

VI

CONVENCIONES COOPERATIVAS, REGLA DE RECONOCIMIENTO Y PRÁCTICAS INSTITUCIONALES *

Rodrigo SÁNCHEZ BRÍGIDO

1. INTRODUCCIÓN

Una característica central del derecho es que se trata de un fenómeno cuya existencia depende de acciones y actitudes humanas. Es un fenómeno social. El derecho es también, sin embargo, no solo un fenómeno social, sino también normativo. Un aspecto de ese carácter es que las reglas jurídicas se invocan para justificar intervenciones en bienes básicos de individuos, muchas veces (o quizás paradigmáticamente) en contra de sus deseos o preferencias. Y los funcionarios encargados de aplicar e implementar esas reglas invocan la práctica misma en la que están involucrados como dándoles una razón para aplicar esas reglas y, así, para justificar las intervenciones. Invocar una práctica como una razón es, sin embargo, algo inquietante: no logra verse cómo es posible invocar con sentido una práctica social (en el fondo, un hecho) como una razón para actuar de cierto modo, máxime cuando la acción en cuestión consiste en aplicar reglas que importan la intervención en bienes básicos de otros. Ese es uno de los problemas ligados a la normatividad del de-

* Agradezco a Hernán BOUVIER y Juan IOSA por comentarios a una versión anterior de este ensayo.

recho al que, para ser breve, llamaré aquí simplemente el «problema de la normatividad»¹.

En un trabajo seminal², H. L. A. HART sostuvo que podía darse cuenta del carácter social del derecho mostrando que, cuando hay un sistema jurídico, hay una práctica de un conjunto de funcionarios que siguen lo que llamó una «regla de reconocimiento». Los funcionarios aplican e implementan ciertas reglas identificadas como jurídicas a partir de una serie de criterios compartidos, y hay una conformidad general en la población a dichas reglas. Eso explicaría en qué sentido el derecho es un fenómeno social. Pero la regla de reconocimiento hartiana daría cuenta también del carácter normativo del derecho. Pues, en el fondo, la regla de reconocimiento es una regla, y las reglas son vistas como proveyendo razones para actuar. Eso haría inteligible que los funcionarios la invoquen para justificar su proceder.

Esa respuesta al problema de la normatividad, no obstante, fue considerada insuficiente. Debía explicarse con mayor detalle por qué el hecho de que un grupo de personas (los funcionarios) empleasen ciertos criterios (la regularidad y las actitudes constitutivas de la práctica de la regla de reconocimiento) podría ser visto como una razón para intervenir en bienes básicos de otros. La práctica es, después de todo, un hecho.

El problema de la normatividad se transformó entonces, para los seguidores de la teoría hartiana, en la pregunta por la naturaleza de la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento. Aparecieron así distintas teorías. Pero todas apelaron a una estrategia común: intentaron mostrar que esa práctica pertenece a una categoría de prácticas que nos son familiares, prácticas en las que resulta inteligible la idea de que quienes participan en ella las invoquen como si se tratase de una razón.

Una de esas teorías es el convencionalismo jurídico. Su idea central es que la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento es una convención, un tipo de práctica en la que resulta inteligible, al menos en principio, invocar la práctica misma (la convención) para justificar conductas. En una de sus vertientes³, y apelando a la idea de convención coordinativa desarro-

¹ Otro aspecto del problema de la normatividad, más importante, es si existe una obligación de obedecer al derecho. Este problema puede ser visto como independiente del que menciono en el texto, aunque algunos (incluyendo los autores convencionalistas que menciono debajo) los consideran vinculados. Véase POSTEMA, 2011: 499. En adelante haré referencia a este trabajo como *TLP*.

² HART, 1994: 114-117.

³ La otra gran vertiente apela a la idea de una convención constitutiva, y fue elaborada por MARMOR en varios trabajos. Véase MARMOR, 2009 para una presentación que unifica sus trabajos anteriores. No puedo considerar ese enfoque adecuadamente aquí, aunque se sigue de las consideraciones que propongo que es un enfoque equivocado. En una nota *infra* digo algo más específico sobre ese asunto.

llada por David LEWIS ⁴, el convencionalismo jurídico sostiene que la regla de reconocimiento es una convención coordinativa. De la misma manera en que la convención coordinativa de, por ejemplo, conducir por la izquierda, es invocada inteligiblemente por cada conductor como una razón para que otros conduzcan por la izquierda, así también los funcionarios invocan la práctica de la regla de reconocimiento (supuestamente, una convención) como una razón para que otros empleen los mismos criterios para identificar las reglas que, a la postre, se usarán para intervenir sobre bienes básicos de los ciudadanos. El propio HART, en un *Postscript* a su libro publicado póstumamente, pareció suscribir la idea de que la práctica en cuestión es efectivamente convencional en ese sentido⁵, y algunos autores, como G. POSTEMA y J. COLEMAN, elaboraron más esa idea⁶.

A pesar de que la sugerencia parecía atractiva, el convencionalismo jurídico basado en la idea de convención coordinativa fue objeto de varias críticas y, después de un tiempo, se generó cierto consenso acerca de que las objeciones eran concluyentes. De hecho, en base a algunas de esas objeciones, uno de sus proponentes (J. COLEMAN) abandonó el enfoque⁷.

Ese era, por así decir, el estado de la cuestión hasta hace algunos años. Recientemente, sin embargo, POSTEMA ha vuelto a defender la idea de la regla de reconocimiento como una convención. Ha refinado la idea de una convención coordinativa, haciéndola más abarcativa (ahora la llama «convención cooperativa»), de una manera que daría cuenta de las objeciones.

En lo que sigue quiero examinar esta nueva defensa del convencionalismo. Yo mismo critiqué la versión anterior, y el trabajo de POSTEMA es una buena ocasión para re-examinar el alcance de esas críticas ⁸. Intentaré mostrar que la defensa de POSTEMA es infructuosa a pesar de los nuevos refinamientos. La razón por la que la teoría fracasa es que la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento pertenece a una categoría de prácticas que uno podría llamar «institucionales». Es la práctica de una institución (la Judicatura) a la que se atribuyen ciertas acciones. Y una práctica institucional no es una convención coordinativa (como sostenía el convencionalismo jurídico antes), ni una convención cooperativa (como sostiene el intento más sofisticado de POSTEMA ahora). Tiene un carácter propio.

Procederé de la siguiente manera. Caracterizaré primero muy brevemente la idea de convención coordinativa que el convencionalismo jurídico

⁴ LEWIS, 1969.

⁵ HART, 1994: 255-256.

⁶ POSTEMA, 1982; COLEMAN, 1982 y 1998.

⁷ COLEMAN, 2001: 98 y ss.

⁸ SÁNCHEZ BRIGIDO, 2010: 40-43.

tomó inicialmente (apdo. 2) y luego la versión más refinada de POSTEMA (apdo. 3). Después consideraré cómo POSTEMA adaptó esa idea para dar cuenta de la regla de reconocimiento (apdo. 4), y examinaré si puede solventar las objeciones usuales a esta vertiente del convencionalismo (apdo. 5). Intentaré mostrar que la teoría fracasa, y que ello obedece a que la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento pertenece a una categoría de prácticas diferente (apdos. 6 y 7).

2. LA IDEA DE UNA CONVENCION COORDINATIVA Y LA ESTRATEGIA INICIAL DEL CONVENCIONALISMO JURÍDICO

La noción de convención coordinativa que el convencionalismo jurídico empleó inicialmente fue tomada de David LEWIS. La idea básica es que hay cierta forma característica de abordar «problemas de coordinación», un tipo de situaciones de interacción social complejas. Un ejemplo de ese tipo de situaciones es el siguiente. Dos personas están hablando por teléfono y la comunicación se corta. Cada una de ellas quiere volver a comunicarse, y a ninguna le importa llamar o esperar, pero la única forma de volver a comunicarse es que una espere y la otra llame; cada una, por tanto, debe decidir qué hacer, pero no tiene una razón para decidir esperar o llamar, pues ello depende de qué haga la otra persona. Un problema de coordinación es entonces, en líneas generales, una situación en que hay dos o más personas y dos o más combinaciones posibles de acciones tal que cada agente prefiere que, si todos menos uno hacen su parte en esa combinación, la persona restante proceda de la misma manera. Así, si la situación descrita se resuelve la primera vez mediante el llamado de quien efectuó la llamada original, es probable que la misma estrategia sea empleada la próxima vez. Si emerge un patrón de conducta, entonces habrá aparecido una convención coordinativa⁹.

De acuerdo con LEWIS, entonces, una convención es una regularidad R en la conducta de miembros de un grupo en una situación S (enfrentan un problema de coordinación recurrente) tal que: 1) cada uno se conforma a R; 2) cada uno espera que los otros se conformen a R; 3) cada uno prefiere conformarse a R bajo la condición de que los demás lo hagan, pues S es un problema de coordinación y la conformidad uniforme es una combinación de acciones tal que ninguno estaría mejor si otro agente actuase de otro modo por su cuenta, sea él mismo u otro¹⁰. Así, en la situación de la comunicación telefónica, cada uno se conforma a la regularidad «el que

⁹ Véase LEWIS, 1969: 36-42.

¹⁰ Esta es una paráfrasis de la primera definición de LEWIS, no de su definición refinada. Véase LEWIS, 1969: 14, 42, 78.

llamó primero vuelve a llamar, el otro espera», cada uno espera que el otro se conforme, cada uno prefiere que todos se conformen si todos lo hacen y, como enfrentan un problema de coordinación, todos preferirían que la otra regularidad («el que llamó primero espera») fuera seguida si todos se conformasen a ella.

Esa es la idea básica de LEWIS. El modelo es en realidad mucho más complejo y tiene pretensiones teóricas específicas que dejaré de lado aquí. Pero lo cierto es que tuvo un impacto, entre otras disciplinas, en la filosofía del derecho. El convencionalismo jurídico, en efecto, tomó la noción de convención coordinativa para intentar dar cuenta de la regla de reconocimiento y del problema de la normatividad.

No pretendo reconstruir en detalle la estrategia, pues consideraré el modelo más sofisticado luego. Pero la idea central del convencionalismo jurídico puede ser presentada sucintamente así: si hay derecho, entonces un grupo de individuos debe emplear normas que satisfacen ciertos criterios; como habrá seguramente un amplio rango de conjuntos de criterios entre los cuales elegir, el problema de elegir qué conjunto emplear puede ser visto como un problema de coordinación recurrente; (también es posible que cada uno prefiera, *ex ante*, un conjunto de criterios, pero que cada uno prefiera que todos empleen el mismo conjunto sobre la alternativa de emplear él su propio conjunto y que otros hagan algo distinto, lo que significaría que no habrá sistema jurídico en absoluto)¹¹; es probable entonces que el problema sea resuelto mediante el surgimiento de una regularidad de conducta, una regularidad que encaje en la definición mencionada. Y la regla de reconocimiento puede ser vista como la regularidad en cuestión: una convención coordinativa. Eso daría cuenta, según el convencionalismo jurídico, del problema de la normatividad. Pues las convenciones coordinativas *à la* David LEWIS son vistas inteligiblemente, bajo el supuesto de que los participantes son racionales y pretenden resolver un problema de coordinación, como razones para conformarse a la regularidad.

POSTEMA y COLEMAN fueron —como dije— los principales representantes de este enfoque. Pero el enfoque fue objeto de numerosas críticas. Por ejemplo, no parece cierto que los funcionarios enfrenten el tipo de problema, muy estilizado y restringido, que los participantes de una convención lewisiana enfrentan. Allí las soluciones son arbitrarias, en el sentido de que cada uno prefiere actuar de acuerdo a una regularidad diferente siempre que el resto actúe del mismo modo. Así, en el caso de la llamada telefónica que se resolvía mediante un patrón (que quien llamó originalmente vuelva a hacerlo), existía otro patrón disponible (que quien llamó originalmente

¹¹ COLEMAN, 1998: 114-121. Véase también POSTEMA, 1982: 176 y ss.

espere), al que todos se habrían adherido si todos lo hubiesen hecho. Por cierto, como destacan los teóricos de las convenciones, arbitrariedad en este sentido no implica indiferencia: los participantes pueden preferir un patrón a otro, siempre que prefieran la conformidad a la no cooperación¹². Pero tiene que existir otro patrón al que los otros se adherirían. Pues bien, afirmar que la regla de reconocimiento es una convención coordinativa implica afirmar que cada funcionario prefiere que el resto emplee un conjunto de criterios determinado, pero también que emplearía otro conjunto si el resto lo hiciese. Pero, para el caso de la regla de reconocimiento, ello no es conceptualmente necesario. Uno puede concebir fácilmente casos en que los funcionarios no piensen de ese modo. En otras palabras, es perfectamente posible que los funcionarios no estén dispuestos a emplear otro conjunto de criterios si otros lo hacen¹³.

Esa y otras críticas llevaron a que el modelo de las convenciones coordinativas pasara a un segundo plano. Recientemente, sin embargo, POSTEMA ha vuelto a defender el enfoque, solo que bajo una concepción más sofisticada.

3. LA VERSIÓN SOFISTICADA DE POSTEMA Y LAS CONVENCIONES COOPERATIVAS

En su nueva defensa, POSTEMA parte también de una situación de interacción social compleja a la que llama «problema de cooperación». Según el autor, se trata de una situación en que agentes estratégicamente racionales tienen ciertas preferencias pero enfrentan un problema con tres rasgos: a) la *interdependencia de sus preferencias*: es probable que cada uno se beneficie más de la cooperación con otros a través de un esquema común que a través de la no cooperación; b) *preferencias mutuamente condicionadas*: ciertas estrategias o acciones son preferidas a otras disponibles si, y solo si, las otras partes también eligen apropiadamente acciones correlativas; y, por último c) *incertidumbre*: es incierto cómo actuarán las otras partes¹⁴.

Un problema de coordinación como el descrito en la sección anterior (el de las llamadas telefónicas) es un tipo de problema de cooperación. Pero no a la inversa. La noción de problema de cooperación es entonces mucho más abarcadora que la de problema de coordinación.

La noción sirve a POSTEMA para caracterizar de un modo novedoso la idea de convención. Su caracterización es distinta de la de LEWIS, en parte

¹² LEWIS, 1969: 76-80; VILAJOSANA, 2010: 76; MARMOR, 2009: 8-9.

¹³ MARMOR, 2001:201-202; SHAPIRO, 2002: 392-393.

¹⁴ POSTEMA, 2011: 489.

porque —como dije— se basa en la idea de un problema de cooperación. Según POSTEMA, las convenciones pueden caracterizarse así: «Existe una convención en una comunidad cuando, respecto de cierto patrón o esquema de acciones S, es conocimiento compartido entre los miembros de esa comunidad que 1) la mayoría de los miembros espera que la mayoría de los otros hagan su parte en S; 2) la mayoría prefiere (o tiene buena razón para) no actuar unilateralmente en contra de esta expectativa; 3) la mayoría prefiere la conformidad general a algún patrón o esquema a que la mayoría de los miembros actúen por su cuenta y 4) este conocimiento compartido pone presión racional sobre los miembros de la comunidad para que hagan su parte en S. Así entendidas, las convenciones son esquemas de acciones correlacionadas que permiten a los miembros de la comunidad resolver los problemas de cooperación recurrentes que enfrentan»¹⁵.

Esta noción de convención, según POSTEMA, permite dar cuenta de la idea de hechos sociales con fuerza normativa en el siguiente sentido: si los patrones de conducta son practicados, el hecho de que otros actúen de manera conforme, y se espere eso de ellos, pone presión racional para conformarse cuando el asunto es visto bajo principios familiares de razonamiento práctico. Esta presión racional, aclara POSTEMA, es interna al marco de preferencias y propósitos que puede lograrse *via* la cooperación. No implica que haya razones para conformarse sin considerar la cuestión ulterior de si hay buenas razones para que las partes busquen la cooperación. Pero hace a la práctica inteligible en el sentido señalado.

Varios rasgos de esta caracterización merecen comentarios.

En primer lugar, esta definición pretende ser superadora de la de LEWIS¹⁶, y de la caracterización que el propio POSTEMA ofreció de las convenciones en un trabajo anterior¹⁷. Un aspecto de este carácter superador es que la noción de convención de cooperación es mucho más abarcativa que la de LEWIS. Las convenciones de LEWIS son —recuérdese— soluciones a problemas de coordinación, mientras que las convenciones de POSTEMA son soluciones a problemas de cooperación. Y los problemas de cooperación incluyen, pero pueden no ser, problemas de coordinación. Una consecuencia de eso es que la idea de convención de POSTEMA no está ligada necesariamente a la idea de

¹⁵ *Ibid.*: 492.

¹⁶ No vale la pena considerar por qué aquí. Básicamente, POSTEMA entiende que la noción de convención sirve para dar cuenta de soluciones a problemas que no solo son de coordinación pura sino también de cooperación. Además, situaciones en las que típicamente se diría que no se arriba a una solución (como dilemas del prisionero) serían caracterizadas por LEWIS, contraintuitivamente, como soluciones. Por último, a POSTEMA le parece demasiado fuerte la idea de que las partes prefieren cualquier solución cooperativa a ninguna y, según entiende, no es la regularidad la que debe ser vista como una solución sino el carácter prominente de ésta. Véase *ibid.*: 489-491.

¹⁷ *Ibid.*: 492.

arbitrariedad. Cuando hay un problema de cooperación no es necesariamente cierto que las posibles soluciones sean arbitrarias en el sentido señalado más arriba. Así, un problema de cooperación podría ser el juego de la «cacería del venado», un «juego de seguridad» en el que conviene a los jugadores cooperar en la caza conjunta de un ciervo más que cazar individualmente liebres, y en el que no hay una regularidad alternativa y, por tanto, en el que no hay arbitrariedad: una convención cooperativa puede ser requerida para cazar al venado, pero no una para cazar liebres¹⁸. El punto es relevante. La estrategia de POSTEMA es reconstruir la regla de reconocimiento como una convención. Y una de las críticas contra esa idea fue —según se vio— que ello implica conceder que los participantes ven la regla como arbitraria, lo que parece no ser aplicable a la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento. La nueva idea de convención permite evitar ese problema.

En segundo lugar, conviene advertir que, si bien la idea de cooperación no forma parte de las condiciones definitorias 1) a 4) de la idea convención, POSTEMA claramente piensa que es una condición definitoria. Por eso dice, en la porción que cité, que las convenciones son esquemas que permiten resolver problemas de cooperación. Si no lo pensara así, además, la cláusula 4), que exige por definición que haya presión racional para conformarse, sería por completo dogmática y caprichosa. Es porque se intenta resolver un problema de cooperación que existiría esa presión racional en favor de la conformidad. Todavía más, como la noción de cooperación está incluida implícitamente en la definición de convención, de ello se sigue que es conocimiento compartido que hay un problema de cooperación. Por tanto, la definición en realidad dice que es conocimiento compartido, no sólo el conjunto de circunstancias enunciadas en las cláusulas 1) a 4), sino también 5) el hecho de que hay un problema de cooperación y, por ende, es conocimiento compartido que las partes están en una situación en la que hay interdependencia de sus preferencias, preferencias mutuamente condicionadas e incertidumbre (los tres rasgos definitorios de un problema de cooperación).

En tercer lugar, conviene mostrar los presupuestos metodológicos del modelo de POSTEMA. El rasgo que acabo de señalar, por ejemplo, podría poner en duda que la teoría sea aceptable: si, para que exista una convención, tiene que haber conocimiento compartido de todos esos datos, entonces se trata de una soberracionalización de las creencias y actitudes de quienes participan en prácticas convencionales reales, y nada contaría como una convención, pues nadie tiene un conjunto de actitudes así. Ese tipo de dudas es parte de un problema más general. La cuestión pasa por establecer cuándo

¹⁸ *Ibid.*: 522.

el modelo, que pretende explicar ciertos fenómenos sociales, es exitoso y, en definitiva, pasa por establecer en qué consiste explicar actividades humanas.

No puedo considerar adecuadamente esa cuestión aquí. Pero creo que puede atribuirse a POSTEMA una postura relativamente específica a partir de algunas cosas aisladas que dice sobre ese asunto. Así, POSTEMA afirma expresamente que el modelo funciona bajo el supuesto de que se trata de agentes racionales, en el sentido de que respetan principios de racionalidad instrumental y, además, de racionalidad sustantiva (pues pueden reconocer que puede haber razones sustantivas, por ejemplo morales, para resolver el problema de cooperación relevante). El modelo no tiene por qué concluir, sin embargo, que las convenciones son efectivamente razones, pues los agentes pueden, por ejemplo, equivocarse sobre las razones sustantivas aplicables. Eso permite a POSTEMA dar cuenta de ciertos fenómenos sociales sin comprometerse con la cuestión de si realmente hay razones normativas o de cuáles serían. Esa es, en líneas generales, un tipo de restricción que la tradición positivista normalmente intenta respetar. POSTEMA también dice explícitamente que la teoría debe ser transparente, en el sentido de que los participantes deben reconocer que están enfrentando un problema de cooperación, con los rasgos que lo caracterizan ¹⁹. Ello es consistente con la idea de que la práctica es, después de todo, una práctica constituida por conductas y actitudes humanas. Pero esa atribución de conductas y actitudes tiene un límite: «debe ser cierto que, cuando aparezcan las ocasiones para actuar para mantener la cooperación grupal enfocada por la convención, o para cambiar a un medio alternativo de lograr el propósito de la práctica cuando otros lo hayan hecho, los participantes se comportarán de manera que apoyen la convención o llegarán a ver una discrepancia significativa entre su actual comprensión de la práctica y el sentido de lo que ésta requiere en las circunstancias» ²⁰. Como se ve, el modelo no requiere que los participantes tengan de hecho las creencias relevantes, sino algo más débil: la atribución de actitudes es contrafáctica, o disposicional. Así, por ejemplo, no es necesario que los participantes creen de hecho que hay interdependencia condicional, pues a lo mejor ni siquiera tienen el concepto de interdependencia condicional. Pero sí tiene que ser cierto que, si se cambiasen las preferencias de los demás, reaccionarían de un modo que presupone esa idea. POSTEMA hace una apelación recurrente también a la idea de explicar prácticas sociales en términos de hacerlas inteligibles, algo que no es del todo claro (por ejemplo, «la coordinación es inteligible justo en el caso de que pueda ser vista al servicio de otros fines, propósitos, valores o principios inteligibles») ²¹.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*: 533.

²¹ *Ibid.*: 531.

Y, por último, creo que POSTEMA, quien se presenta como continuador de la teoría hartiana en general, suscribiría la idea de que la explicación es exitosa no solo si hace inteligible la práctica, sino también si lo hace de cierto modo: debe proponer una caracterización de los rasgos necesarios de esa práctica, de aquellos rasgos que hacen que sea el tipo de práctica que es. En la medida en que propone una caracterización de las convenciones, por ejemplo, es una caracterización que pretende dar cuenta de los rasgos necesarios de las convenciones, de rasgos que no podría dejar de tener²².

Estas consideraciones aisladas de POSTEMA pueden, según creo, unificarse como parte de una postura metodológica uniforme. La idea puede ponerse así. La teoría debe dar cuenta de las prácticas convencionales. Eso exige dos cosas. Por un lado, la teoría debe mostrar cuáles son los rasgos que caracterizan necesariamente las prácticas convencionales. Como es una práctica humana, esos rasgos deben hacer referencia a un conjunto de actitudes (preferencias, expectativas, etc.) de los participantes. Esas creencias y actitudes son atribuidas contrafáctica o disposicionalmente. Por otro lado, bajo el presupuesto de que se trata de agentes imperfectamente racionales (reconocen normalmente principios de racionalidad instrumental y sustantiva, aunque puedan errar al identificar las razones aplicables), y de que conciben la práctica que se pretende explicar de cierto modo (*i. e.*, como dándoles razones para actuar), la teoría debe hacer inteligible esa autoconcepción. Las prácticas que se pretenden explicar (las convenciones) son prácticas en las que, después de todo, nosotros mismos participamos. El intento teórico consiste en comprendernos a nosotros mismos. Y nosotros mismos nos reconocemos como imperfectamente racionales, y concebimos las prácticas convencionales en las que estamos involucrados como dándonos razones. A su vez, hacer inteligible esa autoconcepción significa —creo— lo siguiente: dadas las condiciones necesarias (según la teoría) para que exista una convención según la cual debe hacerse *p*, hacer *p* es la solución a un problema y, bajo el supuesto de que hay razones para resolverlo, hay por tanto una razón para hacer *p*.

El presupuesto así caracterizado daría cuenta de la objeción de sobre-racionalización, respetaría los compromisos de la tradición positivista que POSTEMA suscribe, explicaría en qué sentido el objetivo es la inteligibilidad, y sería congruente con la pretensión de caracterizar los rasgos necesarios de la práctica. Esa es —según entiendo— la postura metodológica general de POSTEMA.

De manera que las convenciones cooperativas son *hechos normativos* en un sentido: dados ciertos propósitos de resolver un problema de coopera-

²² Ese es el modo en que RAZ caracteriza el objetivo del tipo de análisis que, a mi manera de ver, POSTEMA está llevando a cabo. Véase RAZ, 2013: 32 y ss.

ción, y suponiendo que los participantes respetan ciertos principios de racionalidad instrumental y sustantiva, es inteligible (en el sentido señalado) que se invoquen ciertos patrones de conducta (el conjunto de conductas y actitudes atribuibles contrafácticamente y que es constitutivo, necesariamente, de una convención cooperativa) como una razón.

4. LAS CONVENCIONES COOPERATIVAS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El siguiente paso en la estrategia de POSTEMA es mostrar que la regla de reconocimiento es una convención cooperativa y, con ello, que se puede resolver el problema de la normatividad. Esa estrategia, además, está guiada por el mismo presupuesto metodológico. La teoría debe dar cuenta de la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento como, necesariamente, una práctica convencional, y por tanto debe hacer referencia a un conjunto de actitudes y creencias atribuibles contrafáctica o disposicionalmente a los funcionarios tal que haga inteligible —en el sentido señalado— su autoconcepción, es decir, el hecho de que la práctica se invoque como dando razones. El proyecto parece promisorio pues, después de todo, las convenciones cooperativas son hechos normativos en el sentido que destaqué.

El argumento que POSTEMA propone es sencillo. Su idea es que la regla de reconocimiento es la solución a un problema de cooperación. Los funcionarios advierten la necesidad de coordinar sus decisiones de aplicación de ciertas normas en función de ciertos criterios comunes porque, de lo contrario, no habrá un sistema jurídico coherente y unificado (ello es posible, se supone, solo si las condiciones de validez son establecidas). De modo que, a pesar de sus desacuerdos (incluyendo desacuerdo de principios) acerca de cuáles deberían ser los criterios, reconocen la necesidad de cooperar. Si la práctica de los funcionarios converge en ciertos patrones regulares y estos moldean sus expectativas recíprocas, entonces, en circunstancias de interacción social estructurada de ese modo, hay presión normativa para que cada funcionario siga ese patrón. Así, «la “regla” instanciada en esos patrones regulares de conductas y actitudes asociadas (*i. e.*, expectativas recíprocas) es una convención, cuya normatividad es explicada por el hecho de que resuelve un problema persistente de cooperación que todos los funcionarios jurídicos que aplican normas enfrentan»²³.

Por supuesto, esa presión normativa —aclara POSTEMA— no implica que haya razones en sentido estricto. Eso depende de que las razones para coope-

²³ POSTEMA, 2011: 494.

rar sean correctas. Y menos aún implica que la regla genere razones morales. Pero es posible que las adquiera. Por ejemplo, según POSTEMA, los funcionarios adquieren una responsabilidad profesional de coordinar sus actividades con la ciudadanía, que es a la postre la destinataria de las reglas identificadas mediante la regla de reconocimiento. Las «preferencias» de los funcionarios que estructuran la interacción con los ciudadanos comunes no son meramente personales sino que están determinadas por su responsabilidad profesional de mantener la unidad e integridad del derecho y mediar entre el derecho y sus destinatarios. Y esa responsabilidad profesional puede adquirir una dimensión moral, según POSTEMA, por dos razones: así sucede cuando la necesidad de coordinar los esfuerzos depende al menos en parte de consideraciones morales; además, son aplicables consideraciones de equidad, pues los funcionarios generan expectativas legítimas de conducirse de cierto modo en los ciudadanos, quienes están autorizados a esperar que los funcionarios busquen la coordinación con ellos y, por tanto, entre los funcionarios mismos²⁴.

5. LAS OBJECIONES Y LAS RÉPLICAS DE POSTEMA

Como dije, una de las críticas al modelo de la convención coordinativa apelaba a la idea de que no necesariamente los funcionarios consideraban la regularidad pertinente como arbitraria y, según parece, esa objeción puede eludirse acudiendo a la noción de convención cooperativa. Pero hay otras objeciones al modelo y es necesario ver si la versión más refinada de POSTEMA las supera.

5.1. La idea de obligación

Leslie GREEN objetó al modelo del convencionalismo basado en la idea de convenciones coordinativas (y el punto se aplica a las convenciones cooperativas) que esas convenciones no necesariamente son vistas como dando lugar a obligaciones. Por un lado, porque normalmente son triviales. Los ejemplos típicos de convenciones son los que apelan, por caso, a convenciones de la moda, que no son vistas como imponiendo obligaciones. Por otro, porque las razones que las convenciones generarían están en última instancia basadas en preferencias personales, mientras que la regla de reconocimiento es vista como generando razones que no dependen de preferencias personales²⁵. Esa es, después de todo, la idea de obligación: una razón que se aplica independientemente de mis deseos y preferencias.

²⁴ *Ibid.*: 499-500.

²⁵ GREEN, 1999: 43-44.

La respuesta de POSTEMA es que los detalles del modelo deben ser llenados para dar cuenta de convenciones específicas, pues una convención puede adquirir distintas formas. Algunas convenciones —reconoce al autor— pueden ser triviales, y otras basadas en meras preferencias personales. Pero otras pueden estar basadas en consideraciones morales. De hecho, los funcionarios están vinculados por consideraciones de equidad con los ciudadanos, según mostraría un argumento como el presentado más arriba²⁶.

¿Cuál es el alcance de esta respuesta?

Creo que POSTEMA es poco claro sobre dos puntos cruciales. En primer lugar, no aclara si, a su manera de ver, la regla de reconocimiento es vista como imponiendo obligaciones o no. Este punto es central porque, si es ese tipo de regla, la idea de obligación tiene que ser explicada necesariamente, en función de los presupuestos metodológicos mencionados más arriba, atribuyendo ciertas creencias y actitudes a los funcionarios (contrafáctica o disposicionalmente) como, por ejemplo, la creencia de que es aplicable cierta consideración normativa que genera deberes, a saber, que obliga a seguir el patrón. En otras palabras, si la regla de reconocimiento es vista como imponiendo obligaciones, la teoría debe afirmar que se trata de una convención cooperativa en la que, además de las condiciones constitutivas de una convención cooperativa (las condiciones 1-5 mencionadas más arriba), tiene que ser cierto (6) que los participantes creen que es aplicable una consideración normativa que genera deberes.

En segundo lugar, no es claro si POSTEMA está efectivamente afirmando que la noción de regla de reconocimiento debe ser entendida como una convención cooperativa en la que, además de las condiciones constitutivas de una convención cooperativa, los participantes creen que es aplicable una consideración moral como la equidad. En definitiva, la respuesta de POSTEMA no es clara. Si la regla de reconocimiento es considerada obligatoria, y si afirma que ello es así en virtud de las creencias de los participantes en la promoción del valor sustantivo de la equidad, el modelo debe ser modificado. Y POSTEMA no lo ha hecho, al menos explícitamente.

5.2. Obligaciones incondicionales

Otra de las críticas contra la idea de la regla de reconocimiento como una convención coordinativa (crítica que parece aplicable también a la idea de convención cooperativa) es que no solo no podría ser vista como dando

²⁶ POSTEMA, 2011: 501-502.

lugar a una obligación, sino que no podría ser vista como dando lugar al tipo de obligación adecuada: la obligación sería condicional a las preferencias y conformidad del resto de los participantes, mientras que la autoridad vincula incondicionalmente²⁷.

POSTEMA respondió que la crítica puede ser interpretada de tres maneras. Conviene considerar cada una por separado.

i) Si la crítica descansa en la idea de que la obligación es por naturaleza incondicional, la objeción es inocua —afirma POSTEMA— porque las razones generadas por las convenciones cooperativas no están basadas necesariamente en preferencias personales²⁸.

La respuesta es, como podrá apreciarse, defectuosa por la razón explicitada más arriba. POSTEMA afirma que hay convenciones cooperativas «no necesariamente» basadas en meras preferencias personales, y eso puede ser cierto, y haría posible que haya convenciones obligatorias incondicionales a dichas preferencias. Pero, como dije, POSTEMA tiene que sostener algo más fuerte. Si la regla de reconocimiento es vista como obligatoria, y por tanto la normatividad que se le atribuye no está basada en preferencias personales, tiene que modificar el modelo. Y no lo ha hecho.

ii) El segundo modo de entender la crítica que POSTEMA considera es el siguiente. Si la objeción apunta a mostrar que las obligaciones no pueden ser dependientes de la conformidad, entonces la objeción no es plausible: «aunque algunas obligaciones se aplican independientemente de la conducta de otros, otras, especialmente aquellas que sirven a valores o principios cuya realización requiere esfuerzo colectivo, son razonablemente vistas como dependientes de la conformidad. No hay razón para que no las consideremos obligatorias o vinculantes aun si condicionadas a la conformidad general de otros»²⁹.

Como se ve, la idea es que hay valores o principios cuya realización exige cooperar, y por tanto cuya realización depende de la actividad de todos; la regla de reconocimiento podría ser la solución a ese problema de cooperación. Adviértase sin embargo, una vez más, que POSTEMA no está afirmando concluyentemente que la regla de reconocimiento deba ser vista como obligatoria. Y no está afirmando concluyentemente tampoco que eso se explica porque los participantes ven a esa práctica como sirviendo a valores o principios sustantivos. Y tiene que atribuir alguna creencia normativa a los participantes, si es consistente con su presupuesto metodológico y pretende

²⁷ GREEN, 1988: 121.

²⁸ POSTEMA, 2011: 502.

²⁹ *Ibid.*

sostener que la regla de reconocimiento es necesariamente una convención cooperativa obligatoria. Pero, como dije, hacerlo exige modificar el modelo. Y POSTEMA no lo ha hecho.

iii) El tercer modo de entender la crítica que POSTEMA considera es que las obligaciones incondicionales no son cualquier tipo de obligaciones, sino que son obligaciones autoritativas en el sentido señalado por RAZ. Una obligación de hacer, digamos, *p*, es autoritativa cuando funciona como un tipo particular de razón: no sólo es una razón para hacer *p*, sino para no actuar motivado por el balance de razones a favor o en contra de hacer *p*³⁰. Si la obligatoriedad de la regla de reconocimiento —continúa la objeción— fuese explicada apelando a la idea de la promoción de valores sustantivos como la equidad, no tendría carácter autoritativo.

La respuesta de POSTEMA es la siguiente. Si la regla de reconocimiento no es vista como obligatoria, sino simplemente como una regla identificatoria, entonces —afirma el autor— la objeción no tiene ninguna fuerza. Si, por el contrario, es vista como una regla obligatoria, es razonable preguntarse acerca de si tiene carácter autoritativo o si, más bien, provee razones morales significativas y fuertes (suponiendo que la cooperación que promueve ese valor se logra *vía* la regla). Pero no es claro —concede POSTEMA— cómo enfocar el debate entre esas dos posibilidades³¹.

Como puede verse, la respuesta de POSTEMA vuelve a ser poco clara. El problema no está, según entiendo, en la cuestión de cómo entender las reglas (si en el sentido raziano o no). Esa es una cuestión sobre la naturaleza de las reglas y el razonamiento práctico sobre el que una teoría de la regla de reconocimiento puede no tomar partido. El problema estriba en que POSTEMA no tiene una postura clara acerca de si la regla de reconocimiento es necesariamente vista como obligatoria o no. Y, asumiendo que lo fuera, parece inclinado a explicarla a través de la atribución a los participantes de creencias morales en la promoción de valores sustantivos. Pero ir por este último camino exige, como dije, modificar el modelo. Y POSTEMA no lo ha hecho.

6. BALANCE DE LAS RÉPLICAS

Hay dos puntos en que la respuesta de POSTEMA no es clara si es que pretende dar cuenta de la idea de regla de reconocimiento. Por un lado, debe tomar partido acerca de si la regla de reconocimiento es vista como obligatoria o no. Por otro lado, si los participantes la consideran obligatoria, debe

³⁰ Véase el *Postscript* en RAZ, 1990.

³¹ POSTEMA, 2011: 503.

hacer inteligible por qué los participantes la ven así. POSTEMA se ve inclinado a explicarlo (es la única respuesta que sugiere) atribuyendo a los participantes la creencia en la promoción del valor sustantivo de la equidad. Pero, si elige esa vía, el modelo debe ser modificado. Y POSTEMA no ha dicho cómo.

Intentaré mostrar ahora que POSTEMA no puede sino reconocer que la regla de reconocimiento debe ser vista como obligatoria. Reconstruiré luego el modelo de POSTEMA del modo más plausible que puedo entrever para mostrar que, aun así, la regla de reconocimiento no puede ser vista como una convención cooperativa. De hecho, la regla de reconocimiento no es una convención cooperativa, independientemente de cómo se reconstruya el modelo.

6.1. La obligatoriedad de la regla de reconocimiento

Se han propuesto varias razones para justificar la idea de que la regla de reconocimiento debe ser vista como obligatoria, y esa es la manera estándar de entender la teoría hartiana ³², de la que POSTEMA pretende dar cuenta. A mi manera de ver, la regla debe ser vista así por una razón específica, compatible con las anteriores. La razón es que los funcionarios encargados de aplicar reglas jurídicas son, necesariamente, miembros de una institución: la judicatura. La regla de reconocimiento estructura esa institución. Y, como en toda institución, las reglas que la estructuran son vistas como obligatorias.

Tómese cualquier ejemplo de una institución (organizaciones no gubernamentales, entidades financieras, departamentos del gobierno, etc.) y se verá que la conexión es conceptual: no hay una institución a menos que la actividad de sus miembros esté regulada por ciertas reglas y a menos que esas reglas sean seguidas. De hecho, la idea de que una institución existe o existió está conectada necesariamente con la idea de ciertas reglas que son o fueron seguidas por los miembros de la institución. Además, dada una institución, sus miembros creen que, *qua* miembros de la institución, tienen la obligación de hacer lo que la regla o reglas relevantes prescriben y, por ende, ven a las reglas como imponiendo obligaciones. No habría una institución si los participantes vieran sus actividades (las actividades regidas por las reglas) como algo que pueden o no hacer si les place, como si fueran opcionales. Este rasgo es necesario también. Se sigue de ello que la regla de reconocimiento, que es la que regula la actividad de los miembros de la ju-

³² RAZ, 1990: 146; 1980: 198-199; 1979: 92-93; HACKER, 1977: 23; MACCORMICK, 1981: 105, 109.

dicatura, no puede sino ser una regla que es vista como imponiendo obligaciones a los funcionarios. Si no fuera así, la judicatura sería irreconocible³³.

6.2. El modelo de Postema reconstruido

Dado que la regla de reconocimiento no puede sino ser vista como obligatoria, el presupuesto metodológico de *POSTEMA* exige atribuir a los funcionarios integrantes de la judicatura alguna creencia (contrafáctica o disposicional) que haga inteligible la idea de que se creen obligados a seguir la regla. Un modo de hacerlo, que según se vio *POSTEMA* mismo se ve inclinado a usar, es atribuirles la creencia en la aplicabilidad de una consideración moral como la equidad. Nótese, sin embargo, que si se afirmase eso el modelo sería fácilmente impugnado. No hay por qué suponer que los participantes deban ver a la regla de reconocimiento como obligatoria por la misma razón, ni que esa razón sea la equidad. Así, por ejemplo, es plausible que los miembros de la judicatura de Argentina (por tomar un caso) se crean bajo el deber relevante en virtud de que la regla promueve valores sustantivos, pero es posible (y, yo diría, cierto) que muchos tengan distintas visiones acerca de cuál es el valor promovido (la equidad, la justicia social, la libertad, etc., o una combinación de esos valores, a veces ordenada, según otros conflictiva).

Un modo simple de superar ese inconveniente es atribuir a los participantes la creencia en que resolver el problema de cooperación promoverá valores, bienes o principios, sin especificar cuáles. De manera que el modelo reconstruido afirma algo como esto: se dan las condiciones (1)-(5) y, además (6) los participantes creen que resolver el problema de cooperación relevante (emplear criterios unificados para identificar las reglas aplicables a los ciudadanos) *vía* la convención promueve un valor, principio o bien sustantivo. Eso haría inteligibles que se crean bajo un deber de seguir la convención.

6.3. Los inconvenientes

De acuerdo al modelo reconstruido, si hay una regla de reconocimiento entonces, necesariamente, un grupo de individuos entiende que son necesarios ciertos criterios comunes de identificación de normas que contarán como jurídicas para promover ciertos valores (la equidad, la justicia social, la forma democrática de gobierno, o lo que fuese). Ese es el problema que

³³ Para una justificación más completa de por qué se trata de un rasgo necesario de la judicatura, junto con otros rasgos que menciono debajo, véase SÁNCHEZ BRIGIDO, 2010: cap. 1.

deben resolver desde su punto de vista, y es la aplicabilidad de las consideraciones morales lo que explica que crean que están obligados a usar la convención. Ese problema es, de acuerdo al modelo, un problema de cooperación y, por tanto, la situación tiene que necesariamente estar caracterizada por tres rasgos: interdependencia, preferencias mutuamente condicionales e incertidumbre.

Pues bien, parece claro que hay casos posibles de la judicatura en que esas condiciones no están satisfechas.

Considérese la condición de incertidumbre. Según POSTEMA, es incierto cómo actuarán las otras partes frente al problema de cooperación descrito. Pero esa condición puede perfectamente no tener lugar. En grupos pequeños y altamente homogéneos, por tomar un caso, hay creencias compartidas y uniformes acerca de qué cosas son valiosas, y de cómo deben ser promovidas. Los grupos religiosos son un ejemplo, y hay sistemas jurídicos fundamentalistas, es decir, basados en dogmas religiosos. El dogmatismo religioso es, justamente, dogmático porque no hay dudas. Puede no haber, por tanto, ninguna incertidumbre acerca de qué criterios de validez serán empleados por los otros miembros del grupo para identificar las reglas que, a la postre, se aplicarán. O, dicho de modo más simple, puede haber consenso acerca de cuáles son las fuentes del derecho. Ese tipo de situación no tiene por qué ocurrir a través del dogmatismo, por supuesto. En otros grupos la situación puede ser similar. La situación puede ser lo suficientemente estable como para que no haya dudas de que se aplicarán ciertos criterios y no otros. No quiero, naturalmente, exagerar el punto. La idea no es que la ausencia de dudas sobre cuáles son las fuentes del derecho implica que no habrá debate acerca de qué normas satisfacen los criterios. Ese debate puede existir. Pero ese debate puede ser compatible con un acuerdo generalizado acerca de cuáles son los criterios. Además, tampoco quiero decir que no haya incertidumbre en ningún sentido sobre cómo actuarán los demás. Eso siempre es, hasta cierto punto, incierto. Lo que quiero decir es que no habrá el tipo de incertidumbre radical que un problema de cooperación requiere (como lo ejemplifica un problema de coordinación, en el que no hay absolutamente ningún criterio para saber cómo actuarán los demás). No es cierto, por tanto, que en toda práctica constitutiva de la regla de reconocimiento los participantes enfrenten un problema de cooperación (ni que tengan que considerarlo así), pues no siempre hay la incertidumbre requerida. Y por tanto no es cierto que una regla de reconocimiento sea, necesariamente, una convención cooperativa.

Considérese ahora la condición de preferencias mutuamente condicionales. Esa idea era —recuérdese— la siguiente: ciertas estrategias o acciones son preferidas a otras disponibles *si, y solo si*, las otras partes también eligen

apropiadamente acciones correlativas. De acuerdo al propio modelo completado, no obstante, no es cierto que los individuos relevantes emplearán una estrategia (cierto conjunto de criterios de validez) *si* los otros lo hacen. Que los otros adopten ciertos criterios no es, según el modelo completado, una condición suficiente para adoptar el mismo criterio. La conformidad de otros es un medio para lograr la promoción del valor y, por tanto, una condición solo necesaria. Esa cláusula definitoria del modelo tiene entonces que ser modificada y, en el mejor de los casos, tiene que ser entendida ahora así: ciertas estrategias o acciones son preferidas a otras disponibles *solo si* las otras partes también eligen apropiadamente acciones correlativas. Se trata de una cláusula mucho más débil.

La cláusula debilitada, sin embargo, sigue siendo inadecuada. Esa cláusula presupone que cada participante tiene frente a sí un curso de acción disponible, que emprenderá solo si los otros emprenden cierto curso de acción. El resultado (la solución que se busca) es que todos lleven adelante, cada uno individualmente, las acciones pertinentes. Las acciones en cuestión pueden ser llevadas a cabo aunque los otros no hagan nada, solo que no es racional hacerlo. Pero la solución es la mera suma de acciones individuales. Eso presupone, además, que las acciones en cuestión pueden ser caracterizadas independientemente de las demás en el siguiente sentido: aunque son condicionales, hay una descripción plausible de cada acción que es independiente de cómo se describan las acciones de los demás; cada acción (así descrita) se hace bajo la condición de que se hagan las otras. El caso de la comunicación telefónica (una práctica coordinativa y, por tanto, cooperativa) ejemplifica esos rasgos. Cada participante tiene frente a sí un curso de acción posible (llamar o esperar), y la solución es la mera suma de acciones individuales (uno llama y el otro espera). Las acciones son condicionales, sí, pero pueden ser caracterizadas independientemente de las demás y llevadas a cabo individualmente (aunque quizás sea no racional hacerlo).

Ese no puede ser un rasgo necesario de la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento. La judicatura es una institución. Otro rasgo preanalítico necesario de esta institución es que se atribuye a la institución misma cierta acción o actividad. Se le atribuye evaluar la conducta de los ciudadanos aplicando normas que satisfacen ciertos criterios. Eso es común a muchas instituciones: se atribuye a las entidades financieras prestar dinero, a las fuerzas armadas la defensa de cierto territorio, a organizaciones de caridad asistir a necesitados, etc. Como quiera que la idea de una institución que actúa deba ser analizada, lo cierto es que solo la institución puede realizar la actividad en cuestión (ninguno de los miembros puede llevarla a cabo individualmente), y esa actividad no es la mera suma de las acciones individuales. Además, eso implica que la acción de cada uno no puede ser caracterizada independientemente de las acciones de los demás. En otras palabras, las acciones

individuales solo pueden describirse adecuadamente como contribuciones a la actividad institucional y, por ende, la descripción de cada acción no es independiente de las acciones de los demás. Por tanto, no está satisfecha la condición de preferencias mutuamente condicionadas debilitada.

Eso muestra, en suma, que la condición de preferencias mutuamente condicionales no solo no es necesaria, sino que debe ser directamente abandonada.

Considérese la condición de interdependencia. El modelo ya no puede atribuir a los participantes meras preferencias personales, que son incompatibles con la idea de deber. La idea de interdependencia de las preferencias, definitoria de un problema de cooperación, era —recuérdese— que debe ser más probable que *cada uno* se beneficie más de la cooperación con otros a través de un esquema común que a través de la no cooperación. Si ya no están en juego preferencias personales, la condición debe cambiarse. Supóngase que se la reemplaza por otra como esta: «es más probable que haya más beneficio si hay cooperación que si no la hay». Pues bien, esa cláusula tampoco tiene por qué estar satisfecha. Hasta aquí he concedido que en toda instancia los participantes ven lo que hacen como promoviendo un valor, un bien o un principio. Pero ni siquiera eso es cierto. Es un hecho habitual que los miembros de instituciones estén alienados. Es decir, pueden no compartir o adherirse a los valores o principios que la institución supuestamente promueve. En la medida en que actúan como miembros de la institución se presentan como respaldando ese valor, pero no tienen por qué creer en la importancia real de ese supuesto valor. La condición de interdependencia, que el modelo modificado retiene, tampoco está satisfecha.

De hecho, es justamente para sortear las dificultades de la alienación que en muchas instituciones avanzadas se suele obligar a los miembros a contribuir a través de contratos, juramentos o promesas. Se trata, en todos los casos, de formas de contraer voluntariamente obligaciones de hacer algo aunque ese algo no sea visto como particularmente valioso. Eso es típico de las instituciones más desarrolladas, y es típico de la judicatura también. Es posible, entonces, que los miembros se consideren entonces bajo un deber, no porque crean que la práctica a la que contribuyen promueve un valor sustantivo, sino porque son aplicables consideraciones normativas que, por emplear una denominación común, son independientes del contenido³⁴. Por tanto, ni siquiera la idea según la cual los miembros se creen obligados porque están promoviendo un bien o valor sustantivo está satisfecha.

³⁴ RAZ, 1972: 95; 1986: 35-36.

En suma, es claro que hay prácticas institucionales constitutivas de la judicatura sin que estén satisfechas ninguna de las tres condiciones definitorias de un problema de cooperación³⁵.

7. CONCLUSIONES

He intentado mostrar que la versión sofisticada del modelo convencionalista de POSTEMA no logra sortear los obstáculos de la versión original³⁶. Al contestar las objeciones, POSTEMA apela a la idea de obligaciones condicionales basadas en la creencia, atribuible a los participantes, de que cierto valor moral (la equidad) se promueve *vía* la convención que resuelve el problema de cooperación. Un examen de ciertos rasgos necesarios de la judicatura muestra, sin embargo, que su existencia no supone que haya problema de cooperación alguno: nunca está satisfecha la condición de preferencias mutuamente condicionales (porque la conformidad de otros no es condición suficiente para conformarse y, lo que es más importante, porque la acción de cada miembro no puede ser descrita independientemente de las acciones de los demás, que es lo que la condición de preferencias mutuamente con-

³⁵ Según MARMOR la regla de reconocimiento debe ser entendida como un tipo de convención constitutiva, es decir, una suerte de regla constitutiva en el sentido de SEARLE mediante la que simplemente se pretende crear un nuevo tipo de actividad. En el modelo de MARMOR deben darse otras condiciones, pero esa es esencial. Si ello es correcto, puede haber una regla de reconocimiento sin que exista problema de cooperación alguno que resolver MARMOR, 2006: 357-9. POSTEMA respondió que esto confunde la preexistencia temporal de un problema de cooperación con su preexistencia lógica (POSTEMA, 2011: 531). Es difícil entender qué quiere decir POSTEMA con eso. Quizás esté afirmando que no es necesario que exista un problema de cooperación *antes* de que emerja la regla, siendo suficiente que la regla *funcione* para resolver un problema de cooperación. Cualquiera sea la fuerza de esa respuesta, la objeción que propongo en el texto es inmune a ella. La objeción es que ninguna de las tres condiciones definitorias de un problema de cooperación es necesaria, y de hecho una de ellas (la de preferencias mutuamente condicionales) nunca está satisfecha, ni *antes* de que emerja la regla ni *durante* su existencia. Eso, por cierto, no significa que el modelo de MARMOR sea correcto. No puedo someterlo a análisis aquí, pero creo que pueden decirse tres cosas básicas. En primer término, MARMOR cree que la regla es constitutiva porque, antes de la regla, no puede haber funcionarios. He intentado mostrar en otro lado que eso es un error (SÁNCHEZ BRIGIDO, 2010: cap. 9). En segundo lugar, aunque la idea de regla constitutiva está bien orientada, el resto del modelo de MARMOR no lo está. Por un lado, MARMOR no atribuye a los participantes ninguna creencia normativa, aunque entiende que debe existir una razón moral (aunque los participantes no lo adviertan) para seguir la regla. Eso no hace inteligible lo que los participantes hacen. Además, ciertamente implica abandonar el presupuesto metodológico que mencioné, pues supone que, para determinar si existe una práctica institucional, la teoría debe afirmar que hay razones morales aplicables. Por otro lado, MARMOR cree que la regla regula cómo promover ciertos valores que necesariamente pueden ser promovidos de otras maneras alternativas. Y no veo por qué afirmar que cualquier valor que una regla de reconocimiento promueva (si es que se admite la idea de que *debe* promover alguno) tenga que ser un valor de ese tipo.

³⁶ He ignorado a lo largo del ensayo la cuestión de si la teoría de POSTEMA puede ser criticada por otras razones como, por ejemplo, si supera el problema de los desacuerdos. Para la respuesta de POSTEMA, que no puedo considerar aquí, véase POSTEMA, 2011: 538-542.

dicionales supone); puede no estar satisfecha la condición de incertidumbre (pues puede no haber duda alguna acerca de cómo procederán los demás); y puede no estar satisfecha la condición de interdependencia (la posibilidad de alienación, y de que los participantes hayan asumido obligaciones independientes del contenido, así lo muestra).

La razón por la que el modelo fracasa es, en el fondo, que la práctica constitutiva de una regla de reconocimiento pertenece a otra categoría distinta de prácticas. No es una práctica convencional en el sentido de *POSTEMA*. Es una práctica institucional. En toda instancia de la práctica constitutiva de la regla de reconocimiento hay varios individuos haciendo algo juntos (empleando los mismos criterios de validez). Ese «hacer algo juntos» es la actividad de la institución, y la judicatura (como muchas otras instituciones) está constituida por un grupo de personas cuyas acciones están articuladas por reglas cuyos miembros se creen bajo un deber de seguir *qua* miembros de la institución. Y creen eso porque consideran aplicables ciertas consideraciones normativas (dependientes del contenido, independientes del contenido, o ambas). Esos son los rasgos necesarios de una institución y de la judicatura. Por supuesto, es necesario un modelo para explicarlos. Es necesario explicar cómo están articulados esos rasgos, qué sentido tienen afirmaciones de deber «*qua* miembros», y en qué consiste ese «hacer algo juntos» que pueda ser descrito de modo no circular (es decir, sin apelar a la idea misma de una acción grupal o institucional), entre otros desafíos. He intentado proponer un modelo de ese tipo en otro lugar³⁷. Pero el punto relevante aquí es que esa práctica institucional no es convencional en el sentido de *POSTEMA*. Sí es convencional, por supuesto, en un sentido mucho más general. Es convencional en tanto dependiente de prácticas humanas. Pero ese no es el sentido de *Postema*, y caracterizar la práctica jurídica como convencional en ese sentido no es filosóficamente relevante.

8. BIBLIOGRAFÍA

- COLEMAN, J., 1982: «Negative and Positive Positivism», en *Journal of Legal Studies*, 11: 139-641.
 — 1998: «Incorporation, Conventionality and the Practical Difference Theory», en *Legal Theory*, 4: 381-425.
 — 2001: *The Practice of Principle*, Oxford: OUP.
 GREEN, L. 1988: *The Authority of the State*, Oxford: Clarendon Press.
 — 1999: «Positivism and Conventionalism», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12: 43-44.

³⁷ SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2010: caps. 6, 9 y 10.

- HACKER, P., 1977: «Hart's Philosophy of Law», en *Law, Morality, and Society: Essays in honour of H. L. A. Hart*, editado por P. HACKER y J. RAZ, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1994: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 2.^a ed.
- LEWIS, D., 1969: *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge: Harvard University Press.
- MACCORMICK, N., 1981: *H. L. A. Hart*, London: Edward Arnold.
- MARMOR, A., 2001: «Legal Conventionalism», en J. COLEMAN (ed.): *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- 2006: «How Law is like Chess», en *Legal Theory*, 12: 357-359.
- 2009: *Social Conventions*, Princeton: Princeton University Press.
- POSTEMA, G., 1982: «Coordination and Convention at the Foundations of Law», en *Journal of Legal Studies*, 11: 165-203.
- 2011: *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.
- RAZ, J., 1972: «Voluntary Obligations and Normative Powers», en *Proceedings of the Aristotelian Society* Supp. (46).
- 1979: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- 1980: *The Concept of a Legal System*, Oxford: Clarendon Press.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- 1990: *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- 2013: *Entre la autoridad y la interpretación*, Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ BRIGIDO, R., 2010: *Groups, Rules and Legal Practice*. Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.
- SHAPIRO, S., 2002: «Law, Plans, and Practical Reason», en *Legal Theory*, 8: 392-393.
- VILAJOSANA, J. M., 2010: *El derecho en acción*, Madrid: Marcial Pons.