cómo es el Derecho *contrastándolo* con la práctica; es que *la práctica es el Derecho*, si puedo decirlo así. El argumento del contraste con la práctica es en sí mismo un argumento a favor del lema de "el Derecho como argumentación"[26] y de una concepción interpretativa del Derecho superadora de una visión estática del Derecho.

3. Transformaciones finiseculares (II): de la debilitación a la convención positivista

En este contexto, a partir del "supuesto giro convencionalista"[27] que imprime Hart a su teoría en su célebre *Postscript* se produce la conocida eclosión de variedades de positivismo jurídico en torno a tres posiciones, que se corresponden con la aplicación de tres operadores modales a la presencia de criterios morales en la regla de reconocimiento. Es decir, mientras el positivismo excluyente de Raz sostiene que "la determinación de aquello que el derecho es *no puede* depender de su adecuación a la moral crítica"[28]; el positivismo incluyente sostendría, más débilmente, que *no necesita* (pero *puede*) depender de tal adecuación. De ahí que el positivismo inclusivo sea, a juicio de Coleman, "una teoría de las fuentes *posibles* de validez"[29] (cursiva mía). El positivismo normativo o ético sostiene, en fin, que la identificación del Derecho *no debe* depender de su adecuación a la moral crítica. En lo que sigue prescindiré de esta tercera variedad de positivismo[30], para

[26] Especialmente alentado entre nosotros por M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
[27] F.J. Arena, *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 20.
[28] J.M. Vilajosana, *Identificación y justificación del derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 77 ss.
[29] J. L. Coleman, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoría del diritto* trad. V. Alabiso y rev. G. Pino, Il Mulino, Bolonia, 2006, p. 193. En todos los casos, las traducciones al castellano son mías cuando la fuente citada no sea española.
[30] Formulo en *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009 (Trotta, Madrid, 2009, pp. 182 ss.) una crítica al positivismo normativo o ético tomando como blanco tanto la versión sumisa de Tom Campbell como la *antisistema* de Luis Prieto. A Antonio Peña Freire le debo una observación que merece un desarrollo imposible aquí. Por expresarlo en términos que emplearé en este trabajo: La tesis de que el Derecho

concentrarme en el papel decisivo de las tesis convencionalistas en la "misión de rescate del positivismo jurídico"[31] a la que nos convocaba hace ya unos años Juan Carlos Bayón en dos influyentes trabajos[32].

En términos muy generales, según el convencionalismo, la identificación del Derecho obedece a una *convención social* (no a una *convicción moral*[33]) y Bayón sostiene que el convencionalismo constituye precisamente el "contenido mínimo del positivismo jurídico" (excluyente o incluyente) porque "(l)a tesis de la conexión [justificatoria, del Derecho con la moral] hace su trabajo, por así decir, una vez que el derecho ha sido ya identificado"[34]. Esta "necesidad de una identificación premoral del Derecho"[35] aconseja así una concepción del Derecho "fina o delgada" (*thin*) porque, en efecto, ello "deja que el trabajo moral sea hecho por el concepto de moralidad y no por el concepto de legalidad"[36] . En suma, esta necesidad de una identificación *premoral* sería satisfecha por la tesis convencionalista, precisamente porque ésta es previa e independiente de la discusión sobre la vinculación o no del Derecho a la moral[37]. A partir de este presupuesto, Bayón desarrolla una visión personal y estimulante del convencionalismo que denomina "convencionalismo profundo". Desde una perspectiva estratégica, esta teoría presenta una ventaja que acarrea riesgos. La ventaja consiste en que con su propuesta de un contenido mínimo de positivismo jurídico, Bayón aclara el debate mediante la eliminación de adherencias metaéticas no deseadas en el concepto positivista del Derecho. Sin embargo, esa ventaja es precisamente lo que pone en serio peligro al propio convencionalismo por dos razones. El primer inconveniente, puramente retórico, consiste en que,

---

es una convención a su vez representa en sí misma una convicción. Ello haría del positivismo normativo la base auténtica y originaria de cualquier forma plausible de positivismo jurídico.

[31] La expresión es de Pérez Bermejo, op. cit.

[32] J.C. Bayón, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García Sanmiguel* (vol. 2), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, pp. 33-54 y, del mismo, J.C. Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia", en P.E. Navarro y M.C. Redondo (comps.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 68 ss.

[33] Así de eficazmente lo plantea J. M. Vilajosana, "¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. V, pp. 119 s.

[34] J.C. Bayón, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", cit., p. 43.

[35] F. Schauer, "Positivism as Pariah", en R.P. George (ed.) *The Autonomy of Law*, OUP, Oxford, p. 124.

[36] F. Schauer, "Positivism Through Thick and Thin", en B. Bix (ed.), *Analysing Law*, OUP, Oxford, 1998, cap. 3, p. 76. "Legalidad" en el sentido de juridicidad.

[37] Justo al contrario de lo que piensa Dworkin, quien considera que la evaluación moral del Derecho es un requisito previo para saber lo que el Derecho es. Vid. e.g. J. Dickson, *Evaluación en la teoría del Derecho*, trad. J. Vega Gómez, UNAM, México, 2006, p. 125.

identificando el contenido mínimo del positivismo, Bayón facilita a los críticos el blanco al que dirigir sus ataques. Después de todo, si el convencionalismo profundo no resistiera los embates del antipositivismo, entonces el positivismo jurídico habría perdido nada menos que su contenido mínimo y su viabilidad se vería seriamente comprometida. El segundo problema es más grave, porque uno de los riesgos más evidentes de las tesis convencionalistas consiste en caer en la banalidad, en sostener tesis triviales o vacías. Si lo que el convencionalismo sostiene es que el Derecho es convencional, entonces la sustantividad del convencionalismo depende de que el concepto de convención resulte mínimamente interesante. Sin embargo, la concepción del criterio de identificación del Derecho como convención sólo reviste interés cuando es oponible a la moralidad. Es decir, sólo es interesante cuando se confronta con la cuestión moral que el convencionalismo profundo de Bayón pretende orillar. He aquí, me parece, un problema serio para el convencionalismo y los propios convencionalistas son muy conscientes de los riesgos de trivializar la teoría del Derecho a los que se expone el convencionalismo. Como advierte Marmor con razón, "el convencionalismo es una doctrina significativa *sólo si no* se mantiene para *todos los ámbitos (across the board).* Es significativa precisamente porque no todo es cuestión de convención social. En nuestro caso, *es principalmente el contraste entre el derecho, que se pretende convencional, y la moralidad, que no lo es, que es de particular interés*"[38] (cursivas mías). En suma, el convencionalismo sólo es relevante si presuponemos alguna teoría moral que defina el ámbito de lo no-convencional. Dicho aún de otro modo: a falta de una teoría moral, el convencionalismo deviene irrelevante. Desde este punto de vista, considerar el convencionalismo profundo como el contenido mínimo del juspositivismo, aislando el positivismo de otras tesis (tesis de la separación, la tesis de la diferencia práctica o la tesis del *pedigree*) y de cuestiones metaéticas no parece fácil. Por todo ello, como vamos a comprobar a lo largo de este trabajo, a la hora de examinar en qué medida el Derecho sea un fenómeno convencional, es especialmente necesario precisar en qué sentido y con qué alcance hablamos de convención. De lo contrario, insisto, el propio convencionalismo corre el riesgo de

[38] A. Marmor, "Legal Convencionalism", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, cit., cap. 6; p. 216.

convertirse en vacío, en una teoría "poco informativa, teóricamente no interesante y filosóficamente poco iluminadora"[39].

En efecto, si definimos "convencional" como artificial, no natural, entonces resulta trivial sostener que el Derecho es convencional, pues todo fenómeno cultural lo es[40]. Si "convencional" significa entonces "social", avanzamos algo; pero no demasiado para el debate de la teoría del Derecho. Cabría afirmar que lo social se opone a lo natural en el sentido de que se refiere a hechos dependientes de estados intencionales (creencias, actitudes, deseos) que pueden ser convencionales o no convencionales. A su vez, las convenciones pueden originarse en un acuerdo o no, y en este segundo caso pueden tener por fin la *coordinación* o bien la *cooperación* o bien la *constitución* de una práctica. En consecuencia, como cabe apreciar, es perentorio determinar claramente en qué sentido y en qué dominio se habla de convenciones en Derecho. Pero antes, recordemos un caso al que poder fijar nuestras reflexiones.

4. Contrastes prácticos, positivismos varios y convenciones profundas

El punto de partida de Bayón es el examen del argumento del contraste con la práctica. De acuerdo con este argumento, el positivismo jurídico está errado porque no refleja la práctica del Derecho. Para ilustrarlo, desearía recordar un caso al que me he referido en múltiples ocasiones[41]. Noara es una bebé muy enferma que morirá si no recibe urgentemente un trasplante hepático. El trasplante puede practicarse *inter vivos*, puesto que Noara sólo necesita un fragmento y felizmente su propia madre es idónea para ser la donante. Sin embargo, la madre de Noara es menor de edad y el artículo 4 de la Ley de trasplantes vigente prohibía a todo menor donar órganos. Mediante Auto 785/07 de 18 de octubre de 2007, la Juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla autoriza entonces el trasplante mediante un argumento analógico: dado que en ciertos casos semejantes basta con interrogar (propiamente *explorar*) al menor para evaluar y reconocer el valor de su asentimiento, así basta en este caso tal *exploración* de la madre de Noara para autorizar el trasplante sobre la base de su *asentimiento*. No es el momento de

[39] B. Celano "La regola di riconoscimento è una convenzione?", en *Ragion Pratica* 21 (2003), pp. 347-360; aquí p. 347.
[40] J.M. Vilajosana, "Una defensa el convencionalismo jurídico", en *Doxa* 33 (2010), p. 472.
[41] Por ejemplo, en *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 153.

detenerse en la plausibilidad argumentativa de esta decisión. Basta constatar que este Auto constituye una decisión *contra legem*. Nos hallamos ante un claro "contraste con la práctica". La norma jurídico-positiva aplicable dice claramente una cosa (prohíbe *a todos los menores* donar órganos) y la juez decidió claramente lo contrario (permitírselo a una menor, la madre de Noara). El caso Noara presenta así dos ventajas. En primer lugar, no cabe reconducirlo a un problema interpretativo (lo cual no excluye que podamos sostener una concepción interpretativa del Derecho al abordarlo, algo completamente distinto). En segundo lugar, muchos casos son jurídicamente difíciles porque en el fondo son moralmente difíciles, pero cuando lo que tratamos de establecer es si existe una relación entre moral y Derecho, entonces la dificultad moral de tales casos *difuminará el contraste* y sólo añadirá más confusión a la dificultad jurídica. La utilidad del caso Noara reside en que es jurídicamente difícil *porque moralmente nos resulta fácil* (presumo que al menos la autorización del Auto es ampliamente compartida desde una perspectiva puramente moral y aún humanitaria, si se quiere). En otras palabras, el caso Noara apunta directamente al problema de la naturaleza del Derecho e ilustra idóneamente la crítica al convencionalismo que supone el argumento del contraste con la práctica[42]. ¿Qué explicación puede ofrecer una teoría del Derecho positivista a este fenómeno? Recorrer sumariamente las posiciones implicadas, nos permitirá recordar las tesis en juego; si bien quien esté familiarizado con este conocido debate puede dirigirse directamente al epígrafe 5.

i) *Positivismo simple.* Una primera respuesta sería confirmar simplemente que se ha incumplido el Derecho. Sin embargo, resulta difícil de admitir que el caso Noara sea simplemente un caso de incumplimiento del Derecho. Ciertamente, la juez podría haber argumentado que la madre de Noara, que también era una menor, debería poder acogerse al mismo principio (la protección del menor) que inspiró la redacción del art. 4 de la ley de trasplantes. Después de todo, ¿cabe acaso mayor agresión a la salud mental de una menor que impedirle salvar a su propia hija con un trasplante? Y, por cierto, ¿cabe a su vez mayor daño a la bebé que el

[42] Es de justicia consignar aquí la visión radicalmente distinta sobre el caso Noara que me objeta L. Ferrajoli en "El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo", en L. Ferrajoli & al., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 360 (es reedición del monográfico del número 34 de la revista *Doxa*).

perjuicio que sufrirá si sobrevive[43] y su madre acaba psicológicamente afectada por el *shock* de habérsele impedido salvar a su propia hija? En suma, el caso podría haberse *principializado*, pero no fue ésa la decisión tomada por la juez y a la que vamos a ceñirnos aquí; pues, sea como fuere, equiparar el caso Noara con un caso de prevaricación no parece plausible. Incluso quien discrepara de la solución dada por la juez en su Auto, puede admitir que no era jurídicamente absurda, sino que entraba dentro del espectro de soluciones jurídicamente posibles. Quizá por ello, Juan Carlos Bayón desestima este "positivismo simple".

ii) *Positivismo excluyente.* Una segunda respuesta, más atendible, consistiría en afirmar que la juez ha desarrollado una argumentación moral en el ejercicio de la discreción judicial que forma parte de sus competencias. Sería la opción del positivismo excluyente raziano cuando divide secamente dos órdenes de cuestiones: la validez del Derecho en los términos de la tesis de las fuentes sociales y la aplicación regida por consideraciones morales. La terminología para referir esta distinción es muy variada. Se trataría de distinguir de manera clara entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad (vinculatoriedad, *bindingness*)[44] o también se podría distinguir entre juridicidad (*legality* raziana) y validez jurídica (*legal* validity raziana)[45]. Bulygin lo expresa de una manera ingeniosa al distinguir desde el punto de vista de cada norma su tiempo externo (durante el cual *pertenece* al ordenamiento) y su tiempo interno (el conjunto de ocasiones en que es *aplicable* aun sin pertenecer al ordenamiento)[46]. La idea es que, del mismo modo que las normas de Derecho internacional privado y las disposiciones transitorias obligan a los jueces a aplicar respectivamente Derecho extranjero y Derecho histórico que no adquieren (ni en su caso recobran) validez mediante esa aplicación; así las normas morales serían *aplicables* sin adquirir por ello *validez jurídica* (*pertenencia* al Derecho). Sin embargo, el caso Noara no parece un caso análogo a la aplicación de una norma extranjera por medio de una norma de conexión de Derecho internacional privado, por ejemplo. El subterfugio al que

---

[43] Finalmente el trasplante de la madre a Noara no fue necesario cuando apareció un tercero donante (*El Mundo*, 6 de noviembre de 2007).

[44] J. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", en J. Coleman, *Hart's Postscript.* cit., cap. 4, p. 125.

[45] S. Shapiro, "On Hart's Way Out", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, cit., cap. 5, p. 190.

[46] E. Bulygin, "Tiempo y validez", en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991, pp. 195-214. Del mismo, vid. "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa* 9 (1991), pp. 257-279; aquí pp. 266 ss.

acude la juez, que lo resuelve por analogía, excluye de por sí la idea de que nos hallemos ante una situación análoga a la aplicación de una norma extranjera y un convencionalista no debería desestimar las creencias de los participantes en la práctica. Sin embargo, esta asimilación a la aplicación de una norma extranjera es la que presumiblemente nos ofrecería Raz para explicar el caso Noara.

Como es sabido, la vinculación de la pertenencia a la aplicabilidad es un rasgo distintivo de la teoría de Dworkin. Él piensa, sobreponderando el argumento del contraste con la práctica, que para esclarecer el concepto de validez jurídica es necesario atender a la aplicabilidad. Lo que el Derecho dice (en la práctica) expresa lo que el Derecho es (su naturaleza). Por eso, la aplicación del Derecho acaba siendo una investigación sobre la naturaleza del Derecho. Por eso la teoría de la adjudicación o la teoría de la argumentación es el verdadero núcleo de la teoría del Derecho. Por eso, en definitiva, Dworkin afirma que "toda opinión judicial es una pieza de filosofía jurídica"[47] y a esta "conclusión hiperbólica"[48] se opone Raz enérgicamente. A juicio de Raz, la interpretación no tiene por qué afectar el concepto de la práctica que se interpreta: interpretar a Hamlet no significa interpretar el concepto de Hamlet[49].

Con todo, el positivismo excluyente tampoco parece una respuesta satisfactoria desde el momento en que aceptemos que sólo podemos aproximarnos a la naturaleza del Derecho a través del esclarecimiento conceptual de la interpretación y la argumentación jurídicas. Las resonancias wittgensteinianas de este juicio resultan innegables, desde el preciso momento en que el significado de *Derecho* quede así vinculado al *uso* que se haga de él. Sólo podemos conocer una práctica cultural como el Derecho mediante la investigación de sus instancias de aplicación. El principal reduccionismo que evitamos mediante la adopción de esta perspectiva pragmática e interpretativa implícita en el argumento del contraste con la práctica (que, en definitiva, vincula el significado de Derecho a su uso) proviene de aquellas teorías que conciben el Derecho como un sistema axiomático y estático de enunciados. Por ejemplo, la teoría del Derecho que late tras las contribuciones de Alchourrón y Bulygin es un ejemplo inmejorable del

[47] R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986, p. 90.
[48] J. Raz, "Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript,* cit., cap. 1, pp. 30 ss.
[49] Op. cit., p. 35.

reduccionismo que trata de evitar esta perspectiva. Alchourrón y Bulyigin afirman que "(s)ería un error interpretar nuestra caracterización del proceso de sistematización (…) como un intento de *describir* lo que los juristas efectivamente hacen; se trata más bien de una *reconstrucción* de algunos *ideales* de la ciencia jurídica"[50]. Así pues, por confesión propia, el modelo de Alchourrón y Bulygin no es fiel a la *realidad* de los sistemas jurídicos en la medida en que aspira a una "reconstrucción" de acuerdo con ciertos postulados racionales y no a una *descripción* de una práctica social, que es lo mínimo a lo que debería aspirar una auténtica teoría positivista del Derecho. Se trata, en efecto, de una rigurosa contribución al estudio de la lógica de los sistemas normativos, pero tras ella late un concepto de Derecho que excluye fatalmente una dimensión pragmática. Dado que es una teoría que ni siquiera se preocupa en desmentir su "contraste con la práctica", quien busque una teoría del Derecho en la sofisticada teoría de Alchourrón y Bulygin, tarde o temprano sentirá la tentación de dirigirles aquellas palabras de Wittgenstein: "Te pedí un cuchillo para cortar el pan y me diste una cuchilla porque estaba más afilada"[51].

Significativamente, actualmente se viene imponiendo una concepción argumentativa del Derecho armónica con el punto de vista pragmático. Francesco Viola, por ejemplo, subraya en este mismo volumen que el núcleo de nuestra concepción del Derecho ya no lo constituye el ordenamiento jurídico tal y como lo hemos venido entendiendo tradicionalmente (el que reconstruyen Kelsen o Alchourrón y Bulygin), sino más bien lo que él refiere muy oportunamente como un(o) "*spazio giuridico*", entendiendo por tal un *locus* donde confluyen normas y argumentos, cuyo plural lugar de procedencia se halla fuera de los límites reconocidos por la teoría del Derecho positivista tradicional[52]. Ciertamente, esta réplica tiene también sus riesgos (más *kripkensteinianos* que wittgensteinianos)

---

[50] C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* cit., pp. 24 s.; 226.

[51] Me atrevo a conjeturar que así lo haría P.M.S. Hacker ("Lenguaje, juegos de lenguaje y formas de vida", trad. M. Gaffal, en J. Padilla y M. Gaffal [eds.], *Formas de vida y juegos de lenguaje*, Plaza y Valdés, Madrid-México, 2013, pp. 29-60; p. 48). Él cita ese *dictum* de Wittgenstein (*Wittgenstein's Nachlass,* 120, p. 142 v.) para oponerse, por ejemplo, a la concepción de la vaguedad como algo intrínsecamente negativo cuando desde una perspectiva pragmática la vaguedad puede ser sencillamente necesaria y deseable.

[52] F. Viola, "Il futuro del diritto", *Lectio magistralis di commiato* (Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, 26 de noviembre de 2012), publicado en este volumen.

singularmente la disolución del sistema jurídico en su propia aplicación, a la que me referiré más adelante [apartado 7 i)].

iii) *El influjo de la crítica de Dworkin*. Parece un mérito innegable de Ronald Dworkin el haber defendido la dimensión hermenéutica de la teoría del Derecho en un contexto jusfilosófico abrumadoramente analítico. Su estrategia de ataque podría condensarse precisamente en la mutua implicación de dos preguntas segregadas por el divisionismo propio del positivismo jurídico, a saber: "¿qué dice el Derecho (concreto)?" y ¿qué es el Derecho (en abstracto)?". En efecto, en la teoría de Dworkin, para responder a la primera necesitamos haber respondido a la segunda de manera más o menos explícita. Y en la medida en que la aplicación de normas jurídicas involucra (de manera entimemática, cuando menos) un debate sobre la naturaleza del Derecho, cada juez se transforma en un filósofo del Derecho[53]. Ante el caso Noara, Dworkin probablemente nos diría que la solución (autorización a una menor de donar órganos) depende de nuestra concepción del Derecho. Obviamente, esta implicación entre la interpretación que hacemos de los sistemas jurídicos y el esclarecimiento de su naturaleza emerge especialmente en los casos difíciles, pero ello no significa que se halle ausente de los fáciles. Simplemente, en estos últimos la cuestión sobre la naturaleza se obvia por razones pragmáticas. De ahí que, en efecto, Dworkin afirme que la teoría del Derecho (*jurisprudence*) "es la parte general de la adjudicación [aplicación, argumentación], prólogo *silencioso* de cualquier decisión en Derecho"[54] (cursivas mías). Esta tesis parece un presupuesto del argumento del contraste con la práctica, dada la decisiva relevancia que el argumento confiere al examen de la práctica del Derecho para esclarecer la naturaleza de éste.

Para comprender por qué no es "hiperbólica" la conclusión de que el aplicador del Derecho acaba siendo un filósofo del Derecho, es útil reconducirla al argumento de la derrotabilidad: que todas las normas sean derrotables, no significa que todas hayan sido derrotadas, pues el carácter disposicional de la propiedad de la derrotabilidad implica que se trata de una propiedad que sólo se *manifiesta* bajo ciertas condiciones (i.e., el "prólogo" se mantendrá "silencioso" en los casos fáciles). Por tanto, que los casos de *derrota* sean pocos en nada afecta a la

[53] Vid. R. Dworkin, "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", trad. L. García Jaramillo, en *Estudios de Derecho,* vol. LXIV, núm. 144 (2007), pp. 14-36.
[54] R. Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 90.

propiedad de la derrotabilidad; del mismo modo que la sal no deja de ser soluble cuando se encierra en una cámara acorazada alejada del agua. Consecuentemente, la teoría del Derecho nunca es ajena a los juristas prácticos; pero su necesidad sólo se hace *sensible* (sólo se *manifiesta*) en los casos difíciles (que amenazan la estanqueidad de la cámara acorazada del principio de seguridad jurídica). Por otro lado, si el Derecho se manifiesta a través de la práctica y la práctica refleja lo que es el Derecho, entonces la teoría del Derecho es inescindible de una teoría de la argumentación que no es reducible a una práctica convencional sino normativa (siempre que no incurramos en trivializaciones). La práctica del Derecho no se entiende sin una dimensión ideal, normativa, hacia la cual la práctica del Derecho tiende por encima de meras convenciones[55]. El Derecho es una práctica interpretativa y es la interpretación la que comporta una vinculación de esa práctica con una dimensión ideal por encima de las meras convenciones.

iv) *Positivismo incluyente.* Como vimos, el positivismo incluyente se limita a reconocer como *posible* que la regla de reconocimiento se base en la moral crítica. Basta con que así se convenga, para que sea posible. Pero si la regla de reconocimiento *puede ser* moral, entonces se infringe la positivista "tesis de la diferencia práctica"[56]. El positivismo hartiano establecía dos elementos importantes a la hora de caracterizar la fuerza motivacional de las normas jurídicas. Las normas jurídicas son razones independientes del contenido (*content-independent*) y además son razones *perentorias*, es decir, excluyen la deliberación moral. Desde este punto de vista, las normas marcan una clara "diferencia práctica" respecto de la argumentación moral. Pero si la regla de reconocimiento puede incorporar contenidos morales, entonces el Derecho ya no podría marcar una "diferencia práctica" que sirviera para distinguir entre Derecho y moral. Al fin y al cabo, si la regla de reconocimiento se remitiera a normas morales, entonces al juez le bastaría con decidir moralmente[57]. Dado que en tal escenario el Derecho se tornaría superfluo, Nino se refiere a este problema como la paradoja "de lo superfluo del derecho"[58]. Como veremos más adelante, esta conclusión sólo resulta necesaria bajo una concepción no constructivista de la moral [*infra* 7 iii)] y en todo

[55] Vid. e.g. I. Trujillo y F. Viola, *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A Negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science, Nueva York, 2016, p. xi.
[56] J. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference", cit., p. 101.
[57] Op. cit., p. 43.
[58] C.S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 130 ss.

caso da la impresión de que incurre en cierta petición de principio: debemos distinguir entre Derecho y moral porque de lo contrario no podremos distinguir entre Derecho y moral. El argumento de la diferencia práctica parece, por tanto, una cláusula para garantizar la coherencia interna del positivismo y no tiene por qué ser relevante fuera de él. El problema del positivismo inclusivo surgiría entonces de que considerar la regla de reconocimiento como una posible convención social que recurre a la moral sería contradictorio. El incorporacionismo sacrificaría gravemente la tesis positivista del *pedigree*, que afirma que el Derecho puede ser identificado por su origen, sin atender a contenidos[59]. De hecho, a la luz de casos como Noara, si el Derecho es lo que convienen los participantes en esa práctica mediante una regla de reconocimiento, entonces existe una disparidad entre lo que convienen en abstracto y lo que reconocen en el caso difícil concreto[60]. Y si admitimos que la decisión de la juez en el caso Noara es procedente, entonces la regla de reconocimiento sería, como apunta Bayón, una "convención que se autoanula"[61]. Esto es lo que exige del convencionalismo mayor *profundidad*.

5. Relevancia y alcance de las convenciones

Bayón expresa certera (y wittgensteiniamente) la tesis central de su convencionalismo profundo, afirmando que "los límites de las convenciones son los límites del Derecho"[62]. Presumiblemente, Bayón sostendría en el caso Noara que, por más que tratáramos de buscar más allá de las convenciones un elemento contra-convencional (basado en consideraciones morales objetivas), en realidad la norma sobre la que realmente se apoyó la juez para autorizar el trasplante a Noara proviene de un *trasfondo profundo* de nuestra práctica jurídica que nos suministraría las *excepciones implícitas* a la norma "prohibido a los menores donar órganos". Pero entonces surge una cuestión ulterior: ¿es posible que haya una corrección moral más allá de las convenciones profundas y que tenga su fuente en algo distinto de ellas? Este es el principal problema que cabe plantear al positivismo jurídico, incluyente o no; pero antes conviene detenerse en cuál es la

[59] S. Shapiro, "On Hart's Way Out", cit., p. 158
[60] Vid. A. Marmor, *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 21.
[61] J.C. Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia", cit., p. 57.
[62] Op. cit., p. 74.

relevancia de las convenciones en el Derecho; algo que podrá obviar el lector familiarizado con el convencionalismo para dirigirse directamente al epigrafe 7.

En su obra clásica, *Convention*, David Lewis recurre a una convención de su pueblo natal para ilustrarnos sobre el objeto de su investigación:

> En mi ciudad natal de Oberlin, Ohio, hasta muy recientemente las llamadas telefónicas de los lugareños eran interrumpidas sin aviso pasados tres minutos. Poco después de que comenzara la práctica, se formó entre los residentes de Oberlin la convención de que, cuando se interrumpiera la llamada, fuera quien llamó originalmente quien volviera a llamar mientras la parte llamada esperaba. Los residentes solían someterse a esta regularidad con la expectativa de sumisión de la otra parte de la llamada. De este modo, las llamadas fueron restablecidas con facilidad para beneficio de todos los afectados. Se contó la convención a los nuevos residentes o la aprendieron por experiencia. Subsistió durante décadas o así hasta que la interrupción fue derogada[63].

Pues bien, la convención surge aquí de la interacción de expectativas cruzadas típicas de la teoría de los juegos, si bien esta situación responde a un juego de coordinación y no de conflicto. En los juegos de coordinación se busca un equilibrio. Imaginemos que en Oberlin Pepe llamó a Pepa y la comunicación se cortó. Si ambos interlocutores llaman, no podrán comunicarse. Si ninguno llama, tampoco. Sólo si uno (Pepe, o bien Pepa) llama mientras el otro (Pepa, o bien Pepe) aguarda, entonces será posible la comunicación, ¿pero quién llama y quién espera la llamada? Esta es la coordinación que requiere el desarrollo de una convención que discrimine entre las dos soluciones potenciales y arbitrarias en este caso. En los problemas de coordinación los valores en juego son siempre iguales entre sí en cada cuadro[64]:

		Pepa	
		Llama	No llama
Pepe	Llama	0,0 (A)	1,1 (B)
	No llama	1,1 (C)	0,0 (D)

[63] D. Lewis, *Convention. A Philosophical Study* (1969), Blackwell, Oxford, 2002, p. 43. Como es sabido, el precedente clásico es Hume, que pretendió fundar la justicia en reglas informales frente a los argumentos contractualistas de Hobbes y Locke (vid. Vid. G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", en id., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Springer, 2011, cap. 11, p. 488).

[64] Tomo el modelo de representación de Ph. Batifoulier, J. Merchiers y D. Urrutiaguer, "David Lewis et la rationalité des conventions", en *Revue de philosophie économique*, 6 (2002), pp. 37-55.

En efecto, las dos alternativas en equilibrio son B y C y en Oberlin se resolvió el problema de coordinación mediante una convención que nos proporciona un "*focal point*": cuando se corte la comunicación, volverá a llamar quien lo hizo primero (B). Aquí no es necesario recoger al detalle la definición que da Lewis de convención[65], pero sí conviene retener al menos que, en su concepción, las convenciones se dan cuando casi todos los miembros de una comunidad comparten el "conocimiento común" (*common knowledge*) de que casi todos actúan conforme a la convención (regularidad de comportamiento), casi todos esperan que casi todos los demás actúen conforme a ella, casi todos tienen las mismas preferencias en las combinaciones posibles, casi todos prefieren que cualquiera actúe de conformidad con la convención a condición de que casi todos actúen conforme a la convención ("condición de dependencia"[66]), aunque preferirían actuar conforme a la convención alternativa si casi todos actuaran conforme a tal alternativa (lo cual presupone la *arbitrariedad* de la convención).

Bayón no se confía a Lewis a la hora de defender su convencionalismo profundo. Y no es de extrañar si nos fijamos en el origen de la investigación lewisiana. Si atendemos brevemente al aspecto *genealógico* de la aportación de Lewis, descubriremos que con ella pretendía dar solución al reto planteado por Quine de que el lenguaje no podía tener su origen en un acuerdo porque el mismo acuerdo sólo podía articularse mediante un lenguaje. La respuesta de Lewis es que podemos tener convenciones sin acuerdos y así fue como él teorizó las convenciones como mecanismos que surgen espontáneamente para coordinarnos. Por ello, la explicación del origen de la práctica no parece muy relevante una vez que comprendemos cómo funcionan estos mecanismos. Se diría que la convención puede carecer de un pasado racional, pero se orienta hacia un futuro que sí lo es. En este sentido, resulta significativo constatar que el origen de una convención lewisiana puede ser muy plural. Puede ser el azar, un precedente, real o ficticio, o incluso una analogía casualmente establecida por los participantes. En ejemplo de Lewis adaptado a nuestro país: una amiga y yo vamos sin teléfono móvil por el

[65] Vid. la definición definitiva en D. Lewis, *Convention*, cit., pp. 78 s.
[66] B. Celano, "Preconvenciones: un fragmento del trasfondo", cit., p. 37 y del mismo, "Consuetudine: un'analisi concettuale", en *Diritto e questioni pubbliche* 14 (2014), pp. 595-667; p. 603.

metro de Madrid y entonces comentamos despreocupadamente un titular del periódico: según las estadísticas, quienes se pierden en la estación de Sol, suelen reencontrarse casualmente en el monumento al oso y al madroño. No bien acabamos de comentar esa anécdota, nos perdemos de vista en la estación de Sol. Ella y yo decidimos entonces, cada cual por su cuenta, dirigirnos al oso y el madroño, guiados por lo *llamativo* (*salient*) de la noticia y, en efecto, allí nos encontramos. Una convención basada en el azar de un precedente anecdótico nos ha resuelto un problema de coordinación[67].

Es más: el origen de una convención podría ser abiertamente inaceptable, pero eso no impediría que sobreviviera a quienes le dieron origen y se emancipara de sus causas. Por ejemplo, en algunas partes de Andalucía llaman "hacer el sábado" a limpiar ese día la casa a fondo. El origen era mostrar que no se era judío. Hoy la práctica sigue viva, pero privada naturalmente de toda connotación antisemita. Por tanto, en palabras de Lewis, "la directa influencia [del origen de la convención] se desvanece en días, años o vidas"[68]. Muy expresivamente, Lewis compara las convenciones con el fuego: "bajo condiciones favorables, una concentración suficiente de calor lo extiende y perpetúa. La naturaleza del fuego no depende de la fuente original de calor. Las cerillas pueden ser el mejor de los encendedores, pero eso no es razón para pensar que los fuegos encendidos de otro modo sean menos fuego"[69]. En suma, el origen de la convención importa poco y puede ser todo lo *irracional* que se quiera.

Intuitivamente, todo ello sugiere que la idea de convención habría de proporcionar al positivismo una cobertura teórica idónea para reconstruir la regla de reconocimiento hartiana. Después de todo, aparentemente una convención puede tener "cualquier contenido" por decirlo kelsenianamente y también cualquier origen con tal de que sirva a los fines de coordinación social. Y sin embargo, la convención de Lewis aplicada al Derecho por lo general chirría. Por un lado, como veremos [*infra* 7 i)], quizá uno de los inconvenientes del convencionalismo radique en ignorar que esa racionalidad a la que se orienta la convención es relevante para *corregir* el contenido de la convención. A pesar de la posible irracionalidad de su origen, la práctica jurídica se orienta a la racionalidad

[67] El ejemplo, cambiando los detalles geográficos, es de Lewis, *Convention*, cit., p. 39.
[68] Op. cit., p. 84
[69] Op. cit., p. 88.

porque resulta ininteligible si no es contemplada como una *purposeful enterprise*[70]. Por otro lado, resulta llamativo que cada vez que Lewis opta por estudiar convenciones de cierta relevancia jurídica, topa con "la complicación de las sanciones jurídicas"[71]. Así, cuando Lewis se ocupa de la "convención" de conducir por el lado derecho de la calzada, él se encuentra con la siguiente "complicación": si no conducimos por la derecha, la guardia civil nos detendrá y nos denunciará[72]. Así pues, la convención se caracteriza por ser un instrumento para resolver problemas de coordinación y sufre distorsiones cuando está modificada por alguna otra forma de racionalidad y también cuando se halla sometida al elemento coercitivo. Pero este elemento coercitivo es consustancial al Derecho y más en la tradición positivista[73]. Por eso puede resultar tentador recurrir a las convenciones limitando su alcance a aquellos ámbitos sin sanciones como el Derecho internacional[74] o el Derecho constitucional[75], aunque de hecho, también se haya recurrido a las convenciones en el Derecho mercantil y de *torts* (responsabilidad civil)[76]; así como para explicar la objetividad en la interpretación constitucional[77]y ello sin olvidar un "convencionalismo semántico" (que sostiene que las proposiciones sobre lo que el Derecho es depende de las creencias de la gente)[78]. Naturalmente, la noción de convención nos interesará aquí en relación con la teoría del Derecho, en la medida en que *funde* la validez de las normas jurídicas[79].

---

[70] Sobre este aspecto de la teoría de Fuller, vid. A. Peña Freire, *Legalidad y orden jurídico*, cit., p. 67.
[71] D. Lewis, *Convention*, cit., p. 48.
[72] Op. cit., p. 44.
[73] Aunque podría ser que actuáramos por convención y no por miedo a la sanción (*ibid*).
[74] Aunque Lewis conjetura que llamar "convención" a, por ejemplo, la III Convención de La Haya de 1907 para evitar guerras no declaradas (y por cierto incumplida sistemáticamente) puede ser un caso análogo a llamar "Podunk Municipal Street *Railway*" a una empresa que operaba exclusivamente con autobuses y no con trenes (D. Lewis, "Convention: Reply to Jamieson", en id., *Papers in Ethics and Social Philosophy*, Cambridge University Press, 2000, cap. 11, p. 137).
[75] Así lo propone R.H. MacAdams, *The Expressive Powers of Law. Theories and Limits*, Harvard University Press, Cambridge (Massachussets), p. 67.
[76] Vid. G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", cit., p. 484.
[77] Vid. F.J. Arena, "Convenciones e interpretación constitucional", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. VIII.
[78] Vid. G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", cit., p. 484. En este nivel se sitúan, por ejemplo, las reflexiones de Lorena Ramírez Ludeña, "Las nuevas teorías de la referencia y el convencionalismo jurídico", en la misma y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. IX.
[79] Postema distingue dos versiones de convencionalismo de lo que denomina "*foundational convencionalism*": una positivista, hartiana y más estrecha, según la cual "el Derecho puede existir y tiene fuerza normativa sólo cuando se funda en una práctica social", y una más amplia y fulleriana que sostiene que "las convenciones juegan un papel crítico al constituir el Derecho, aunque contribuyen poco o nada a los criterios de validez del sistema jurídico" (G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", cit., p. 484). ~~Rafael Escudero define el~~ El *iusnaturalismo* ~~de Fuller como~~ "procedimental y tecnológico" de Fuller~~. La moral~~ "que hace posible el Derecho" también permite

6. La identificación convencional del Derecho

i) La regla de reconocimiento como convención coordinativa. Josep Maria Vilajosana considera que la regla de reconocimiento hartiana resolvería el problema de coordinación de "constituir un conjunto de criterios a partir de los cuales podamos saber cuál es el derecho de una determinada sociedad"[80]. Sin embargo, que la regla de reconocimiento sea considerada una convención coordinativa resulta muy controvertido[81] y no sólo porque el propio Lewis acabara por restar importancia a esa dimensión coordinativa[82]. Si la regla de reconocimiento existe como una convención orientada a resolver problemas de coordinación, es lícito preguntarse por qué *razón* buscamos la coordinación. Si afirmamos que se trata de "constituir un conjunto de criterios a partir de los cuales podamos saber cuál es el derecho de una determinada sociedad"[83], parece posible seguir indagando y entonces una consideración parece procedente: Si la regla de reconocimiento es una regla en uso entre jueces, parece que ellos no se tienen a sí mismos por participantes *pasivos* en el desarrollo de la convención ni ciegos a sus fundamentos. Decir que adoptan la regla de reconocimiento R *arbitrariamente* y no cualquier otra simplemente porque todos lo hacen y así pretenden coordinarse, no parece realista[84] y olvida el "aspecto interno de las normas"[85]. Verónica Rodríguez-Blanco nos ilustra el resultado ininteligible al que nos lleva reducir ciertas prácticas a esa "razón

---

evaluar su bondad (vid. R. Escudero, *Positivismo y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 331 ss.).

[80] Vid. J.M. Vilajosana, *Identificación y justificación del derecho*, cit., p. 47. y en términos similares se pronuncia Shapiro con su interpretación *funcional* de la regla de reconocimiento, según la cual la regla de reconocimiento es una convención que cumple una *función* de coordinación y es aquí donde se opone a Dworkin que mantiene una visión *no funcional* (S. Shapiro, "On Hart's Way Out", cit., p. 189, nota 67). Quizá sea en este punto donde se pueda advertir un punto de contacto relevante entre positivismo jurídico y utilitarismo.

[81] Por ejemplo, Jorge L. Rodríguez ha expresado sus reservas a que pueda existir un fin de coordinación *previo* a la regla de reconocimiento que defina lo que es el Derecho (J.L. Rodríguez, "La regla de reconocimiento como convención constitutiva", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. IV, p. 90); lo cual sería un argumento a favor de atribuir un fin constitutivo y no coordinativo a la convención que rige la regla de reconocimiento. Por otra parte, también se ha apuntado que para preservar su *normatividad*, la regla de reconocimiento hartiana debería considerarse más que una convención, una costumbre más propiamente (B. Celano, "Consuetudine: un'analisi concettuale", en *Diritto e questioni pubbliche* 14 (2014), pp. 595-667, *in fine*).

[82] Vid. Pérez Bermejo, op. cit., p. 415.

[83] J.M. Vilajosana, *Identificación y justificación del derecho*, cit., p. 47.

[84] De esta objeción de Leslie Green a la falta de atención a la normatividad de la regla de reconocimiento (L. Green, "The Concept of Law Revisited", en Michigan Law Rev. 94 (1996), pp. 1687-1717; aquí p. 1687) nos da cuenta A. Marmor, "Convenciones, razones y derecho", trad. A. Carrió Sampedro, en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., p. 72.

[85] Vid. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., e.g. pp. 56 ss.

convencional" siguiendo un imaginario diálogo con el Greco (que adopta el rol de participante):

> OBSERVADOR: ¿Por qué pinta a Cristo crucificado?
> EL GRECO: Para representar el sacrificio de Cristo.
> OBSERVADOR: ¿Pero por qué quiere representar el sacrificio de Cristo?
> EL GRECO: Porque todos los artistas lo hacen.

Esta respuesta resulta absurda e ininteligible. Si el diálogo continuara así:

> OBSERVADOR: ¿Por qué quiere hacer lo que los demás hacen, en este caso, representar el sacrificio de Cristo?
> EL GRECO: Porque es la mejor manera de conocer a Dios a través del sacrificio de su Hijo
> OBSERVADOR: ¿Y por qué quiere conocer a Dios? [86]

Entonces, concluye Rodríguez-Blanco, sería absurdo que el Greco respondiera "porque todos lo hacen"[87]…

ii) La regla de reconocimiento como convención cooperativa. Quizá para captar esa *actitud activa y normativa* propia del punto de vista interno adoptado por los jueces, Coleman ve en la regla de reconocimiento, más allá de una convención con fines de coordinación[88], una "actividad cooperativa compartida" como pasear por ejemplo. Cuando paseamos, no nos limitamos a convenir con el fin de resolver un problema de coordinación, más bien *actuamos juntos movidos por un fin común*. Coleman adopta este concepto de Bratman[89] , que subraya tres aspectos de la actividad cooperativa: a) Sintonía recíproca implícita en que cada cual actúa a la vista del comportamiento del otro en la consciencia de que el otro también actúa así. b) Empeño en la actividad conjunta a la que sirve su sintonía recíproca. c) Empeño en la ayuda recíproca, pues cada actor se esfuerza por sostener los esfuerzos de los otros en una acción conjunta[90].

Este modelo parece reproducir mejor el punto de vista del juez, que es, al fin y al cabo, de quien depende la existencia de la regla de reconocimiento. Quizá

---

[86] Vid. V. Rodríguez-Blanco, "Convención y normatividad: una visión escéptica", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. II, cit., p. 61
[87] Ibid.
[88] Frente a Marmor que mantiene que se trata de una convención constitutiva. Vid. J. Coleman, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", cit, p. 117.
[89] J. Coleman (*La pratica dei principi*, cit., p. 175) toma este concepto de M.E. Bratman, "Shared Cooperative Activity", en *Philosophical Review* 101/2, 1992, pp. 327-341; id. "Shared Intention", en *Ethics*, 104 (1993), pp. 97-113. Postema ("Conventions and the foundations of Law", cit., p. 504) subraya el cambio de opinión al respecto de Coleman, quien con anterioridad había defendido el carácter coordinativo de la convención en la identificación del Derecho.
[90] J.L. Coleman, *La pratica dei principi*, cit., p. 175.

exprese bien aquel aspecto cooperativo que sugería la conocida metáfora dworkiniana de la novela en cadena, donde se asimila cada juez a un novelista convocado para seguir el curso de una novela cuyos capítulos previos han sido escritos por otros novelistas.

iii) La regla de reconocimiento como convención constitutiva. Marmor considera que en realidad, la objeción de que los jueces no se limitan a seguir una convención porque están vinculados normativamente (no sólo coordinativamente, por así decir) no es procedente porque los jueces lo son en virtud de normas jurídicas que ya han sido reconocidas (*constituidas*) como jurídicas por la regla de reconocimiento y, por tanto, la regla de reconocimiento se debe basar en una convención que la crea *previamente*, una convención *constitutiva* de la propia práctica que llamamos Derecho y en la que los jueces se hallan "inmersos"[91]. Después de todo, la propia convención hartiana ya pretendía dar solución a la circularidad entre autoridades y reglas (toda autoridad emana de una regla y toda regla de una autoridad). La convención surge así como un mecanismo que rompe esta circularidad[92] . Para Marmor, la regla de reconocimiento no es tanto una convención orientada a resolver un problema de coordinación[93], sino que debe ser reconstruida más bien como una convención constitutiva. Igual que no decimos de las reglas del ajedrez que resuelven un problema de coordinación, pues *constituyen* la actividad de jugar al ajedrez; así la regla de reconocimiento crea, *constituye,* una actividad cuyos problemas de coordinación deben ser posteriores a la propia convención[94].

7. ¿Convención o convicción?

Nos encontramos ahora en condiciones de abordar nuestro caso: ¿Qué significa interpretar el caso Noara bajo una concepción convencionalista de la regla de

---

[91] A. Marmor, "Convenciones, razones y derecho", cit., p. 87.
[92] Vid. G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", cit., p. 485.
[93] A. Marmor, "Legal Conventionalism", en J. Coleman (ed.), Hart's Postscript, cit., p. 202.
[94] A. Marmor, "Convenciones, razones y derecho", cit., p. 75. No es de extrañar que Jorge L. Rodríguez, cercano en este punto a la célebre posición de Eugenio Bulygin ("Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", cit.) sobre la naturaleza conceptual o definicional (no normativa) de la regla de reconocimiento, muestre su simpatía por esta dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento *à la* Marmor, aunque a cambio de ello, Rodríguez considere poco interesante el recurso a la idea de convención y se reafirme en su adhesión a la concepción de la regla de reconocimiento como una regla definicional o conceptual (J.L. Rodríguez, "La regla de reconocimiento como convención constitutiva", cit., 109 ss.).

reconocimiento? Si atendemos al planteamiento de Vilajosana, en el caso Noara deberíamos distinguir si la norma que sirve de base a la decisión de autorizar el trasplante se funda en una *convención* (la regla de reconocimiento) o bien en una *convicción* (convicción personal en el ejercicio de discreción judicial)[95]. A juicio de Vilajosana, la razón convencional de la juez se expresaría así: "si los demás no dijesen y no hiciesen lo que hacen, yo no diría lo que digo o haría lo que hago"[96]. La convicción de la juez se expresaría en cambio así: "aunque nadie dijese lo que dice o hiciese lo que hace, yo diría lo que digo o haría lo que hago"[97]. ¿Convenciones profundas o convicciones profundas? Esta es, por tanto, la disyuntiva a la que nos aboca un caso como Noara, si seguimos el planteamiento de Vilajosana.

i) Primera objeción a la disyuntiva convención-convicción: el problema del seguimiento de la regla (de reconocimiento). Como es sabido, Hart expresó enfáticamente su voluntad de evitar no sólo el "noble sueño" dworkiniano de la unidad de respuesta correcta, sino también la "pesadilla"[98] del escepticismo ante las reglas. En efecto, definir una regla a través de sus instancias de aplicación puede llevarnos a disolver la regla en sus infinitos casos de aplicación. Se trata de la clásica interpretación por parte de Kripke del problema del seguimiento de reglas en Wittgenstein. Recordemos brevemente el argumento de *Kripkenstein*[99]. Un maestro le dice a un alumno que siga una secuencia de números: 2, 4, 6… y el niño lo hace hasta 1000, momento a partir del cual sigue la serie así: 1004, 1008, 1012… para seguir, al rebasar 2000 así: 2006, 2012, 2018… Wittgenstein nos pone en el lugar del maestro:

> Le decimos: "¡Mira lo que has hecho!"- Él no nos entiende. Decimos: "Debías sumar dos; ¡mira cómo has empezado la serie!" –Él responde: "¡Sí! ¿No es correcta? Pensé que debía hacerlo así" –O supón que dijese, señalando la serie: "¡Pero si he proseguido del mismo modo!" –De nada nos serviría decir "¿Pero es que no ves…?" –y repetirle las viejas explicaciones y ejemplos. –Pudiéramos decir quizá en tal caso: Esta persona entiende por naturaleza esa

[95] J.M. Vilajosana, "¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. V, pp. 119 s.
[96] Ibid.
[97] Ibid.
[98] H.L.A. Hart, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream" (1977), en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, pp. 123 ss.
[99] Pues, en efecto, propiamente cabría hablar "del argumento de Wittgenstein según impresionó a Kripke", en palabras del propio Kripke (*Wittgenstein. A propósito de reglas y lenguaje privado,* cit., p. 19). En las páginas 118 ss. puede consultarse una síntesis del argumento del lenguaje privado según es reconstruido por este autor. En contra de la validez de esta interpretación de Wittgenstein, vid. e.g. A. Marmor, *Interpretación y teoría del Derecho*, trad. M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2000, pp. 190 ss.

> orden, con nuestras explicaciones, como nosotros entenderíamos la orden "Suma siempre 2 hasta 1000, 4 hasta 2000, 6 hasta 3000, etc."[100]

Como el significado de la regla solo queda definido mediante su uso, entonces el significado de la regla se disuelve en la práctica que presuntamente debe orientar. En el §201 de las *Investigaciones filosóficas* Wittgenstein nos advierte del desconcertante resultado final: "Una regla no podría determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla"[101]. Es normal que cualquier jurista quede aterrorizado ante el monstruo de *Kripkenstein*, cuya encarnación en la teoría del Derecho es el realismo jurídico radical.

Supongamos ahora que llega a aquella iglesia inglesa de la que nos hablaba el viejo ejemplo de Hart, un forastero de la etnia *Sij* cubierto con un turbante nunca visto por esas latitudes[102]. La regla dice que los hombres debemos descubrirnos al entrar en la iglesia; pero es lícito preguntarse ante este nuevo caso (que forma parte del universo de casos de la práctica, pero cuyo resultado incidirá sobre el contenido de la práctica) si la obligación *convencional* de quitarse el sombrero rige en este caso. La cuestión entonces es que para determinar la *relevancia* del nuevo caso debemos desarrollar una argumentación *exterior* a la práctica entendida como mera *convención*. Es decir, la obligación jurídica hartiana no puede obedecer exclusivamente a la práctica so pena de ser "distorsionadora porque la práctica no puede generar por sí sola su esfera de deber". Por eso, tiene razón Stavropoulos cuando afirma que "la teoría de Hart fracasa como explicación de la metafísica del deber"[103]. Si puedo decirlo así: el caso Noara es para el art. 4 de la Ley de trasplantes, lo que el turbante para la regla que obliga a los hombres a descubrirse en la iglesia. Sólo un razonamiento *exterior* a la práctica (a la convención), un razonamiento *extra-convencional*, puede garantizar la aplicación del Derecho.

También Den Hartogh sitúa en la deficiente concepción de la obligación jurídica del positivismo jurídica su crítica: "si la obligación es un tipo de hecho social, es un tipo de hecho que a menudo sólo puede establecerse mediante un

---

[100] L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas,* trad. A. García Suárez y U. Moulines, Crítica, Barcelona, 2002, §185, p. 187.
[101] L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas,* cit., p. 203.
[102] Vid. N. Stavropoulos, "Obligación y práctica social", trad. L. Ramírez Ludeña, en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. VII, p. 171. Este autor se refería a un sombrero ranchero. Modifico el ejemplo tras descartar tocados alternativos en conversación con Antonio Peña Freire.
[103] N. Stavropoulos, "Obligación y práctica social", cit., p. 175.

argumento moral" [104]. A su juicio, el respeto de las expectativas mutuas que nos conducen a una convención presupone argumentos morales. Si la convención se orienta a un bien, entonces ese bien es moralmente controvertible y por tanto presupone la existencia de valores y principios subyacentes a la práctica. Que en su origen no fueran moralmente buenos no impide que luego sean justificables desde los valores a que la práctica aspira y más teniendo en cuenta las "virtudes cooperativas" que exige la participación en la práctica social[105]. Si lo que caracteriza una convención es que las creencias al respecto *no son corregibles*[106], entonces en el caso Noara asistimos posiblemente a una *corrección* de la convención (lo cual invalidaría la convención que devendría corregible). Ciertamente, la réplica positivista podría insistir en que no se trata de un caso de corrección de la convención como aparenta en la superficie, sino de derrotabilidad de la regla que recurre a una excepción implícita que surge de lo profundo de la convención[107]. En otras palabras: el razonamiento moral no sería externo, sino interno a la convención en lo profundo. Sin embargo, esto resulta artificioso cuando añadimos otros elementos de juicio. Como vamos a ver, "(c)uanto más excavemos en la profundidad del trasfondo —nos dice Pérez Bermejo—, más difícil será defender el carácter verdaderamente convencional de los hábitos allí integrados"[108].

ii) Segunda objeción a la disyuntiva convención-convicción. El tertium institucional del rol judicial. ¿Podemos reducir a esta disyuntiva la deliberación de la juez del caso Noara cuando escribe su Auto? Si afirmamos que decide por convención, es necesario identificar una convención coordinativa, constitutiva o cooperativa. Decir que es meramente coordinativa o cooperativa resulta delicado. Si la juez afirmara haber autorizado el trasplante simplemente porque otros lo harían, nos resultaría poco aceptable y artificioso; quizá, en efecto, ininteligible. Si

---

[104] G. den Hartogh, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*, Kluwer, La Haya, 2002, p. 45.
[105] Vid. G. den Hartogh, "A conventionalist theory of obligation", en *Law and Philosophy* 17 (1998), pp. 351-376; aquí p. 375; del mismo, *Mutual Expectations*, cit., p. 59.
[106] Si me separo de las convenciones gramaticales, yo he cometido un error; si todos lo hacen menos yo, el error es mío pues la convención es otra. Por tanto,"las creencias sobre hechos convencionales no pueden estar colectivamente equivocadas" (E. Lagerspetz*, The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions,* Springer, Dordrecht, 1995, 14).
[107] Y que además no afectaría a la identificación del Derecho en un plano premoral (vid. J.L. Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos*, CEPC, Madrid, 2002, p. 390).
[108] J.M. Pérez Bermejo, op. cit., p. 436.

la juez afirmara haber autorizado el trasplante porque *a ella* le parecía lo justo, su respuesta nos resultaría asimismo insatisfactoria. ¿Por qué? Entre otras cosas, podría parecer que así excluimos el requisito de la arbitrariedad de la convención. Después de todo, la convención constituye una solución entre dos opciones arbitrarias (e.g. conducir *todos* por el carril izquierdo o bien *todos* por el carril derecho). Sin embargo, los defensores de la convencionalidad de la regla de reconocimiento nos recordarían entonces que arbitrariedad no implica indiferencia. En ejemplo de Vilajosana: Si un inglés se traslada a vivir a Barcelona, puede que él *prefiriera* (que no le sea indiferente) conducir por el carril izquierdo, pero no lo hará porque la convención pone el punto focal en la otra alternativa *arbitraria* posible (conducir por la derecha) y existe un interés predominante en conducir por donde todos lo hayan convenido[109]. ¿Tendría algún valor jurídico la preferencia frente a la convención a la hora de discriminar opciones arbitrarias?

En realidad, el caso Noara es más complejo que el caso de conducir por la derecha o la izquierda, que es un caso idóneo para las convenciones lewisianas orientadas a la coordinación. ¿No sería acaso posible que la juez hubiera autorizado el trasplante separándose tanto de una presunta *convención*, pero prescindiendo al mismo tiempo de sus propias *convicciones* (preferencias)? Personalmente creo que esto es lo que sucedió. Por eso, cuando Vilajosana reduce la explicación de la identificación del Derecho a dos alternativas (convención o bien convicción) en realidad establece una falsa disyuntiva, que presupone el dualismo Derecho/moral que se trata de probar.

Imaginemos que la juez del caso Noara perteneciera a una secta religiosa que prohíbe los trasplantes. Según el planteamiento convencionalista, a la hora de escribir su Auto, la juez no habría tenido problemas a la hora de someterse a la concurrente *convención* expresada en el artículo 4 que prohíbe a los menores donar órganos. Su *convicción* religiosa coincidiría, en lo que al caso se refiere, con la *convención* (aquí la ley no marcaría una diferencia práctica, por cierto). Si, por el contrario, la juez de profundas convicciones religiosas autoriza a pesar de todo el trasplante (algo perfectamente imaginable), entonces la disyuntiva convención/convicción no resultaría adecuada. ¿Qué habría marcado la diferencia de la decisión frente a la convención legal y la convicción religiosa concurrente?

[109] J.M. Vilajosana, "¿Por qué la regla de reconocimiento es una convención?", cit., p. 138.

Una primera respuesta podría ser que la dicotomía convención/convicción se quiebra por la existencia de un *tertium*: la institución de juez y lo que su rol implica.

En efecto, una explicación particularmente prometedora consiste en insistir en el papel institucional de la juez. La juez no se debate entre aplicar una convención con el propósito de alcanzar meramente una coordinación o bien sus personalísimas opiniones morales individuales. Como oportunamente subraya Postema, las "preferencias" de los funcionarios en su interacción con los ciudadanos no son simplemente personales. Se hallan mediadas por su responsabilidad profesional[110]. Es decir, la juez asume un papel institucional que la obliga a actuar en un sentido cooperativo bajo una "presión racional"[111] para conformarse con el resto de los jueces (de ahí que los jueces se sometan a contratos, juramentos o promesas que garantizan su vinculación institucional[112]).

Esto supone un avance en la comprensión de la identificación del Derecho, pero no es suficiente, puesto que los *tertia* podrían ser reconducidos a una convención. Los convencionalistas sostendrían que las convenciones tienen un trasfondo que nos proporcionarían las reglas que rigen el papel del juez así como las *excepciones implícitas* para un caso como Noara. De nuevo, en el cumplimiento de su deber judicial, la juez se habría limitado a someterse a la convención para identificar no sólo respuestas *superficiales*, sino también las respuestas *profundas* que nos proporciona la práctica en un análisis más minucioso, como el de Postema:

> Las convenciones (…) no son puntos estáticos y fijos (…), sino más bien nudos relativamente estables en una matriz dinámica. Su significación completa no puede ser apreciada extraídas de esta matriz. Es esta matriz, a disposición de todos y a la que todo contribuyen, la que da fuerza práctica a las decisiones convencionales particulares y procuran recursos para permitir a los participantes resolver nuevas situaciones[113] (como Noara, cabría añadir aquí)

iii) *Tercera objeción a la dicotomía convención-convicción: la moral (crítica) puede ser convencional (en alguna medida).* ¿Cuál ha sido entonces la base sobre la que ha decidido *contra legem* (*contra conventionem*) la juez del caso Noara? He aquí el error principal sobre el que a mi modo de ver se edifica el convencionalismo. Si

[110] R. Sánchez Brígido, "Convenciones cooperativas, regla de reconocimiento y prácticas institucionales", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. VI, p. 154
[111] Vid. G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", cit., p. 492.
[112] R. Sánchez Brígido, op. cit., p. 162.
[113] Vid. G. Postema, "Conventions and the foundations of Law", cit., p. 496.

para no ser banal, el convencionalismo tiene que plantearse a través de esta dicotomía, entonces resulta inviable. No tanto porque el Derecho no sea cosa de convenciones; sino más bien porque la moral crítica (que no es sólo cuestión de convicción, individual) también es cuestión de convenciones hasta cierto punto y eso quiebra la dicotomía de Derecho y moral, dos prácticas sociales entre las que ya no rige el puro *dualismo*, sino un cierto *gradualismo*[114]. En ambas prácticas hallamos elementos de corrección y de institucionalización. Desde este punto de vista, el problema del convencionalismo no reside tanto en una deficiente descripción de la dimensión convencional del Derecho cuanto en la falta de reconocimiento de la dimensión convencional de la moral crítica. Eerik Lagerspetz era consciente de ello cuando escribió lo siguiente:

> Las normas de la moral personal o crítica[115] no son convencionales (…). Si creo que comer carne está mal, tengo una razón para seguir la regla incluso si soy la única persona que tiene esa convicción. El contraste con las reglas de la gramática, etiqueta, o (algunas partes del Derecho) es obvia. (*los teóricos que tienen una visión convencionalista de la moralidad pueden discrepar aquí*)[116] (cursivas mías).

Ésa es la clave: si sea posible una moralidad crítica en alguna medida convencional. Probablemente un positivista sea hoy en día alguien que simplemente niegue tal posibilidad. Compárese el carácter dinámico que más arriba Postema atribuía a las convenciones jurídicas con el quietismo que atribuye Shapiro a las normas morales: "Puesto que es parte del concepto de la moralidad que la moralidad es un sistema normativo estático, las reglas de reconocimiento incluyentes deben ser reglas secundarias estáticas… fijadas desde el comienzo"[117]. ¿De verdad es sostenible esta visión intimista, personal y estática (i.e. carente de procedimientos e institucionalidad) de la moralidad en extremo contraste con el dinamismo convencional del Derecho? Desde luego, esta afirmación presupone una concepción de la moralidad que no es indiscutible y que seguramente nos descubre el verdadero contenido mínimo del positivismo jurídico, i.e., su visión desenfocada de la moralidad crítica como algo absoluta e intrínsecamente anti-convencional.

---

[114] Cfr. las consideraciones de A. Peña Freire en *Legalidad y orden jurídico*, cit., pp. 102 ss.
[115] Significativamente puestas del mismo lado.
[116] E. Lagerspetz, *The Opposite Mirrors,* cit., pp. 17 s.
[117] S. Shapiro, "On Hart's Way Out", cit., p. 182.

En realidad, la moral crítica puede ser perfectamente concebida como un fenómeno social y seguramente sea éste (por paradójico que parezca) el problema más difícil del positivismo convencionalista. Especialmente clara es la dificultad de distinguir las convenciones jurídicas de las convenciones de la moral social[118]. Después de todo, las reglas de la moralidad social también pueden ser consideradas, en efecto, convencionales. Pero tampoco podemos excluir la dimensión convencional de la moral crítica. Como apunta oportunamente Pérez Bermejo en relación con el convencionalismo profundo de Bayón, "la equivalencia entre positivismo y convencionalismo [por parte de Bayón] se compromete identificando formas de jusnaturalismo convencionalista"[119]. Pérez Bermejo desestima esta vía de crítica[120], pero a mí me parece, sin embargo, que va en la dirección correcta si en lugar de jusnaturalismo adoptamos alguna forma de constructivismo ético. Desde este punto de vista, la moral crítica es también convencional (o lo es en alguna medida) y ello invalida el convencionalismo que habría tratado de *rescatar* el positivismo a costa de condenarlo a la trivialidad.

En términos muy generales, la propia idea de que la convención requiere servir a la coordinación social comienza a minar una visión positivista del Derecho desde el propio momento en que adoptemos, por ejemplo, una concepción hobbesiana de la moral como la de David Gauthier[121]. La plausibilidad del positivismo jurídico dependería entonces no tanto de la plausibilidad del convencionalismo, sino de la medida en que la moralidad sea *contraconvencional* y la moral no sería *contraconvencional* si somos, por ejemplo, hobbesianos o utilitaristas. Ciertamente, sí parece *contraconvencional*, si adoptamos teorías deontológicas. Sin embargo, incluso esto es cuestionable. Si lo pensamos bien, una institución como la promesa en el fondo se fundamenta kantianamente en una racionalidad convencional. "Todos deben cumplir las promesas" es una regla moral cuya validez racional se apoya en la expectativa trascendental de que todos la

[118] Vid. V. Rodríguez-Blanco, "Convención y normatividad: una visión escéptica", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. II, cit., pp. 55 ss.
[119] J.M. Pérez Bermejo, op. cit., p. 441.
[120] Ibid.
[121] Vid. D. Gauthier, *Morals by Agreement*, OUP, Oxford, 1988, p. 268.

cumplen y la institución se destruiría en ese plano trascendental si la gente no siguiera generalizadamente esa *convención*[122].

iv) *Cuarta objeción: el constructivismo ético, la moralidad parcialmente convencional, disuelve el dualismo convención/convicción (moral social/moral crítica).* El siguiente paso sería comprobar si existe algún vínculo conceptual entre la moral social y la crítica. Si existiera, entonces se disolvería la diferenciación fuerte entre la convencionalidad del Derecho y la no-convencionalidad de la moral. Pues bien, el constructivismo ético es precisamente la doctrina moral que liquida la distinción absoluta entre moral social y crítica y en esa medida es la doctrina que liquida una estrategia convencionalista para explicar el Derecho. Hace ya algunos años Luis Prieto anticipaba así de condensadamente esta vía de crítica al convencionalismo: "determinar qué dice el Derecho (…) exige emprender abiertamente un razonamiento moral, el mismo razonamiento implícito en el constructivismo moral"[123]. A partir de ahí y si admitimos la tesis de Bayón de que el convencionalismo constituye el contenido mínimo del positivismo jurídico, entonces la conclusión resultaría obvia: el positivismo jurídico es una doctrina inviable precisamente en la medida en que las éticas constructivistas sean viables. El convencionalismo profundo de Bayón buscaba aislar la teoría del Derecho de la filosofía moral, desarrollando la identificación del Derecho en un estadio *premoral* donde hallar una convención, ajena a la necesidad de corrección. Sin embargo, el único modo de mantener esta premisa metodológica consiste en contraponer de manera excluyente la convencionalidad a la corrección (definida como lo no convencional). Pero cuando definimos la moral por ser no convencional, entonces estamos aceptando, por cierto, que no es posible delimitar la convencionalidad sin el recurso a la moral, lo cual resulta intrigante bajo una óptica positivista cuya

---

[122] Vid. J.L. Rodríguez, "La regla de reconocimiento como convención constitutiva", cit., p. 104, quien se apoya en el argumento de B. Celano, "La regola di riconoscimento è una convenzione?", en *Ragion Pratica* 21 (2003), pp. 347-360; aquí p. 353. Aquí quizá fuera necesario distinguir dos tipos de contradicciones derivadas del uso de máximas inmorales en Kant. La contradicción se da en la voluntad si la universalización de la máxima da lugar a situaciones indeseables para uno. La contradicción se da en la concepción cuando la universalización de la máxima inmoral lleva a la aniquilación de una institución, como en el caso de la promesa (vid. Ch.M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 77 ss.). En un plano no trascendental, sino empírico parece situar el argumento G. Den Hartogh, *Mutual Expectations*, cit., p. 46.

[123] Bien es cierto que Prieto no comparte esa crítica que él formulaba más bien para llamar la atención de Vilajosana (*Identificación y justificación del Derecho*, cit.) sobre la línea de crítica al convencionalismo que sigo aquí (L. Prieto, "Identificación y justificación del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXV [2008-2009], pp. 485-505; aquí p. 494).

razón de ser consiste en delimitar el Derecho frente a la moral. Por otro lado, si sostenemos que la moral es parcialmente convencional (como sostiene el constructivismo ético), entonces el planteamiento convencionalista se ve erosionado y ello es especialmente relevante cuando recordamos que el constructivismo ético es la ética subyacente a los planteamientos neoconstitucionalistas. Si adoptamos la filosofía moral de Alexy, por ejemplo, advertiremos enseguida que ahí se halla el punto esencial del debate. La moral discursiva no es una moral *contraconvencional*, sino una moral parcialmente convencional. El constructivismo ético presenta una moral que no es ni absolutamente convencional, ni absolutamente *contraconvencional*; sino que se manifiesta como una moral mixta. Alexy expresa con claridad este compromiso de la ética discursiva entre relativismo y objetivismo:

> (P)uede así afirmarse que el resultado del procedimiento discursivo no es ni meramente relativo ni meramente objetivo. Es relativo en la medida en que está condicionado por las particularidades de los participantes y es objetivo en la medida en que depende de reglas. De este modo la teoría del discurso evita tanto las debilidades de las teorías morales relativistas como las de las objetivistas.[124]

El procedimentalismo de la teoría del discurso implica así una *juridificación* de la moral que en nuestro país no ha pasado inadvertida a filósofos morales como por ejemplo Aranguren[125] o Cortina[126], aunque tiene sus precedentes en Kant[127]. Cuando el convencionalismo exhibe su sensibilidad (bien es cierto que reactiva) frente a las cuestiones morales menoscaba la inmunidad de la teoría del Derecho al debate moral, una inmunidad con la que se pretendía garantizar al positivismo jurídico su contenido mínimo. Y no es de extrañar. Dejando a un lado la viabilidad de esa estrategia, cuando la teoría del Derecho ubica la identificación del Derecho en un estadio premoral incurre en cierta contradicción performativa. Hacer teoría del Derecho siempre ha sido contrastar su objeto, el Derecho positivo, con lo que no lo es (sea cual fuere su denominación). Seguramente, porque para quienes

---

[124] R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, p. 102

[125] Vid. J.L.L. Aranguren, "Filosofías racionalistas. Filosofías noéticas y Kant", en E. Guisán (coord.), *Esplendor y miseria de la ética kantiana*, Anthropos, Barcelona, 1988, pp. 26 ss.

[126] Vid. A. Cortina, "La moral como forma deficiente de Derecho", en *Doxa* 5 (1988), pp. 69-85.

[127] Me permito una remisión a mi trabajo "Kant y Alexy: reglas, principios y unidad del discurso práctico. Una lectura actual de la filosofía jurídica kantiana", en A. Castro, F. Contreras, F. Llano, J.M. Panea (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del bicentenario de su muerte*, Innovación Lagares, Sevilla, 2003, pp. 191-210.

estamos inmersos en estas prácticas, ellas sólo nos resultan inteligibles tomando en consideración el ideal con el que se confrontan[128]. En consecuencia, cuando el convencionalismo profundo desplaza la tesis de la separación entre Derecho y moral del centro de la teoría del Derecho para situar en su lugar la tesis social o tesis de las fuentes sociales y orillar las consideraciones metaéticas en la elaboración de un concepto de Derecho, parece incurrir en una contradicción performativa. En suma, la búsqueda de "un mínimo contenido de positivismo jurídico" se hace así a costa de distorsionar no sólo el discurso moral, sino también el discurso de la teoría del Derecho que requiere de alguna filosofía moral de *contraste* para determinar al menos frente a qué se opone.

v) Quinta objeción: el cuestionamiento del dualismo convención/naturaleza. El convencionalismo profundo de Bayón se remite a un trasfondo común arraigado a nuestra *forma de vida*. En este punto resulta de un particular interés la posición de Bruno Celano, quien halla en ciertas "preconvenciones" una base del convencionalismo profundo que viene a cuestionar precisamente el dualismo convención/naturaleza y con él el dualismo positivismo/jusnaturalismo. Precisamente porque para Celano tales preconvenciones escapan de la rígida distinción entre lo fáctico y lo normativo[129], el propio dualismo positivismo/jusnaturalismo resultaría desenfocado.

A juicio de Celano, en el trasfondo de nuestras convenciones aparecen ciertas preconvenciones que conforman nuestra forma de vida en sentido wittgensteiniano. Las preconvenciones de la forma de vida no son codificables como un sistema de reglas[130], sino que se incorporan de manera imperceptible como "una segunda naturaleza"[131] de manera que se convierten en habilidades, disposiciones, que se manifiestan no en un *know-that*, sino en un *know-how* expresado en:

---

[128] Vid., en relación con la teoría de Fuller, A. Peña Freire, *Legalidad y orden jurídico,* cit., pp. 94 ss.
[129] B. Celano, "Preconvenciones: un fragmento del trasfondo", en L. Ramírez Ludeña y J.M. Vilajosana (eds.), op. cit., cap. I., pp. 48-49.
[130] Éste es, por cierto, un rasgo fundamental del particularismo. Vid. R. Crisp, "Particularizing Particularism", en B. Hooker y M. Little, *Moral Particularism*, OUP, Oxford, 2000, pp. 23-47, aquí p. 25.
[131] B. Celano, "Preconvenciones: un fragmento del trasfondo", cit., p. 36.

> «(…) automatismos: espontáneos (irreflexivos), rápidos, fluidos, llevados a cabo sin esfuerzo (*effortless*). Y por tanto, pueden ser particularmente rígidos, mecánicos, ciegos, obtusos. Convenciones que—por usar la enésima metáfora— se hallan impresas en la carne, en el cuerpo han pasado a ser naturales como el respirar, constituyen "una segunda naturaleza"»[132].

Es como cuando nadamos a crol. Sabemos de verdad nadar a crol precisamente cuando no tenemos necesidad de pensar cómo se hace[133]. Cuando sale sólo y lo hemos mecanizado hasta convertirlo en parte de nuestra fisiología. Los ejemplos se pueden multiplicar. Hallaríamos otro ejemplo en el cultivo y el ejercicio del "buen gusto"[134]. Probablemente explicables con el concurso de las neurociencias, se trata de elementos preconvencionales que incorporamos y aplicamos de esa manera. Cuando eso sucede, "*the body takes over*", insiste una y otra vez Celano[135]. Nuestra habilidad no nace de un código, sino de la participación en una práctica que nos ha ido enseñando así cómo decidir, cómo jugar a ese juego, cómo participar en esa forma de vida. Codificar ciertas cosas no tiene sentido, como nos lo recuerdan con su especial encanto aquellas memorables "Instrucciones para subir unas escaleras" de Julio Cortázar[136]: codifican lo que carece de sentido codificar.

La forma de vida bien puede referirse a nuestra forma de vida más general como seres humanos o bien a nuestra forma de vida local ("la de la tribu", nos dice Celano[137]). Pues bien, como es sabido, la investigación de los principios discursivos que rigen nuestra forma de vida más general constituye el núcleo de la ética constructivista particularmente en su manifestación habermasiana y alexyana. Y ésta es la cuestión. Una espeleología desprejuiciada en la práctica jurídica acaba iluminando las mismas profundidades de la moral que el positivismo pretende excluir del estudio del Derecho. Cuando ya en su *Teoría de la argumentación jurídica*, Robert Alexy ubicaba en la *forma de vida más general de los seres humanos*[138] la fundamentación de la ética discursiva, estaba diciéndonos

---

[132] Op. cit., pp. 28 s.
[133] Op. cit., pp. 31 s. Celano toma el ejemplo de Casey.
[134] Celano se remite al estudio de P. Bourdieu, *La distinción. Criterio y bases del gusto*, trad. M.C. Ruiz de Elvira, Taurus, Madrid, 2016 (3ª ed.).
[135] B. Celano, "Preconvenciones: un fragmento del trasfondo", cit., p. 32.
[136] Vid. J. Cortázar, "Instrucciones para subir una escalera" en *Historias de cronopios y famas,* Alfaguara, Madrid, 2001 (12ª ed.).
[137] B. Celna, "Preconvenciones: un fragmento del trasfondo", cit., p. 46.
[138] R. Alexy, "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft", en W.Oelmüller (ed.) *Normenbegründung Normendurchsetzung*, Schöningh, Padeborn, 1978, pp. 22-58; del mismo, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, p. 306.

implícitamente por qué la práctica que denominamos "Derecho" se halla inextricablemente unida a la moralidad. Todo acto de habla regulativo (y el Derecho es un conjunto de actos de habla regulativos) erige una pretensión de corrección y es la observación de esa pretensión de corrección la que, al fin y al cabo, determina una actuación como la de la juez del caso Noara. Ello no excluye la consideración de prácticas convencionales "de la tribu". En realidad esas prácticas convencionales se reflejan en la aportación que los participantes hacen al discurso y que portan como una segunda naturaleza, preconvencional.

En consecuencia, el problema de la ausencia de diferencia práctica del Derecho, la paradoja de lo superfluo del Derecho, sólo surge si por "moral" entendemos "moral individual" o incluso "moral social"; pero no es eso lo que los juristas tienen en mente cuando aplican el Derecho español en el caso Noara. Aquí tenemos la idea clara de que aplicar el Derecho es necesariamente hacer *justicia*. Ello por dos razones concurrentes: la primera es que institucionalmente es así. La justicia es un valor constitucional que obliga a los jueces y que cabe articular en el marco jurídico-positivo vigente (algo perfectamente explicable dentro del positivismo inclusivo); pero incluso si no existiera ningún apoyo institucional legal ni jurídico-positivo, se impondría la segunda razón concurrente, a saber: que el Derecho incorpora conceptualmente una pretensión de corrección que se manifiesta precisamente en la argumentación. Para ello, como vemos, no es necesario renunciar a la dimensión institucional del Derecho. Sólo si nos entregamos a un fuerte dualismo como el que presupone el convencionalismo, entonces resulta inviable la vinculación de Derecho y moral.

Conclusión: la alternativa del neoconstitucionalismo

Aquí me he referido sustancialmente a un debate anglófono, pero también entre nosotros el debate entre los positivistas y sus críticos se ha ido transformando, como consecuencia de cierto agotamiento teórico[139], al que ha contribuido poderosamente el entorno jurídico-político (constitucionalismo y garantismo[140]),

[139] Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en *Isonomía* 27 (octubre 2007), pp. 7-28.
[140] Acerca de la influencia del garantismo sobre las visiones constitucionalistas del Derecho, cfr. L. Ferrajoli & al., *Un debate sobre el constitucionalismo*, cit.

ético (constructivismo ético[141]) e incluso sociológico (el tránsito de una cultura de la autoridad a una "cultura de la justificación"[142]). A partir de la consabida asunción de una cierta "mutación genética"[143] operada primero en los ordenamientos jurídicos europeos de posguerra por efecto de la rematerialización de sus Constituciones (introducción de contenidos morales en forma de catálogo de derechos), la teoría del Derecho ha tendido a reducir la propia relevancia de la discusión entre positivistas y jusnaturalistas en un nuevo contexto donde asistimos a una relativización de la diferencia entre Derecho y moral que surgen de la *transacción* entre Derecho y moral operada por el constitucionalismo desde el lado del Derecho y por el constructivismo desde el lado de la ética. Más precisamente, el constitucionalismo ha aproximado el Derecho a la moral porque la constitucionalización implica la moralización del Derecho; y el constructivismo ético ha aproximado la moral al Derecho, porque la ética se ha hecho discursiva, procedimental, institucional y hasta cierto punto *convencional*. Por ello, el *dualismo* Derecho-moral debería ser reemplazado por un *gradualismo* entre Derecho y moral, que reconociera la *transacción* entre ambos órdenes y que nos permitiera la *transición* hacia un nuevo marco de discusión, que entre nosotros ya es habitual reconocer como neoconstitucionalismo.

Quizá la baza principal del convencionalismo de Bayón fue evitar *ab initio* el *dualismo* que ha enturbiado la teoría del Derecho tradicional. Ésta, al fin y al cabo, afirmaba (jusnaturalismo) o negaba (juspositivismo) las relaciones entre dos órdenes. En cierto modo, el dualismo severo Derecho/moral ha sido el error común y profundo sobre el que positivismo y jusnaturalismo han podido edificar juntos el gran edificio de su discrepancia, que llamamos "teoría del Derecho" (*jurisprudence*). Desde esta perspectiva, la alternativa de Bayón consiste en un *monismo* que ubica la identificación del Derecho en un estadio premoral, pero aquí se ha rechazado esta solución. Primero, porque no es posible separar identificación (premoral) del Derecho y argumentación (moral en última instancia). Segundo, porque el convencionalismo identifica premoralmente el Derecho, pero requiere una filosofía moral para no ser trivial, lo cual resulta contradictorio. Tercero, porque el convencionalismo estipula que el Derecho es el ámbito de lo

[141] Vid. C.S. Nino, *El constructivismo ético,* C.E.C., Madrid, 1989.
[142] M. Barberis, *Stato costituzionale*, Mucchi, Módena, 2012, p. 20.
[143] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil,* trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 33.

convencional y la moral crítica el ámbito de lo *contraconvencional*, cuando es posible hallar elementos de corrección en las instituciones jurídicas y elementos institucionales en las éticas constructivistas. Cuarto, porque, en definitiva, el convencionalismo desenfoca el Derecho por desenfocar la moralidad, lo cual confirma a su vez que no podemos aproximarnos *premoralmente* al Derecho sin adulterarlo.

Frente al convencionalismo, el neoconstitucionalismo nos proporciona con su gradualismo una buena alternativa al dualismo, pero también al monismo. Según el gradualismo, Derecho y moral no representan dos órdenes entre los que existen o no relaciones, sino un *continuum* de procedimientos discursivos imbricados argumentativamente entre institucionalización y corrección. Esto significa no sólo que la institucionalización del Derecho está mediada por la corrección (e.g. constitucionalismo), sino también que la corrección está mediada por instituciones (el *procedimiento* discursivo del constructivismo ético).