

*La idea de convención en Hart**

Josep M. Vilajosana **

1. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y CONVENCION

En el *Postscript* Hart sostiene explícitamente que la regla de reconocimiento hay que entenderla como una regla social convencional o, dicho de manera más simple, como una convención¹. Lo hace como respuesta a las críticas vertidas por Dworkin. Precisamente en este lugar Hart admite una de esas críticas. Dworkin le había acusado de no distinguir claramente los consensos que se producen dentro de un grupo social por *convicción* de los que son fruto de una *convención*. Las razones que cada miembro del grupo tiene para seguir el comportamiento común en el primer supuesto son independientes de lo que los demás hagan, mientras que en el caso de las convenciones una de las razones para llevar a cabo el comportamiento en cuestión es que los demás también lo hacen.

Hart admite la importancia de la distinción, la cual le sirve para redimensionar su concepción de las reglas sociales. Así, puede distinguir ahora entre la moralidad social, que sería un consenso por convicción, y las reglas sociales propias del derecho, que presuponen acuerdos convencionales. Entre ellas, significativamente, la regla de reconocimiento: "...the theory remains as a faithful account of conventional social rules which include (...) certain important legal rules including the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts" (p. 256).

Esta clara conexión que Hart introduce entre la regla de reconocimiento y las reglas sociales convencionales ha llevado a la teoría del derecho contemporánea a vincular la conceptualización de la regla de reconocimiento con la literatura filosófica relativa a las convenciones, en particular tomando como punto de partida el influyente libro *Convention* de David Lewis².

En lo que sigue ofreceré brevemente cuál es mi interpretación de la regla de reconocimiento como convención y daré las razones principales por las cuales creo que es mejor concebirla de este modo. Si lo que digo supone ciertas

* Algunas de estas ideas están tomadas de mi texto: "Guastini y el realismo de la regla de reconocimiento", en prensa.

** Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (España) | josep.vilajosana@upf.edu.

¹ HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2ª edición., 1994 (1ª edición de 1961). Las citas las referiré siempre a la segunda edición, que contiene el *Postscript* editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz.

² LEWIS, D.: *Convention. A philosophical Study*. Oxford. Basil Blackwell, 1969.

matizaciones a lo sostenido por Hart, está claro que sin su importante aportación éstas no tendrían sentido.

Si la regla de reconocimiento es una convención, la verdad de la proposición expresada por el enunciado “En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R” dependerá de la existencia de hechos convencionales. ¿Cuáles son esos hechos convencionales?

Como hemos visto, Hart entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identificación. Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identificación debe ir acompañado por una determinada actitud, que Hart denomina “punto de vista interno”. Las autoridades de una determinada sociedad, y entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el derecho válido de esa sociedad. Ello se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones. Esta es la actitud crítico-reflexiva que Hart denomina punto de vista interno y que se manifiesta en la “aceptación”.

En ocasiones, se ha interpretado que esa actitud crítico-reflexiva incorporaba una valoración moral. Sin embargo, ello no es necesariamente así. El criterio de corrección con el cual los participantes evalúan una concreta práctica de identificación del derecho en una determinada sociedad puede ser mejor interpretada como el criterio de corrección propio de las convenciones, que además contendrán, como veremos, una dimensión constitutiva, como ocurre por ejemplo con los juegos: la crítica que se dirige a quienes no utilizan el criterio compartido de identificación será que no identifican correctamente las normas jurídicas del propio sistema; por así decirlo, no juegan al mismo juego. Precisemos algo más el punto de vista interno.

El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que el enunciado “En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R” se analice así³:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad S usa los criterios $C_1, C_2...C_n$ (que forman la Regla de Reconocimiento de S) cada vez que tiene que identificar el derecho de S.
2. La mayoría de los juristas de S cree que 1.

³ Puede verse el citado texto de D. Lewis, en el que sus distintas definiciones de “convención”, cada vez más sofisticadas, se encuentran en p. 42, p. 56 y p. 78. Tomo como modelo la definición de “convención” que aparece en NARVÁEZ, M.: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid/Barcelona. Marcial Pons, 2004: 312 y ss.

3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

La primera cláusula apunta a la necesidad de que se dé un comportamiento recurrente. Ello excluye, por ejemplo, que puedan darse convenciones de un solo acto, lo que en teoría de juegos serían juegos de una sola tirada. Se precisa, pues, un comportamiento regular. La segunda cláusula tiene en cuenta el carácter consciente de esa práctica regular. Con ello se descarta que el comportamiento recurrente al que se refiere la primera cláusula pueda darse de forma azarosa: cuando se da un hecho convencional, los participantes que lo generan son conscientes de que su conducta genera esta regularidad de comportamiento. La tercera cláusula es de la máxima relevancia. Es la que nos permite establecer la diferencia entre actuar por *convención* y actuar por *convicción*. Tal como ya dije antes, para alguien que actúa por convicción, lo que hagan los demás no resulta relevante para su comportamiento, mientras que quien hace algo por convención, el hecho de que exista ese comportamiento recurrente al que se refiere la primera cláusula constituye una razón para realizar la conducta correspondiente. Por último, la cuarta cláusula menciona la necesidad de que se dé conocimiento común entre los participantes, y es un rasgo propio de las acciones colectivas, sobre el que ahora no podemos profundizar.

2. LA DIMENSIÓN CONSTITUTIVA DE LAS CONVENCIONES

En este punto, sin embargo, es útil concentrar nuestra atención en lo que he llamado en otros lugares la dimensión constitutiva de las convenciones⁴.

Una de las clasificaciones más empleadas a la hora de diferenciar reglas es la que distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Las primeras serían las que establecen una conducta como prohibida, obligatoria o facultativa, mientras que las segundas tienen la virtud de contribuir a la

⁴ Marmor propuso lo que llamó “convenciones constitutivas” con el fin de contraponerlas al modelo de “convenciones de coordinación”, que sería el tratado por Lewis (cfr. MARMOR, A.: “On Convention”, *Synthese*, 107, 1996: 349-371). Sin embargo, como ya dije hace bastante tiempo (VILAJOSANA, J.M.: 2003: “Hechos sociales y Derecho”, en DICIOTTI, E.; VELLUZZI, V. (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Torino: Giappichelli, 2003: 41-63), me parece que esta dicotomía no se puede plantear en términos excluyentes como hacía Marmor, puesto que pueden darse convenciones constitutivas destinadas a resolver problemas de coordinación. Este sería el caso, precisamente, de la regla de reconocimiento en mi concepción. Dado, pues, que el planteamiento que defiende difiere en este punto relevante del que sostenía este autor, con el fin de evitar equívocos opté por hablar de “dimensión constitutiva de las convenciones” (que podrían ser de coordinación) en vez de “convenciones constitutivas”, en el sentido de Marmor (que implicaría que no resuelven problemas de coordinación).

“creación” de la realidad social y obedecen a la fórmula canónica acuñada por John Searle: “X cuenta como Y en el contexto C”⁵.

Aunque el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerar tal regla como una regla regulativa, no es descabellado pensar que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva en este sentido. Así, por utilizar el consabido ejemplo de Searle, del mismo modo que lo que cuenta como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, lo que cuenta como derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas.

Hay pasajes en la obra de Hart que dan pie a esta interpretación, si bien hay que admitir que también los hay para defender la idea de que la regla de reconocimiento es tratada como una regla regulativa (como una norma consuetudinaria de obligación, por ejemplo). Pero decantarse por esta última interpretación se compadece mal con afirmaciones bastante rotundas del autor. Por ejemplo, Hart dedica un notable esfuerzo a precisar que no tiene sentido hablar de “obedecer” una regla de reconocimiento. La razón de ello es que, a diferencia de las normas de conducta que uno las puede obedecer por las razones que sea, en el caso de las reglas sociales (y, por tanto, de la regla de reconocimiento) es imprescindible compartir el “punto de vista interno” (p. 115). De algún modo, en este caso uno está pendiente de lo que los demás hacen, y en eso consiste la aceptación “compartida” de la regla.

En otros lugares, además, ilustra el aspecto interno de las reglas con referencias a lo que se requiere en cualquier juego: “Chess players do not merely have similar habits of moving the Queen in the same way which an external observer, who knew nothing about their attitude to the moves which they make, could record. In addition, they have a reflective critical attitude to this pattern of behaviour: they regard it as standard for all who play the game” (p. 56).

Con este proceder, Hart, por un lado, acerca su concepción de la regla de reconocimiento a los casos paradigmáticos de reglas constitutivas, que son las “creadoras” de la realidad social que comporta la práctica colectiva de un determinado juego; por otro, pone de relieve que la actitud crítico-reflexiva de la que habla (la “aceptación”) nada tiene que ver con cuestiones morales ni tampoco con otro tipo de normas regulativas, ya que si así fuera los ejemplos relativos a los juegos serían absurdos.

⁵ SEARLE, J.: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969. Traducción de L.M. Valdés Villanueva, por donde se cita: *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1994: 43 y 50.

Cada juez puede utilizar los criterios mencionados por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero todos deben coincidir en utilizar éstos y no otros *porque los demás* también utilizan éstos y no otros. Está claro que el contenido de cada regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas de la sociedad de la que se trate y del momento en que se trate. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones por sí solas proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. La respuesta es no.

Si aceptamos que la existencia de una determinada regla de reconocimiento es un hecho convencional y como tal tiene una dimensión constitutiva, podemos concluir que con ella se crea una realidad social. Sin esa convención, no existirían criterios de identificación del derecho de una determinada sociedad (y, por extensión, no existiría el derecho como práctica normativa autónoma)⁶.

3. FUNCIONES DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Al analizar la regla de reconocimiento, algunos autores enfatizan su aspecto funcional⁷, ya que determina los criterios de pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico. Estos autores subrayan el elemento de coordinación necesario según Lewis para que nazca una convención. Por otro lado, están quienes opinan que lo determinante a la hora de explicar tal tipo de reglas es la historia, ya que es ésta, y no la función de coordinación, la que determina cuál es la regla de reconocimiento de la sociedad en cuestión⁸.

Como suele suceder en muchas ocasiones, la disputa es estéril, ya que en realidad no discuten sobre lo mismo, pero nos permite extraer valiosas consecuencias. Quienes consideran que no hay problema de coordinación que explique las distintas reglas de reconocimiento que existen en diferentes sociedades, olvidan que efectivamente sí que existe un problema de coordinación y *siempre el mismo* en todos los casos. El problema de coordinación que resuelve la regla de reconocimiento es el de constituir un conjunto de criterios a partir de los cuales podamos saber cuál es el derecho de una determinada sociedad. Sin esos criterios compartidos, no existiría un determinado sistema jurídico en una determinada sociedad, ni podríamos identificarlo. Ahora bien, determinar cuáles sean en cada caso esos criterios se trata, por descontado, de una cuestión que atañe a la historia institucional de cada sociedad. Todos los sistemas jurídicos requieren criterios compartidos de

⁶ Para una aproximación más pormenorizada a tales problemas remito a VILAJOSANA, J.M.: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

⁷ Por ejemplo, SHAPIRO, S.J.: "On Hart's Way Out", en COLEMAN, J. (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001: 149-191: 158 y ss.

⁸ Por ejemplo, MARMOR, A.: "Legal Conventionalism", en COLEMAN, J. (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001: 193-217: 213.

identificación, pero no todos tienen por qué admitir como criterio, por ejemplo, la doctrina del precedente. Admitir este concreto criterio o no dependerá de las concretas prácticas sociales pertinentes.

Así se aprecia la utilidad de la regla de reconocimiento en relación con el carácter autónomo del derecho, pero en dos sentidos distintos. Por un lado, la autonomía del derecho se predica respecto a otros órdenes normativos (como la moral crítica o la moral positiva, por ejemplo), para lo cual resulta relevante la función de coordinación y la dimensión constitutiva que *toda* regla de reconocimiento tiene: sin ella (y sin la eficacia general de las normas del sistema identificadas a partir de ella) no existe el fenómeno social llamado derecho. Por otro lado, en cambio, la autonomía de un determinado sistema jurídico se predica en relación con otro sistema jurídico (ambos con sus respectivas reglas de reconocimiento), para lo que es relevante la historia institucional y los valores políticos imperantes en cada uno de ellos.

Queda claro, por último, que la presencia de una regla de reconocimiento es lógicamente necesaria para la unidad del sistema jurídico. En efecto, sin la presencia de esos criterios de identificación del derecho efectivamente compartidos por los juristas no podría decirse que hay un único sistema jurídico en una determinada sociedad. Hart lo expresa de este modo: “This is not merely a matter of the efficiency or health of the legal system, but is logically a necessary condition of our ability to speak of the existence of a single legal system. If only some judges acted ‘for their part only’ on the footing that what the Queen in Parliament enacts is law, and made no criticism of those who did not respect this rule of recognition, the characteristic unity and continuity of a legal system would have disappeared. For this depends on the acceptance, at this crucial point, of common standards of legal validity” (p. 116)⁹.

4. LA IMPORTANCIA DE UNA REGLA DE RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL

Como hemos visto, las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento son las propias de la existencia de una regla social. Es cierto que, como ha dicho recientemente Epstein, la terminología empleada por Hart puede haber oscilado aquí como en otras ocasiones, para dar a entender que las condiciones de existencia *son* la regla de reconocimiento. Según Epstein la regla de reconocimiento es un “*frame principle*”, que habría que distinguir de lo que él llama “*anchors*”, que no parecen ser otra cosa que lo que aquí he llamado las condiciones de existencia de dicha regla¹⁰. Una vez queda claro que estamos

⁹ Debo apuntar que en la primera edición de *The Concept of Law* en este pasaje hay una palabra en cursiva (y así aparece también en la traducción castellana de Genaro Carrió: HART, H.L.A.: *El concepto de derecho*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1963, p. 144), y es un énfasis que me parece relevante por lo que digo en el texto (“existence of a single legal system”). Curiosamente, esa cursiva desaparece en la segunda edición, por la que cito.

¹⁰ EPSTEIN, B.: *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*. Oxford. O.U.P., 2015:: 97.

frente a una regla social con las condiciones de existencia propias de toda regla social, el siguiente paso que habría que dar es determinar su carácter y contenido.

En relación con el carácter (de qué tipo de regla social se trata), ante la dicotomía entre una regla regulativa o una regla constitutiva prefiero esta última. La razón de la preferencia estriba en que de este modo damos cumplida cuenta de la función que se asigna a la regla de reconocimiento en el entramado hartiano. La función principal asignada a este tipo de reglas es la de servir de identificación de un sistema jurídico. Ahora bien, esa identificación no es la que pueda hacer cualquiera bajo cualquier criterio: es la que realmente llevan a cabo los que se dedican profesionalmente a la tarea de invocar (abogados) y aplicar (funcionarios y jueces) normas de un determinado sistema jurídico. Así, con una concepción como esta de la regla de reconocimiento se consigue dar cuenta de manera realista de los problemas de identificación, pero también de los de unidad y autonomía del derecho estrechamente ligados entre sí, como he puesto de relieve.

Es una regla social convencional por cuanto el uso de los criterios que forman parte de la misma tiene que basarse, al menos, en el hecho de que los demás también los utilizan. Este fenómeno no va unido necesariamente a las convicciones políticas o morales de los participantes, ni tiene que ver con contemplar el derecho bajo la mejor luz, por decirlo en términos dworkinianos. Supone la resolución de un problema de coordinación: si no utilizamos los *mismos* criterios de identificación, no identificamos el *mismo* sistema jurídico.

Pero, además, es una convención con una dimensión constitutiva: el derecho de una determinada sociedad es el que es porque los que se dedican profesionalmente a identificarlo utilizan unos criterios compartidos y no otros. De ahí que el contenido de una concreta regla de reconocimiento cambie en función de los cambios compartidos en los criterios de identificación o en su estructuración jerárquica.

Esa dosis de realismo de la propuesta hartiana se pone de manifiesto aún más claramente cuando Hart admite que en determinados momentos pueden existir dudas acerca de cuál sea la regla de reconocimiento en una determinada sociedad o, incluso, si existe alguna. Son los casos que denomina "patológicos" del sistema jurídico. Pueden darse, por ejemplo, porque estén en pugna dos reglas de reconocimiento. No está claro cuál de ellas prevalecerá, lo cual significa que hay dos posibles órdenes jurídicos en conflicto (en términos politológicos, dos candidatos a constituirse como Estado en el mismo territorio y respecto de la misma población). Estos casos patológicos ponen de relieve que la verdad de la proposición expresada por el enunciado "En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R" requiere una cierta estabilidad en los hechos. Sin esa estabilidad, uno tiene que suspender el juicio hasta que la suerte se decante por alguna de las opciones en pugna. Este proceder se aleja de cualquier manera formalista de entender estas cuestiones. Tal como sostiene Hart, los

casos de las colonias que se separaron del Reino Unido se explican de esta manera. Si los tribunales de la colonia en cuestión dejan de reconocer de facto la autoridad del parlamento de Westminster, aunque formalmente desde el Reino Unido se siga diciendo que ese territorio está bajo su jurisdicción, no será así. Se habrá formado una nueva regla de reconocimiento, lo cual significa en términos políticos que habrá nacido un nuevo Estado en lo que anteriormente era una colonia (p. 120-1).