

# CONVENCIONALISMO JURÍDICO E INTELIGIBILIDAD DEL DERECHO. EL USO COMO ESPEJO DE LAS FUENTES SOCIALES EN LA TEORÍA JURÍDICA DE ANDREI MARMOR\*

Pilar Zambrano

Universidad de Navarra  
pzambrano@unav.es

**RESUMEN.** El debate acerca de la relación entre el derecho y otros órdenes axiológicos se ha focalizado, en términos generales, en la justificación de la obligatoriedad del derecho. En este trabajo abordamos este debate genérico desde la perspectiva alternativa de la inteligibilidad de las fuentes del derecho y la objetividad de la identificación judicial de las acciones productoras/modificadoras/extintoras del derecho. En esta línea, afirmamos la tesis de que la inteligibilidad de las fuentes sociales supone su conexión necesaria, no a un orden *normativo* previo —de principios y reglas deónticas—, sino a un orden *antropológico y axiológico* previo y, más precisamente, a una tipología *dada* —no convencional— de acciones intencionales.

**Palabras clave:** Rule of Law, inteligibilidad, MARMOR, fuentes sociales, decisión judicial.

## Legal Conventionalism and Intelligibility of the Law. The Use of Law as a Mirror to the Sources of Law in Andrei Marmor's Legal Theory

**ABSTRACT.** The classical dispute over the autonomy or dependence of Law regarding other fields of human action has been largely focused on the relationship between Law and Morals and the justification of the obligatory nature of Law. In this paper we approach this discussion from the alternative point of view of the intelligibility of the sources of law and, particularly, of objectivity of the judicial identification of the institutional actions that produce/modify/extinguish the Law (the sources of Law). Along these lines, we argue that the intelligibility of the sources of Law entails a necessary connection between the Law, on the one hand, and a given anthropological-axiological order. More accurately, it entails a connection between the Law and a given —not conventional— typology of intentional action.

**Keywords:** Rule of Law, intelligibility, MARMOR, sources of Law, judicial decision.

---

\* Fecha de recepción: 12 de agosto de 2018. Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2018.

Profesora titular, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, España. Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación (2018-2020), «El código penal de 1995: Modelos de imputación de la sociedad de seguridad», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España. Agradezco a Juan CIANCIARDO, Julio POHL, José Julián SUÁREZ, Milani VENTO, Cristina HERMIDA, Marta ALBERT y Juan Bautista ETCHEVERRY, por las observaciones realizadas a una primera versión de este trabajo, que fueron incorporadas a la que ahora se publica. Agradezco especialmente a Lorenzo PEÑA por la oportunidad de presentarlo en la sesión del 16 de mayo de 2018 del ciclo de seminarios sobre derechos humanos del grupo JuriLog; y a Fabio PULIDO por la oportunidad de discutirlo en la sesión del 15 de noviembre de 2018 del ciclo de seminarios de investigación iusfilosófica de la Universidad de la Sabana.

## 1. INTRODUCCIÓN

La inteligibilidad, publicidad y prospectividad del Derecho son exigencias tan aceptadas del Estado de Derecho y del *Rule of Law* como difíciles de realizar a nivel judicial en nuestras prácticas jurídicas actuales<sup>1</sup>. Entre otras muchas razones que explican esta dificultad, destacan la denominada «pluralidad de fuentes» y el pluralismo moral que, como cuestión de hecho, caracterizan a nuestras actuales sociedades occidentales. El pluralismo de fuentes genera la obvia dificultad de anticipar, no ya qué normas aplicarán los jueces, sino también, y más ampliamente, con qué criterio identifican el conjunto de normas jurídicas que conforman el sistema jurídico vigente. Muestra de ello son los debates en torno a la juridicidad del denominado «*soft law*»; a la fuerza vinculante de las recomendaciones de los comités de Derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos para los Estados que no son parte del caso, etcétera<sup>2</sup>.

Si a la pluralidad de fuentes se suma el hecho de que, como integrantes de una sociedad moralmente fragmentada, los jueces interpretan el derecho desde horizontes comprensivos no solo diferentes, sino también contradictorios, la inteligibilidad y la prospectividad del derecho se parecen hoy más a ilusiones, que a exigencias jurídico-políticas<sup>3</sup>. Por mucho que se cumpla con la exigencia de publicidad, poniendo la argumentación judicial al alcance de las partes afectadas y del público en general, esta argumentación resultará ininteligible —o cuanto menos jurídicamente infundada— para todo aquel que no comparta el criterio que se utiliza en la decisión para identificar el derecho vigente y, con ello, para formular las premisas normativas del razonamiento judicial.

En este contexto se advierte la necesidad de refinar el debate acerca de las condiciones generales de inteligibilidad/objetividad de la decisión judicial, focalizando el análisis en la parte de la decisión que identifica el derecho vigente y formula las premisas normativas del razonamiento jurídico<sup>4</sup>. Se trata de responder, en otras palabras, a la pregunta por las condiciones de objetividad/inteligibilidad del juicio mediante el cual se identifican los actos creadores/modificadores/extintivos del Derecho.

Con diferencias de matiz, la filosofía jurídica analítica contemporánea ha respondido a este problema con la tesis de las «fuentes sociales» que, parafraseando la famo-

<sup>1</sup> Las tres notas integran los ocho clásicos *desiderátums* del *Rule of Law* clásicamente formulados por Lon L. FULLER en 1969: capítulo II. La condición que aquí denominamos «inteligibilidad» es analizada en esta obra bajo el concepto de «claridad», definida como la «capacidad [de los enunciados legales] de ser comprendidos (*understood*) ya sea por los ciudadanos ordinarios o por los juristas expertos» (traducción libre al español, *id.*, 36).

<sup>2</sup> Sobre la notoria tensión entre el fenómeno del pluralismo de fuentes, el *soft law* y el *Rule of Law*, y las posibles vías de compatibilización, *vid.* E. PARIOTTI, 2017: 21-23.

<sup>3</sup> El pluralismo moral al que hacemos referencia fue clásicamente caracterizado en términos análogos por John RAWLS en J. RAWLS, 1993 [1996]: 33 y ss.

<sup>4</sup> Sobre la vinculación inescindible entre la pretensión de sistematicidad del Derecho, su inteligibilidad y su prospectividad, *vid.*, por ejemplo, F. CAROCCIA, 2017: 81-82. Sobre la identificación de las fuentes del Derecho como el resultado de un juicio que no siempre se problematiza ni hace explícito, pero que está necesariamente presupuesto en toda decisión judicial *vid.* P. ZAMBRANO, 2009: 69-70. En sentido parecido, apunta Ronald DWORKIN que toda decisión judicial presupone un «juicio de encaje» con el conjunto de fuentes existentes en cada práctica jurídica. *Vid.*, por ejemplo, R. DWORKIN, 1986: 65-68. Vale aclarar que DWORKIN no habla en rigor de «juicios», sino de etapas (*stages*) de la interpretación.

sa sentencia de QUINE, podría resumirse en lo que aquí denominamos «dos dogmas del convencionalismo jurídico»<sup>5</sup>. De acuerdo con el primer dogma, el hecho de que una comunidad reconozca a un conjunto de hechos como creadores/modificadores/extintores del derecho, es razón suficiente para que sean en efecto creadores/modificadores/extintores del derecho. Dicho muy sintéticamente, «el uso hace al derecho»: el conjunto de hechos que poseen la virtualidad de crear/modificar o extinguir derecho (la promulgación de una norma por el parlamento, la declaración de inconstitucionalidad, etc.) conforman una convención (esto es, una costumbre) social, sin referencia necesaria a un orden antropológico/axiológico previo, no convencional. El segundo dogma se sigue del primero, y ha sido formulado de forma mucho más explícita tanto por la filosofía jurídica analítica como por sus detractores. De acuerdo con este segundo dogma, «el contenido del derecho es tan convencional como el conjunto de hechos creadores del derecho»: las normas convencionalmente creadas carecen de conexión necesaria con un orden antropológico/axiológico previo, no convencional.

Con lo dicho hasta aquí se pueden distinguir dos sentidos en los que usamos en este trabajo la expresión «fuente social de derecho». «Fuente social de derecho» (FS1) hace referencia, en primer término, al conjunto de hechos institucionales que, en un determinado sistema jurídico, poseen la virtualidad de producir, modificar o extinguir normas jurídicas. En segundo lugar, «fuente social de derecho» hace referencia a las normas jurídicas creadas por medio de las FS1, esto es, el conjunto de valores, principios y reglas que, como cuestión de hecho, integran el sistema jurídico vigente en un determinado lugar, y los jueces están obligados a incluir en la fundamentación (aunque no necesariamente como fundamento único) de sus decisiones en un Estado de Derecho (FS2). Si volvemos sobre los dos dogmas del convencionalismo jurídico, podríamos decir que, para el convencionalismo jurídico, ni las FS1 ni las FS2 poseen una conexión necesaria con un orden de acción intencional dado<sup>6</sup>.

Contra esta tesis, nos proponemos argumentar que, quizá paradójicamente, la inteligibilidad de las fuentes sociales en sus dos acepciones (FS1 y FS2) presupone una referencia a un orden antropológico y axiológico previo, *no social (no convencional)*. En otras palabras: ni las normas jurídicas ni los hechos capaces de crear/modificar/extinguir normas jurídicas pueden ser reconocidos *qua* tales por sus intérpretes, cuando carecen de toda referencia a un orden antropológico y axiológico dado, e intrínsecamente inteligible. En el contexto de los debates entre tradiciones iusfilosóficas, se trata de reformular el debate clásico acerca de la conexión-desconexión conceptual del derecho positivo respecto de cualquier orden *dado —no convencional—*. Este

<sup>5</sup> Nos referimos al clásico trabajo de W. V. O. QUINE, 1951: 20-43.

<sup>6</sup> La convencionalidad como nota característica tanto de las normas jurídicas (FS2), como de las acciones creadoras de normas (FS1), está implícita en la afirmación genérica de HART acerca de la naturaleza convencional del sistema jurídico, y la distinción dentro del sistema entre reglas primarias (el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de la población en general); y reglas secundarias (el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de producción y modificación tanto de las reglas primarias como de las secundarias), en H. L. HART, 1992: 80-81. KELSEN por su parte distingue de modo explícito entre las normas jurídicas, que conforman el objeto de estudio de la «teoría estática del derecho», y su proceso de producción, que constituye el objeto de estudio de «la teoría dinámica», afirmando en ambos casos su radical convencionalidad. *Vid.* H. KELSEN, 1960 [1981]: 83-84. Algo más recientemente, John GARDNER ha distinguido con toda claridad los dos dogmas, vinculándolos de forma explícita a la denominada «tesis de las fuentes sociales» del positivismo, en J. GARDNER, 2001: 208-209 y 218-221.

debate se ha focalizado, en términos generales, en la justificación de la obligatoriedad del derecho, contraponiendo las tesis de la autonomía a la tesis de la dependencia entre el derecho y un orden *normativo* previo, no convencional<sup>7</sup>. En este trabajo abordamos el problema genérico de la conexión/desconexión, no desde el punto de vista de la obligatoriedad del derecho, sino desde la perspectiva de su inteligibilidad y de su consiguiente capacidad para guiar la decisión judicial<sup>8</sup>. En esta línea, afirmamos que la inteligibilidad del derecho depende de su conexión, no a un orden *normativo* previo —de principios y reglas deónticas—, sino a un orden *antropológico y axiológico* previo y, más precisamente, a una tipología *dada* —no convencional— de acción intencional<sup>9</sup>.

Afirmamos, en síntesis, que a mayor independencia o autonomía de las fuentes sociales respecto de un orden dado de acción intencional, menor es su inteligibilidad; menor su capacidad real de guiar la decisión del operador jurídico; y menor por tanto la prospectividad del Derecho. Paralelamente, a mayor independencia o autonomía de las fuentes sociales, mayor la filtración de criterios axiológicos no-jurídicos en la aplicación judicial del Derecho<sup>10</sup>. Aunque una defensa completa de esta tesis exigiría ponerla a prueba en relación con los dos dogmas del convencionalismo jurídico, por razones de espacio en este trabajo nos concentraremos únicamente en el primero. Nuestra tesis puede entonces acotarse a lo siguiente: «La inteligibilidad del juicio judicial que identifica a los hechos creadores del derecho *qua* hechos creadores del derecho, depende de su referencia a un orden de acción intencional no convencional, que como orden dado, integra el conocimiento compartido que hace viable la comprensión de cualquier práctica convencional, incluido el Derecho».

En vistas a sustentar esta tesis, analizaremos y pondremos a prueba el primer dogma del convencionalismo jurídico, tal como es asumido en la teoría del derecho de Andrei MARMOR. El interés en analizar la teoría de Andrei MARMOR radica en la clarividencia con la cual advierte la dificultad de conciliar los dos dogmas del convencionalismo jurídico con la inteligibilidad del derecho. No sería exagerado afirmar que MARMOR, a diferencia de otros autores como Ronald DWORKIN o el propio HART, ha construido su teoría de la decisión judicial con plena conciencia del problema pero sin la voluntad de asumir que el costo de su superación es aceptar que no hay fuen-

<sup>7</sup> Entre otras muestras de este debate, *vid.* John FINNIS apuntando la brecha lógica entre el hecho de la convergencia social en torno a un conjunto de normas, y la virtualidad de este hecho para generar obligaciones, en J. FINNIS, 2011: 238-244. Desde las propias líneas del positivismo analítico, Frederick SCHAUER ha propuesto abandonar todo intento de justificar moralmente un derecho puramente convencional en F. SCHAUER, 2015: 93.

<sup>8</sup> Desarrollamos una línea análoga de análisis crítico con relación a la propuesta de John GARDNER en V. RODRÍGUEZ BLANCO y P. ZAMBRANO, 2018: 31, 9-32.

<sup>9</sup> Por orden «axiológico», nos referimos a los bienes/valores cuya consecución motivan, a modo de fin de la acción, a *todo* hombre a obrar. La respuesta acerca de cuáles sean estos bienes presupone una concepción acerca de la naturaleza/modo de ser propio del hombre (de ahí la conexión entre orden antropológico y orden axiológico) y una concepción acerca de la estructura necesaria de toda acción humana (de ahí la concreción de un orden axiológico en un «orden dado de acción intencional»). Formulamos estas distinciones a partir del clásico trabajo de G. GRISEZ, 1965: 177-181. Es usual afirmar que toda interpretación jurídica —judicial o dogmática— conlleva alguna dosis de valoración «moral», sin distinguir dentro del contenido de esta valoración «moral» entre valores como motivación para obrar sin más, y valores con fuerza normativa. Solo a modo de ejemplo, *vid.*, en este sentido, GARDNER, 2001; y la crítica a esta falta de distinción en V. RODRÍGUEZ BLANCO y P. ZAMBRANO, 2018: 17.

<sup>10</sup> Hemos desarrollado más extensamente este argumento en P. ZAMBRANO, 2014: 423-445.

tes sociales (convencionales) puras, sin referencia alguna a una realidad no *social* (no convencional)<sup>11</sup>.

Inicialmente (sección 2) se abordará el concepto de «inteligibilidad» como condición del Estado de Derecho y del *Rule of Law*, y su recepción en la teoría de MARMOR, a través de la distinción entre comprensión e interpretación. Seguidamente (secciones 3-4) describimos el concepto de MARMOR de convención social, como una síntesis de acciones convergentes, reglas, razones y arbitrariedad. Se aplica luego este esquema a la identificación judicial de las FS1 (sección 5). A continuación (secciones 6-7) se desarrollan dos objeciones contra la pretensión de MARMOR de la objetividad del juicio judicial de identificación de las FS1 y del sistema jurídico válido y vigente. En las secciones 8-9 se presentan y desarrollan dos reglas de inteligibilidad que sustentan las dos objeciones mencionadas, usando algunas de las categorías propuestas por Elisabeth ANSCOMBE, Germain GRISEZ, Alfonso GÓMEZ LOBO, John FINNIS, Martin RHONHEIMER y Verónica RODRÍGUEZ BLANCO. Se enuncia luego y desarrolla la tesis de que la inteligibilidad de las FS1 depende de su nivel de racionalidad compartida —no, en cambio, de su razonabilidad— (secciones 10-11). Para concluir (sección 12), argumentamos que la tesis del uso social como fuente exclusiva y excluyente de inteligibilidad del Derecho es compartida por gran parte de la filosofía jurídica, la dogmática y la práctica judicial contemporánea. Apuntamos contra esta tesis generalizada que el uso es una fuente necesaria, pero nunca suficiente, de inteligibilidad del Derecho.

## 2. LA INTELIGIBILIDAD COMO CONDICIÓN DE PUBLICIDAD Y PROSPECTIVIDAD DEL DERECHO

Entre las condiciones del Estado de Derecho y/o del *Rule of Law*, una principal es el ajuste de toda acción de gobierno al principio de legalidad. Esto es, la exigencia de que toda acción de gobierno esté fundada en «derecho», o lo que es lo mismo en este contexto, en el conjunto de valores, principios y reglas que, como cuestión de hecho, conforman el sistema jurídico vigente (FS2). Esta fundamentación en derecho posee a su vez sus propias exigencias. No cualquier valor, principio o regla, por muy razonable que sea, sirve para fundar jurídicamente una acción de gobierno. Aunque parezca redundante, el derecho en cuestión debe ser el derecho vigente: esto es, el derecho que ha sido producido como «derecho» por las instituciones legalmente habilitadas, mediante los hechos legalmente señalados como apropiados para crear, modificar o extinguir derecho (FS1)<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> En los términos en que usamos la expresión «convencionalismo jurídico» en este trabajo, Ronald DWORKIN no se distingue del positivismo analítico. Si bien afirma de modo insistente la conexión entre Derecho y moral, también afirma con igual insistencia que la moral a la cual se conecta el Derecho es convencional. *Vid.*, entre muchos otros sitios, R. DWORKIN, 2006: 226 (señalando su no-realismo contra la interpretación de Micheal S. GREEN en M. S. GREEN, 1897); y 1986: 72-86.

<sup>12</sup> Más allá del debate en torno a si el Estado de Derecho y el *Rule of Law* (y dejando a salvo los diferentes orígenes de uno y otro concepto) contienen exigencias sustantivas además de las formales, la exigencia formal de legalidad —el gobierno de las leyes por oposición al gobierno de los hombres— es sin lugar a dudas el elemento central en ambos sistemas. *Vid.* I. TRUJILLO, 2015: 164. FERRAJOLI señala que el derecho «vigente» es la fuente necesaria e indiscutida de toda decisión judicial en un Estado de Derecho, y define al «derecho vigente» como el conjunto de enunciados normativos legislativos. Asimismo, distingue el «derecho vigente»

En segundo lugar, la relación de fundamentación debe ser inteligible, esto es, comprensible o accesible al razonamiento del público en general o, como mínimo, de los principales afectados por la acción de gobierno. Tercero, además de inteligible, la fundamentación en derecho de las acciones de gobierno debe ser pública. Esto es, debe ser puesta en conocimiento, sino del público en general, al menos, una vez más, de los principales afectados por ella<sup>13</sup>. Así definidas, la inteligibilidad y la publicidad son exigencias aplicables a toda clase de acción de gobierno sin distinción. Cuando la acción es el resultado de una decisión judicial, se agrega la exigencia de que la fundamentación en derecho sea explícitamente argumentada. Entre las muchas razones que explican esta exigencia adicional de argumentación en el plano judicial, quizá la más relevante sea el hecho de que las decisiones judiciales se proponen resolver controversias acerca del modo válido de interpretar el derecho vigente, y de aplicarlo a los hechos en disputa. En cualquier caso, cuando la conexión de una decisión judicial con el derecho vigente se argumenta de forma consistente, se cumple con una tercera exigencia del Estado de Derecho y del *Rule of Law*: la prospectividad del Derecho. En tal supuesto, podrá afirmarse que los hechos del caso fueron valorados en la decisión «de acuerdo a derecho», y que el mandato judicial se ha formulado «de acuerdo a derecho». Si las decisiones y mandatos judiciales se fundaran en valores, principios y reglas que solo fueran inteligibles para el juez, serían imprevisibles y, en consecuencia, retroactivas para las partes directamente afectadas. Lo mismo ocurriría si, aun fundándose la decisión judicial en el derecho vigente, la relación de fundamentación fuera incomprensible, y/o careciera de toda argumentación<sup>14</sup>.

Resumidamente, una decisión judicial puede considerarse «públicamente fundada en derecho» y «prospectiva», cuando ofrece una argumentación consistente de su derivación a partir del conjunto de FS2 que han sido incorporadas al sistema jurídico por medio de las FS1, antes de que tuvieran lugar los hechos del caso. El que esta argumentación sea posible presupone, claro está, que tanto las (FS2), como los hechos institucionales que las crean/modifican/extinguen (FS1), son inteligibles para el juez y para el público relevante. La argumentación de la juridicidad de la decisión es posible, en otras palabras, cuando el juez y las partes comparten el conocimiento tanto de las FS1 como de las FS2. Más aún, este conocimiento compartido constituye el punto de partida de la argumentación de toda decisión judicial, que como todo punto de partida se asume sin poner en discusión<sup>15</sup>.

---

del «derecho viviente», que sumaría al derecho vigente la práctica de su interpretación judicial, en L. FERRAJOLI, 2016: 24. En este punto usamos la expresión «derecho vigente» en sentido amplio, incluyendo también al «derecho viviente».

<sup>13</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es muy explícito en afirmar que la expresión «de acuerdo a derecho» no solo requiere que las medidas restrictivas de la libertad individual tengan alguna base en el derecho interno, sino que además sean accesibles a la persona afectada, y formuladas en términos lo suficientemente precisos para que la persona pueda prever sus efectos» (*vid.*, entre otros, ECHR, *Landvreugd vs. The Netherlands*, 4 de junio de 2002, 54; *Maestri vs. Italy*, 17 de febrero de 2004, § 30). Las exigencias de precisión, accesibilidad y previsibilidad fueron recogidas también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *López Mendoza vs. Venezuela*, § 199.

<sup>14</sup> FERRAJOLI señala, en este mismo orden de ideas, que el principio de legalidad exige que las decisiones judiciales sean argumentadas en torno al valor de «verdad», entendiéndolo por «verdad» la adecuación al derecho vigente, L. FERRAJOLI, 2016: 33.

<sup>15</sup> La necesidad lógica de un «conocimiento compartido» en toda comunicación y discusión fue clásicamente puesta de manifiesto por ARISTÓTELES, entre muchos otros sitios, en *Ética a Nicómaco*, Libro I, § 7. Es



De lo dicho puede concluirse que la inteligibilidad del Derecho es una condición, en primer término, del conjunto de hechos institucionales que conforman las FS1. Solo si estos hechos son inteligibles/reconocibles, puede el juez identificarlos como FS1, esto es, como hechos creadores/modificadores/extintores de las FS2, y además argumentar de forma objetiva su condición de tales. En segundo orden, la inteligibilidad es una condición de las FS2 consideradas en sí mismas, antes de su uso judicial para resolver disputas concretas. En este sentido, podría decirse que la inteligibilidad del Derecho es la inteligibilidad del discurso jurídico y, más precisamente, la virtualidad del discurso jurídico de servir como vehículo de comunicación. Tercero, la inteligibilidad es una condición de la parte del razonamiento judicial que identifica al sistema jurídico vigente, esto es, el juicio mediante el juez identifica a un conjunto de hechos institucionales *qua* FS1, y un conjunto de valores, reglas y principios *qua* FS2. Cuarto, la inteligibilidad es una condición de la parte del razonamiento judicial que utiliza las FS2 para valorar el mérito jurídico de los hechos del caso, y para formular el imperio judicial. En los dos primeros sentidos, podría hablarse de la inteligibilidad estática del Derecho. En los otros dos, de inteligibilidad aplicada.

La inteligibilidad estática del derecho en todas sus dimensiones (FS1, y FS2) es, en fin, algo más que una exigencia entre otras del Estado de Derecho y del *Rule of Law*. La inteligibilidad estática es la condición lógica de posibilidad de la publicidad del Derecho —lo que no es en sí mismo comprensible, menos aún puede serlo para todos—; de la inteligibilidad aplicada, y consecuentemente de la prospectividad del Derecho, que resulta, como ha quedado dicho, de la inteligibilidad aplicada.

### 3. LAS CONVENCIONES SOCIALES COMO ARBITRARIEDAD ACOTADA POR REGLAS Y RAZONES

Andrei MARMOR sostiene que tanto el contenido sustantivo del derecho vigente (FS2) como las convenciones sociales que lo crean (FS1) son arbitrarios en el siguiente sentido: carecen de una conexión conceptual necesaria con las razones que justifican la existencia del Derecho en su totalidad. MARMOR no niega que existan razones que justifican la existencia y la obligatoriedad del Derecho. Lo que niega es que estas razones determinen el contenido tanto de las FS1 como de las FS2. Más concretamente, defiende lo que denomina una «concepción crítica no instrumental» del Derecho, según la cual ni el conjunto de parámetros axiológicos que utilizan los jueces para resolver casos (FS2), ni los hechos institucionales (FS1) que crean estos parámetros están conectados de manera *necesaria* con un orden axiológico y normativo previo, no convencional<sup>16</sup>.

MARMOR considera, asimismo, que la arbitrariedad así entendida es compatible tanto con la inteligibilidad estática como con la inteligibilidad aplicada de las fuentes.

---

también un punto no discutido en la filosofía del lenguaje analítica del siglo XX. *Vid.*, al respecto, F. CONESA y J. NUBIOLA, 1999: 170.

<sup>16</sup> A. MARMOR, 1992 [2005]: 163. Como ha señalado ETCHEVERRY, el positivismo analítico heredero de HART acepta en general que no hay descripción posible de las prácticas sociales convencionales —y del Derecho en particular— sin una valoración metodológica previa, acerca del modo más fiel de describir. Niega, sin embargo, que esta valoración metodológica tenga implicancia alguna sobre el contenido sustantivo del Derecho. *Vid.* J. B. ETCHEVERRY, 2013: 379-410.

En *Interpretation and Legal Theory* [1992] (2005) arguye, contra DWORKIN, que ni la determinación del sentido abstracto de las fuentes jurídicas (FS2), ni su aplicación a casos concretos en la decisión judicial, incluyen de forma necesaria una creación conceptual por parte del intérprete. El argumento se asienta sobre una distinción radical entre la comprensión y la interpretación, como dos modos distintos, aunque conexos, de comunicación. La comprensión (*understanding*) de cualquier discurso es el resultado de conocer y saber usar las reglas semánticas, gramaticales y discursivas que determinan el significado de los enunciados. La interpretación, en cambio, es excepcional y parasitaria de la comprensión. Opera únicamente en aquellos espacios en los cuales la combinación de estos tres tipos de reglas (semánticas, gramaticales y discursivas) arroja como resultado un significado indeterminado. En estos supuestos excepcionales de indeterminación (*under-determination*), el intérprete no se limitaría a *usar* las reglas del lenguaje, sino que además las reformula o transforma, normalmente —aunque no necesariamente— teniendo en cuenta la finalidad o propósito de la práctica social en la que se contextualiza el discurso<sup>17</sup>.

Más tarde, en *Social Conventions* (2009), aplica su análisis de la comprensión como límite a la interpretación creativa al problema más amplio de la identificación de las acciones que integran las convenciones sociales en general. En este segundo nivel de análisis, que es especialmente aplicable a las FS1, MARMOR sustituye el concepto de interpretación creativa por el de «arbitrariedad». Arguye así que toda práctica social convencional surge como respuesta a razones para la acción, y está conformada por reglas que, si bien son arbitrarias en su contenido, son objeto de una comprensión relativamente uniforme. Afirma, en otras palabras, la inteligibilidad estática de las FS1<sup>18</sup>.

Sostiene MARMOR, más precisamente, que toda convención se estructura en torno a los siguientes elementos:

- i) Una conducta reglada y coincidente: una población Y que sigue un conjunto X de reglas en determinadas circunstancias.
- ii) Una razón para realizar la conducta reglada X: existen razones A por los cuales los miembros de la población Y ajustan su conducta a X.
- iii) La arbitrariedad de X: si la población Y hubiera seguido un patrón de conducta X2 en las mismas circunstancias en las cuales, como cuestión de hecho, adoptó X; entonces los miembros de Y tendrían razones para seguir X2<sup>19</sup>.

Para que exista convención es preciso que exista: i) un uso convergente de reglas que dan forma y/o regulan las acciones que conforman una práctica social X (el

<sup>17</sup> A. MARMOR, 1992 [2005]: 58. La diferenciación entre comprensión e interpretación aplicada tanto al lenguaje como al resto de prácticas sociales convencionales, manifiesta como preocupación de fondo el problema del regreso al infinito de interpretaciones, y una solución que podría expresarse en los siguientes términos: si bien la creatividad interpretativa es una dimensión inevitable de toda práctica social, no es, en cambio, una dimensión inevitable de todo modo de participación en una práctica social. La creatividad interpretativa, que es excepcional, opera siempre sobre un piso firme de «comprensión» no creativa de las reglas preexistentes. No sería exagerado afirmar que su teoría de la adjudicación judicial se desarrolla en torno al modo de resolverlo sin abandonar de forma definitiva el dogma convencionalista. El título mismo de la segunda obra revela la tradición de la que se sabe parte, el problema que pretende superar, y los costos que *no* está dispuesto a pagar para hacerlo. Para un estudio reciente sobre la inevitable caída en el regreso al infinito de las metodologías interpretativas convencionalistas, *vid.* L. LAISE, 2017.

<sup>18</sup> A. MARMOR, 2009: 2 y ss.

<sup>19</sup> *Ibid.*



lenguaje, el derecho, la expresión artística, el juego, etc.), y ii) una razón para el uso convergente de las reglas que uniformizan la práctica X. El contenido de las reglas que dan forma a la práctica convencional es, sin embargo, arbitrario en el sentido iii). En efecto, si bien las convenciones surgen como respuesta a una necesidad dada —no arbitraria— de que existan reglas uniformes para un cierto tipo de acción social; el contenido de las reglas que satisfacen la necesidad de convergencia es arbitrario. Las tres condiciones son, en fin, necesarias y suficientes para que surja una convención propiamente dicha y pretenden, en conjunto, expresar la intuición de que «si una norma es convencional, podríamos haber tenido una norma diferente, alternativa, para el mismo propósito»<sup>20</sup>.

Las reglas convencionales pueden a su vez dividirse en dos grandes tipos, según cuál sea su nivel de proximidad sustantiva con las razones subyacentes que explican su aparición. Las reglas que conforman las convenciones sociales «profundas», en palabras de MARMOR, «*tienden a aparecer* como respuestas normativas a aspectos sociológicos y quizá psicológicos del mundo que *realmente* requieren estas respuestas»<sup>21</sup>. Las convenciones superficiales son determinaciones de las convenciones profundas y no, en cambio, de las razones. Esta diferencia explica otras cuatro diferencias importantes. En primer término, que las convenciones superficiales sean mucho más cambiantes y locales que las convenciones profundas. Segundo, que mientras las convenciones superficiales son esencialmente arbitrarias en su contenido respecto de las razones que explican su existencia, la arbitrariedad de las convenciones profundas es menor. Tercero, que la descripción del contenido de las convenciones profundas «precisa de una relación más cercana» con las razones que generan su aparición, que en el caso de las superficiales. En cuarto y último lugar, las reglas convencionales profundas hacen que la práctica sea lo que es, y no otra cosa. Son pues reglas «constitutivas», y no meramente «regulativas», como ocurre con las convenciones superficiales<sup>22</sup>.

#### 4. CONDICIONES COGNITIVAS Y MOTIVACIONALES PARA PARTICIPAR DE UNA PRÁCTICA CONVENCIONAL. LAS ACCIONES COMO ESPEJO DE LAS REGLAS

Desde el punto de vista cognitivo, es capaz de participar de una práctica convencional —en sus dos niveles, profundo y superficial— quien sabe usar sus reglas, y de hecho las usa para moldear su conducta. Este «saber usar» sintetiza tres condiciones cognitivas: primero, ser consciente de la existencia de la regla; segundo, ser consciente de que se usa la regla para moldear la propia conducta; tercero, saber cómo ajustar la propia conducta a la regla —tener las habilidades necesarias para obrar de acuerdo con la regla—. Saber usar una regla no es saber expresar o formular su contenido; ni mucho menos justificarla en función de su relación sustantiva con las razones morales que explican la participación de la práctica en su conjunto<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> *Id.*, 13.

<sup>21</sup> *Id.*, 73. La traducción y la cursiva son nuestras.

<sup>22</sup> *Ibid.* La traducción es nuestra.

<sup>23</sup> *Id.*, 67-68.

Desde el punto de vista motivacional, se puede distinguir entre el motivo general que nos mueve a participar de prácticas convencionales, y el motivo concreto para seguir cada una de las reglas —superficiales y profundas— que la integran. El motivo general para participar de una práctica convencional podría expresarse del siguiente modo: «el mejor —o único— modo de responder a tal o cual necesidad sociológica y/o psicológica es ajustando mi conducta a las reglas que constituyen y regulan tal o cual práctica social». Así, por ejemplo, podríamos decir que «el mejor —o único— modo de responder a la necesidad sociológica y psicológica de solucionar conflictos sin violencia, es ajustando mi conducta a las reglas que constituyen y regulan el Derecho». Este motivo general es lo que MARMOR conceptualiza como «razón» de las convenciones, dada su naturaleza categórica, objetiva y universal<sup>24</sup>. El motivo para seguir las reglas jurídicas concretas del Derecho vigente en mi comunidad, en cambio, no es la advertencia de su conexión sustantiva con la razón para actuar consistente en «erradicar la violencia», sino el hecho de que la gente en general pretenda erradicar la violencia, en mi comunidad, ajustando su conducta a Derecho<sup>25</sup>.

Los tres niveles de análisis —razón, convención profunda, convención superficial— son solo eso: tres niveles de análisis. En el plano existencial lo que comparece al observador no son ni las reglas convencionales profundas ni las razones profundas para la existencia de las reglas convencionales; sino las conductas convergentes, informadas por reglas convencionales superficiales. La existencia y el contenido de las reglas convencionales superficiales se induce o abstrae a partir de la observación de las conductas convergentes; la existencia y el contenido de las reglas convencionales profundas se induce o abstrae a partir de las reglas convencionales superficiales; y la motivación generalizada en la práctica de dar respuesta a las razones, se induce o abstrae a partir de la existencia y del contenido de los dos niveles de convenciones<sup>26</sup>. Desde la perspectiva del agente que desea/quiere/elige ajustar su conducta a una práctica, esta unidad existencial y epistemológica entre conductas, reglas y razones se traduce en la obvia necesidad de abstraer los distintos niveles de reglas convencionales a partir de la observación de las conductas.

La regla convencional —y más concretamente la conducta imperada por la regla— no se le revela al agente a través de una suerte de reflexión acerca de la naturaleza de las razones para actuar. La única fuente de conocimiento de las reglas convencionales es el conjunto de acciones que como cuestión de hecho se ajustan a ellas en el nivel «superficial» y mediante (y en la medida de) este ajuste las revelan al observador

El uso del derecho como espejo y criterio de identificación judicial de las FS1: Cabe en este punto aplicar el esquema descrito al problema de la identificación judicial de las FS1, en vistas a determinar si es compatible con la pretensión de inteligibilidad estática y dinámica del *Rule of Law*. Cabe preguntarse, en otras palabras, en qué medida los hechos creadores, modificadores o extintores de Derecho son inteligibles, y cuál es el nivel de objetividad del juicio judicial de identificación de estos hechos, una vez que se asume que estos hechos —las FS1— son convencionales en el sentido descrito por MARMOR.

<sup>24</sup> *Id.*, 153-154.

<sup>25</sup> *Id.*, 11 y 170.

<sup>26</sup> *Id.*, 63-64.

Aplicando el esquema a un caso imaginario donde:

— **Y** es un decreto reglamentario del poder ejecutivo que establece que los ciudadanos deben pagar el impuesto anual a la renta entre el 15 y el 16 de junio de cada año, en las oficinas públicas habilitadas al efecto.

— **Z** es la norma del congreso, que delega en el poder ejecutivo la fijación de fechas y lugares de pago del impuesto anual a la renta.

— **X1** es un ciudadano que argumenta que tanto **Z** como (por extensión) **Y** son formalmente inválidas, porque el Congreso no está habilitado para delegar en el poder ejecutivo nada en materia tributaria.

El juez (**X2**) está llamado a dirimir si las FS1 de la práctica jurídica de **X1** atribuyen al poder legislativo: *a*) un poder excluyente de determinación de las obligaciones tributarias de los ciudadanos o, en cambio, *b*) un poder primario pero no excluyente, que incluye la capacidad de delegar en el poder ejecutivo aspectos accidentales del pago de impuestos, como la fijación fechas y lugares de pago. **X2** está llamado a identificar y delimitar la extensión del poder creador, en otras palabras, de un tipo específico de FS1: la promulgación de normas impositivas por parte del poder legislativo.

Si **X2** actúa motivado por el respeto al *Rule of Law* y, más concretamente, por la razón **RL**: «Es bueno/obligatorio utilizar el derecho vigente como única fuente de conocimiento», debería resolver esta cuestión atendiendo de forma excluyente al modo en que su práctica jurídica ha tipificado las FS1 en respuesta a **RL**. De acuerdo con las condiciones cognitivas y motivacionales de participación en una práctica convencional, esto supone: *a*) resolver el conflicto motivado por **RL**; *b*) identificar el conjunto de acciones jurídicas que su comunidad ha creado en respuesta a **RL**; *c*) identificar, dentro de este conjunto, las acciones «creadoras/modificadoras/extintoras del derecho» (las FS1); *i*) identificar las reglas que constituyen y regulan las FS1, *ii*) ser capaz de usar estas reglas en su decisión.

Supongamos que **X2** advierte que, desde que **Y** fue promulgada tres años atrás, los ciudadanos se dirigen a pagar el impuesto a la renta a las oficinas públicas habilitadas a este efecto por **Y**, todos los 15 y 16 de junio. Si **X2** agudiza aún más la observación, verá que los ciudadanos no han pagado el impuesto a la renta siempre en estas mismas fechas y lugares, sino solo desde que **Y** fue promulgada (tres años atrás). Durante los años previos a la promulgación de **Y**, los ciudadanos pagaban el impuesto anual a la renta en las fechas y lugares señalados por el decreto **Y2**, cuya motivación, al igual que la motivación de **Y**, hacía referencia a la delegación efectuada por la norma **Z** (que fue promulgada hace cincuenta años). Extendiendo la observación en el tiempo hasta la promulgación de **Z**, el juez observa que los ciudadanos han pagado de manera generalizada en las fechas y lugares señalados por los sucesivos decretos reglamentarios **Y3**, e **Y4**, todos los cuales hacían referencia en su motivación a la norma **Z**.

Como resultado de esta observación, **X2** concluirá que, en lo que a la ciudadanía concierne, existe actualmente una convergencia en la acción de ajustar su conducta a **Y**, esto es, pagar el impuesto en las fechas y lugares señalados por **Y**. La obediencia generalizada de los ciudadanos a las sucesivas normas **Y**, **Y2**, **Y3**, e **Y4**; permitirá a **X2** concluir que también existe una convención algo menos superficial —y por ello más estable en el tiempo— de reconocer la autoridad del poder ejecutivo para la fijación de

lugares y fechas para el pago del impuesto anual a la renta. Si **X2** agudiza un poco más la observación, verá que en casos análogos donde se han cuestionado las atribuciones del poder ejecutivo en materia tributaria, los jueces de su comunidad han enunciado de forma reiterada y constante el principio de legalidad en materia tributaria, según el cual el poder de fijar impuestos le corresponde al Congreso.

Si el juez **X2** proyectara todavía más en el tiempo y en el espacio su observación, incluyendo también a la argumentación judicial en otros sistemas del *common law*, podría inferir la existencia de una regla estable y generalizada, del tipo «en los sistemas políticos occidentales y herederos del *Bill of Rights* inglés, quien quiera contribuir al gasto común deberá hacer lo que impere el parlamento al respecto». Podrá incluso identificar que el principio de legalidad en materia tributaria es usado en la argumentación de los jueces que ejercen funciones en la gran mayoría de los sistemas continentales de occidente. Concluiría, en fin, que el principio de legalidad es una convención profunda relativa a la organización de las FS1 en materia de determinación de cargas tributarias, propia de todo sistema constitucional, sea continental o del *common law*.

Recapitulando, **X2** ha observado las siguientes acciones: la conducta generalizada de los ciudadanos ajustada a **Y**; la expresión de motivos en los decretos reglamentarios **Y**, **Y2**, **Y3** e **Y4**; la argumentación de otros jueces en casos análogos en su propia comunidad; y la argumentación de otros jueces en casos análogos en otras jurisdicciones. La conducta generalizada de los ciudadanos le permitió inferir la existencia de la convención superficial (en esta parte de la población), consistente en reconocer el *status* de FS1 a los decretos del poder ejecutivo que fijan lugares y fechas para el pago del impuesto a la renta. Las expresiones de motivos en **Y**, **Y2**, **Y3** e **Y4** le permitieron inferir la existencia de la convención superficial que atribuye el *status* de FS1 a la reglamentación del poder ejecutivo en materia tributaria; y más ampliamente, a los actos del Congreso de delegación de poder reglamentario en esta misma materia. La argumentación judicial en el seno de su propia comunidad y en otras comunidades jurídicas le permitieron inferir, finalmente, que existe una convención profunda común a los sistemas continentales y del *common law*, por la cual el poder legislativo es el titular primario de la facultad de crear impuestos.

Solo en el nivel de las convenciones profundas *normalmente* se da —aunque no necesariamente— una relación sustantiva con las razones que justifican la existencia de la práctica en su conjunto. Por ello, podría agregarse que, a partir de la relación sustantiva que **X2** advierte entre **RL** y el principio de legalidad en materia tributaria, puede confiar en que, no solo el principio de legalidad, sino también el resto de las normas convencionales más o menos superficiales identificadas, constituyen, en su conjunto, una respuesta a **RL**.

Una argumentación completa acerca de la validez de **Y** debería pues comenzar por una argumentación fáctica de la existencia de las acciones descritas; continuar con un argumento acerca de las convenciones superficiales y profundas que regulan estas acciones; y acabar señalando la conexión, en el nivel de la convención más profunda relativa al principio de legalidad tributaria, con **RL**. Esta argumentación será además comprensible y por lo mismo compatible con la exigencia de inteligibilidad dinámica del *Rule of Law*, en la medida en que el público relevante —las partes del caso, la comunidad jurídica, como mínimo—, comparta con **X2** el criterio de identificación

de las acciones que responden a **RL**; el criterio de inferencia de reglas superficiales y profundas a partir de estas acciones; y el criterio de conexión entre **RL**, y las reglas profundas y superficiales.

## 5. OBJECCIÓN 1: LAS RAZONES NO SE MANIFIESTAN EN LA ACCIÓN

La secuencia epistémica descrita por MARMOR presenta una serie de dificultades que, en su conjunto, se originan en un análisis deficiente de la naturaleza y la extensión del «conocimiento compartido», que torna viable tanto la individuación/compreensión de las acciones convencionales, como la argumentación de esta comprensión.

El primer déficit de la secuencia cognitiva descrita es la falta de sustento de la elección de un conjunto de acciones, y no otras, como fuente primera, inicial, de la cadena de inferencias que van desde la identificación de la convención superficial **Y**, hasta **RL**. En efecto, **X2** eligió la acción de los ciudadanos que ajustaron su conducta a las sucesivas normas **Y**. Sin embargo, ¿no podría acaso haber elegido las omisiones de pagar, suponiendo que estas omisiones se pudieran comprobar de algún modo? Eligió asimismo la motivación expresada en los sucesivos decretos **Y**, ¿pero era esta motivación compartida por todo el espectro de la comunidad política del tiempo en que se promulgaron estos decretos?

**X2** no ofrece razones para fijar los límites de la comunidad jurídica y para justificar quiénes dentro de esta comunidad tienen el poder de fijar la extensión del poder legislativo en materia impositiva. **X2** no explica cuáles qué acciones y de qué parte de la comunidad hay que imitar: ¿La ciudadanía, la comunidad judicial, los legisladores? ¿Qué parte dentro de cada grupo, en los —indefectiblemente mayoritarios— casos en los que no hay uniformidad?

El segundo problema es la inferencia de reglas convencionales profundas a partir de las acciones moldeadas por **Y** —discrecionalmente—, seleccionadas como relevantes para identificar a las FS1. La inferencia de las convenciones profundas a partir de las convenciones superficiales es difícilmente defendible a la luz de la arbitrariedad como nota definitoria del contenido de las convenciones. Cabe volver sobre la insistencia de MARMOR en que las acciones que conforman las prácticas convencionales no se ajustan en su forma ni al contenido de las reglas convencionales profundas ni, mucho menos, a las razones subyacentes que explican la existencia de la práctica en su conjunto. Solo en el nivel de las convenciones superficiales emerge la forma de la acción y, *viceversa*, la acción solo revela/muestra/manifiesta las reglas que le dan forma, esto es, las reglas convencionales superficiales. Si esto es así, lo primero que cabe apuntar es que las acciones no revelan ni pueden revelar el contenido de las reglas convencionales profundas ni el contenido de las razones subyacentes —que vale insistir—, se limitan a motivar la acción sin determinar su forma.

En este orden de ideas, **X2** podría identificar, como mucho, la convergencia en la acción de un conjunto de jueces de formular enunciados del tipo «todo ciudadano tiene la obligación de pagar el impuesto a la renta, según lo establecido en **Y**», o de formular mandatos del tipo «el ciudadano X debe pagar \$\$\$ en concepto de impuesto a la renta». O bien, identificar la convergencia en la acción de un conjunto amplio de

ciudadanos de dirigirse a las oficinas públicas para pagar el impuesto a la renta en una época del año y en las oficinas públicas señaladas en **Y**.

Ahora bien, de la nuda convergencia de los ciudadanos en el hecho de pagar, y de la nuda convergencia de los jueces en el hecho de formular este tipo de enunciados, podría a lo sumo derivarse, según lo dicho hasta aquí, la convergencia en la acción de validar **Y** como FS1 superficial. No puede en cambio derivarse la existencia de una convergencia en torno a la convención profunda consistente en atribuir al parlamento el poder primario de dictar normas impositivas, y delegar en el poder ejecutivo la determinación de aspectos no esenciales de la obligación tributaria. Ello es así, porque el contenido de la convención superficial que otorga validez a **Y** carece —dada su intrínseca arbitrariedad— de relación sustantiva con el contenido de la convención profunda que atribuye al parlamento —y no al poder ejecutivo— la facultad de dictar normas impositivas.

Podría contraargumentarse que, precisamente porque las acciones revelan el contenido de las convenciones superficiales, revelan —aunque sea de modo opaco— el contenido de las convenciones profundas y de las razones subyacentes. Sin embargo, MARMOR es muy insistente en señalar que no solo la conexión entre convenciones profundas y razones subyacentes es arbitraria, sino también la relación entre convenciones profundas y convenciones superficiales. Las convenciones superficiales son tan arbitrarias en su contenido respecto de las convenciones profundas, como lo son estas respecto de las razones compartidas subyacentes (65). Desde esta perspectiva, parecería que existe un corte epistémico insalvable —un abismo— entre el objeto o contenido de las reglas convencionales superficiales y las reglas convencionales profundas. En efecto, dice MARMOR que solo en el nivel de las convenciones profundas puede reconocerse *en la mayoría de los casos, pero no siempre*, una conexión sustantiva real con las razones para actuar.

Este corte conduce de forma directa al tercer, y más notorio, problema: no está justificada la identificación de la práctica en su conjunto como una práctica que responde a la razón **RL**. En el esquema de MARMOR **RL** se limita a motivar la creación y la obediencia de la convención superficial **Y**. Pero motivar no es dar forma. Motivar es, en todo caso, y a lo sumo, impulsar. En cuanto meramente «impulsora», la razón es incapaz de dar cuenta de la forma y del contenido **Y**. Es cierto que MARMOR suaviza, por así decirlo, el nivel de arbitrariedad de las convenciones superficiales, al presentarlas como concreciones posibles de las convenciones profundas y vincular el contenido sustantivo —y no meramente la motivación— de las convenciones profundas con las razones para la acción. De esta forma, por intermedio de las convenciones profundas, las convenciones superficiales participarían pues de una relación sustantiva con las razones para la acción. No obstante, MARMOR es muy claro en excluir toda conexión sustantiva indirecta con las razones subyacentes del proceso de cognitivo de identificación de las convenciones superficiales. Recordemos que la manera de ser justos es hacer/copiar lo que hacen quienes comparten la motivación **RL**.

Si **X2** no puede inferir a partir de la aceptación de **Y** la convención menos superficial de validar **Z**, ni la convención profunda de validar como FS1 el principio de legalidad tributaria; entonces el camino desde **Y** hasta **RL** se habrá cortado de forma definitiva. Como mucho, **X2** podrá *crear* en la sinceridad de los pocos agentes —ciu-



dadanos, jueces, autores de los decretos **Y**— que manifiestan los motivos de sus acciones; y además habrá de confiar en que el discurso de estos agentes es suficientemente comprensible como para no ofrecer espacio alguno para la creatividad interpretativa. En el caso de los jueces, habrá que creer en la afirmación de los (contados) jueces que expresan sus motivos para aplicar **Y**, y confiar también en que esta expresión de motivos es compartida por el conjunto de actores cuya acción convergente es relevante para crear las FS1 en su sistema jurídico.

La falta de inteligibilidad de la conexión entre las acciones y las razones no genera solo un problema argumentativo. Genera también un problema existencial para la práctica en su conjunto: pone en cuestión la existencia misma de una práctica común, ya que las prácticas se distinguen unas de otras no solo (ni tanto) por las reglas que las conforman, sino también por la razón que las arroja al mundo. Si no es posible afirmar la existencia de una conexión motivacional generalizada —indirecta, pero real— entre las reglas convencionales superficiales y una razón subyacente compartida («hacer justicia» o bien «coordinar autoritativamente la conducta») entonces, aún si pudiéramos identificar el contenido de las reglas, no podríamos asegurar que son reglas jurídicas.

## 6. OBJECCIÓN 2: LAS REGLAS ARBITRARIAS NO SE MANIFIESTAN EN LA ACCIÓN

La arbitrariedad del contenido substantivo de las convenciones superficiales respecto del contenido de las convenciones profundas y de las razones subyacentes condujo a la conclusión de que solo en el nivel de las convenciones superficiales se imprime la forma de la acción y, *viceversa*, la acción solo puede revelar/mostrar/manifiesta las reglas que le dan forma, esto es, las reglas convencionales superficiales. Continuando ahora un poco más, cabe poner también en cuestión este último nivel de transparencia: ¿Es cierto que una regla puramente convencional —arbitraria— puede revelarse en las acciones a las que, en principio, les da forma? A la inversa, ¿qué hay en las acciones que permita a un observador externo, inferir la existencia de la regla superficial *arbitraria* que les dio forma, e individualizar así la naturaleza/el tipo de la acción como «acción de pagar», o «acción de cumplir una norma jurídica», o «acción de aprobar una delegación legislativa como FS1»?

Volviendo sobre el ejemplo del decreto reglamentario **Y**: ¿Qué es exactamente lo que nos permite inducir —o más bien abducir— lo siguiente?:

a) ¿Que un conjunto de ciudadanos dirigiéndose los 15 y 16 de junio a las oficinas públicas es un conjunto de personas «pagando el impuesto a la renta»?

b) ¿Que un conjunto de ciudadanos pagando el impuesto a la renta en las oficinas y días señalados en **Y**, es un conjunto de personas que conoce la existencia de **Y**, y actúa motivada por «cumplir con las obligaciones estatuidas en **Y**»?

c) ¿Que un conjunto de ciudadanos cumpliendo con las obligaciones estatuidas en **Y**, es un conjunto de personas otorgando validez a la norma **Z**, que delegó en el órgano ejecutivo el poder de crear **Y**?

Suponiendo que la motivación **RL** «cumplir con el derecho vigente» se manifestara en la acción de un conjunto relevante de agentes —lo cual ha quedado descartado

en el epígrafe anterior—, *¿qué parte de lo que hacen quienes obran con esta motivación es la que debemos imitar?* La respuesta de MARMOR es «observando». Observando llegamos a la conclusión de que, entre muchas otras cosas, la gente que quiere obedecer el derecho paga los impuestos a fin de mes.

Ahora bien, retrocedamos nuevamente y preguntémosnos: ¿Qué parte de la manifestación exterior de las acciones convergentes es lo suficientemente reveladora del tipo de acción «pagar», y más precisamente, «pagar impuestos a fin de mes»? ¿Cómo podemos saber que la interpretación más probable que cabe inferir a partir de un conjunto de personas haciendo fila en una oficina pública en determinados días del mes es la de «pagar impuestos»? ¿No podríamos, en cambio, inferir que durante determinados días del mes la gente se junta para conversar alrededor de locales que llevan el emblema propio de las oficinas públicas? ¿O bien que durante los mismos días del mes la gente se junta para estirar el brazo en la ventanilla, y entregar billetes a un sujeto? ¿Hay acaso algo en la manifestación exterior de las acciones que sustente mejor una conclusión que otra?

Si la nuda observación de la manifestación exterior del obrar no es suficiente para inferir el tipo «pagar impuestos», es porque hay algo en el tipo que no se construye de forma arbitraria con el mero hacer social físicamente considerado. A fuerza de ser reiterativos, es preciso insistir, parafraseando a Hillary PUTNAM, que el juicio, esto es, el uso de los conceptos, «nunca es inocente»<sup>27</sup>. Lo cual en este caso es tanto como decir: el concepto o tipo de acción que el observador identifica/individualiza en el actuar social no brota de la nuda observación, sino que, al menos en alguna medida, es *previo* a la observación. Está, tanto en el obrar de la gente como en la inteligencia del observador. Más concretamente, en la «información pragmática» o «el conocimiento compartido previo» con la cual todo intérprete se aproxima a los hechos que pretende comprender. En caso contrario, el observador carecería de todo criterio para unificar los infinitos modos posibles de actualizar la acción de pagar impuestos; y discernir los aspectos de la acción convergente que son accidentales —la ropa que lleva puesta la gente, los temas sobre los cuales conversan, el sitio en que está localizada la oficina, etc.— de los aspectos que son esenciales en el tipo —entregar dinero en cantidades determinadas, a quién autoridad para recibirlo, en determinados plazos, etcétera—.

## 7. RI1: LAS ACCIONES SOLO PUEDEN REVELAR LAS ELECCIONES QUE LES DAN FORMA

Las objeciones planteadas a la propuesta de MARMOR acerca de la inteligibilidad o «comprensión» de las acciones que forman parte de una práctica social y, en particular, acerca de la inteligibilidad de la acción de crear/modificar/extinguir derecho (FS1), pueden hasta este punto resumirse en lo siguiente: (1) las acciones no pueden revelar las reglas y las razones que las impulsan, pero no les «dan forma»; (2) las acciones no pueden revelar reglas absolutamente arbitrarias; (3) si las razones subyacentes no dan forma a las acciones, no puede afirmarse que todos los participantes están realizando el

<sup>27</sup> H. PUTNAM y V. WALSH, 2007: 184-185.

mismo tipo de acción, aun cuando desde un punto de vista exterior pueda reconocerse algún grado de convergencia o uniformidad.

La contracara de la primera objeción es la siguiente regla lógica de inteligibilidad de las acciones (RI1):

«A mayor influencia sustantiva de las reglas y razones subyacentes sobre las acciones, mayor es la capacidad de las acciones de revelar estas reglas y razones. *Viceversa*, a menor relación sustantiva entre conductas, razones y reglas, mayor es la opacidad de las acciones respecto de las reglas y razones que, al menos presuntivamente, las motivan —pero no les imprimen su forma—».

Como hace algún tiempo argumentó ANSCOMBE contra HUME, si las acciones son capaces de revelar algún tipo de regla son, precisamente, las reglas que les dan forma, en conjunción con las razones que justifican a las reglas. Si somos capaces de abstraer la regla según la cual «se debe saludar al entrar a una casa» es porque somos capaces de advertir un factor común —«un *logos*»— a los múltiples y diversos modos físicos —exteriores— de saludar<sup>28</sup>. Sin ahondar aún en qué pueda consistir este factor común o *logos*, cabe sí especificar algo más el sentido de la expresión «dar forma a una acción» en (RI1).

Tal como apuntó insistentemente Verónica RODRÍGUEZ BLANCO, tanto la filosofía analítica actual de la que MARMOR es tributario, como la filosofía no positivista en la que cabe incluir a Ronald DWORKIN, ha asumido acriticamente la teoría «dualista» de la acción esbozada de forma emblemática por DAVIDSON<sup>29</sup>. Según esta teoría, la acción posee una estructura dual de motivo interior + acción exterior, al cual se le aplican las categorías físicas de causa-efecto. Entre el motivo y la acción habría una relación de sucesión: a un cierto tipo o clase de motivo (la creencia en un resultado beneficioso, o la creencia en un deber, según los casos) le *sucede* normalmente como efecto un cierto tipo de acción. Los criterios de inteligibilidad de la acción humana no difieren en este esquema, pues, de los criterios de inteligibilidad que son aplicables a cualquier otro fenómeno físico. Se trata de identificar fenómenos que suceden regularmente a otros fenómenos que les preceden en el tiempo. En este caso, se trata de identificar la regularidad con la cual un tipo de acción le sucede/sigue a la aparición de un determinado motivo. Ahora bien, entre el motivo (la causa) y la acción (el efecto) no hay una relación de causalidad formal, sino, a lo sumo (HUME negaría también esto), una causalidad meramente material. El motivo, por así decirlo, se limitaría a «lanzar» al mundo la acción, sin imprimirle una forma específica<sup>30</sup>.

Frente a esta concepción dualista, la concepción que aquí denominamos «unitaria», desarrollada fundamentalmente a partir de los trabajos de Tomás DE AQUINO, sostiene que si bien toda acción humana es analizable desde dos dimensiones, una interior y otra exterior, en el plano existencial toda acción es una unidad. El (¿mal llamado?) «acto exterior» no sería otra cosa que la *manifestación* exterior de un acto existencial único, cuya forma le viene dada por el (¿mal llamado también?) «acto interior». En su dimensión interior, la acción es una síntesis de juicios cognitivos y de actos de la volun-

<sup>28</sup> G. E. M. ANSCOMBE, «Rules, Rights and Promises», *Midwest Studies in Philosophy*, 1978: 321.

<sup>29</sup> *Vid.* V. RODRÍGUEZ-BLANCO, 2014: cap. 2; V. RODRÍGUEZ-BLANCO y P. ZAMBRANO, 2018: 24 y ss.

<sup>30</sup> *Vid.* D. DAVIDSON, 1963: 691 y ss.

tad que concluyen en la elección de un modo inteligible de realizar alguna dimensión de un bien humano básico<sup>31</sup>.

El objeto de la elección *aquello que se elige hacer* es el elemento que informa a las acciones determinando su tipo, especie o naturaleza. Desde el punto de vista de la identidad de las prácticas sociales, esta conclusión supone coincidir con MARMOR en que las prácticas sociales están compuestas por el conjunto de acciones que se realizan como respuesta a la razón que justifica la existencia de una práctica social en su conjunto. Por mucho que una conducta se ajuste, desde una mirada externa, a las reglas que constituyen una práctica, la conformidad externa con las reglas no es suficiente para afirmar que tales acciones forman genuinamente parte de la práctica. Desde el punto de vista de la naturaleza de la respuesta del participante a las razones que justifican la práctica, diferimos con MARMOR en el siguiente sentido: una razón que motiva o impulsa a obrar, pero que no imprime su contenido en la elección del agente, no tipifica la acción del agente. Contrariamente, puede decirse que una acción «es participar» de una práctica únicamente cuando las razones que justifican a la práctica están, en alguna medida, contenidas en la elección del agente.

## 8. RI2: LAS ACCIONES SOLO PUEDEN REVELAR ELECCIONES (Y REGLAS) RACIONALES

El objeto de la elección es lo que determina la especie/tipo de las acciones. Puede decirse que un sujeto «va al cine», si «elige ir al cine». De otro modo, aunque se dirija en esa dirección e incluso entre en el recinto del cine, no diríamos que el sujeto «va al cine», sino que «fue llevado al cine», o bien que se perdió yendo al teatro. Ahora bien, ¿qué es exactamente lo que constituye a la acción «ir al cine» en un tipo de acción inteligible —y por ello mismo elegible— tanto para el propio agente como para terceros?

En una visión unitaria de la acción, las razones subyacentes son la fuente última de inteligibilidad de las elecciones, tanto para el propio agente como para el observador externo. Lo que tiene de inteligible (y apetecible) la elección (de la acción) «ir al cine» es la capacidad de este tipo de acción de realizar alguna —o más de una— dimensión de una capacidad humana (conocer/contemplar; la amistad/trabajar/descansar del trabajo, etc.), que —ante la inteligencia del agente— se presenta como «razón» para la acción (de ir al cine). Toda acción pone en acto (instancia) una razón para la acción, y es esta posibilidad de «instanciación» lo que, en primer lugar, torna inteligible a la

<sup>31</sup> AQUINO describe de forma completamente original la estructura de la acción voluntaria en las cuestiones 6-18 de la I-II, *Suma Teológica*. La unidad entre la dimensión exterior e interior de la acción aparece especialmente en *id.*, I-II, q. 18 a 6, y q. 20. Interpretando en este punto a AQUINO, cfr. J. FINNIS, 1992: 65-60; e interpretando a ARISTÓTELES, J. FINNIS, 1983: 33. También en la tradición tomista, RHONHEIMER explica que la especie de las acciones se determina en la elección o «intención básica», y que esta recae sobre un tipo básico de acción en M. RHONHEIMER, 2000: 44-53; y M. RHONHEIMER y W. F. MURPHY (eds.), 2008: 41. El concepto de «descripción —exterior— de la acción» como objeto de la elección es propio de Elisabeth ANSCOMBE, en G. E. M. ANSCOMBE, 1963: 7. GÓMEZ LOBO señala que la «elección» recae sobre un «tipo de acción», que a su vez se identifica como la intención principal e inmediata del agente («*the main immediate goal*»), en A. GÓMEZ LOBO, 2002: 52. GRISEZ argumenta que el objeto de la elección es inteligible si y solo si constituye un caso concreto —una instancia— de una dimensión de la realización integral de la persona, esto es, de un bien humano básico. *Vid.* G. GRISEZ, 1965: 184.

acción, imprimiéndole su tipo o naturaleza. La «instanciación» de las razones es el criterio con el cual ponemos nombre a las acciones y, por lo mismo, las conocemos. Segundo, la instanciación de capacidades/razones es lo que, al mismo tiempo, torna apetecible y por lo mismo elegible una acción, tanto desde el punto de vista del agente como desde el punto de vista del observador<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva, se reafirma en primer lugar que el objeto de la elección es lo que determina a las acciones en su tipo. Segundo, se reafirma también que solamente aquellas acciones que materializan la elección de una forma posible (entre otras) de realizar una razón (capacidad o bien), pueden genuinamente tipificarse como realización de *esa* razón. Tercero, y más importante para el objeto en estudio, cabe concluir que las reglas sustantivamente desconectadas de las razones —arbitrarias— no solamente son incapaces de movilizar o motivar a actuar, sino que además —y antes— son ininteligibles en sí mismas, por lo que no pueden ser objeto de elección. Finalmente, si las reglas no pueden ser elegidas tampoco puede afirmarse que tipifiquen las acciones ni, menos aún, que las acciones puedan mostrar/revelar/reflejar un conjunto de reglas que no las informan.

Estamos, pues, en condiciones de complementar la regla de proporcionalidad (RI1) que hemos propuesto en el acápite anterior («a mayor relación formal entre reglas y acciones, mayor es la capacidad de las acciones para revelar las reglas»); con una segunda regla de proporcionalidad epistémica (RI2): «A mayor inteligibilidad —racionalidad— de las elecciones que como cuestión de hecho informan las acciones, mayor objetividad del juicio de individuación del tipo o naturaleza de acción de terceros». Cuando la elección del agente es, tal como ocurre en el derecho, ajustar la conducta a una regla convencional —a una FS1 o a una FS2—, RI2 podría reformularse en el siguiente sentido: «A mayor inteligibilidad —racionalidad— de las reglas convencionales (FS1 o FS2) que como cuestión de hecho informan las acciones de los agentes de una práctica social, mayor capacidad de las acciones de revelar las reglas, y mayor la objetividad del juicio de individuación del tipo o naturaleza de las acciones».

La inteligibilidad/racionalidad de las reglas no debe confundirse con su razonabilidad o mérito moral. Una regla práctica es inteligible cuando el tipo de acción imperado por la misma es un caso/instancia/dimensión de un bien humano inteligible. Comprendemos el sentido de la acción «pagar» porque vemos la conexión inteligible que existe entre el tipo «pagar» y el bien humano básico de la justicia y, más ampliamente, de la concordia o amistad. Comprendemos el sentido de la acción «matar» por su contraposición con el bien vida. Para que la regla sea, además de racional o inteligible *razonable*, es preciso que la acción imperada por la práctica social en cuestión no solo realice alguna dimensión de un bien humano inteligible, sino que además sea compatible con una realización integral de la persona<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> *Vid.*, entre otros, G. GRISEZ, 1965: 184; G. GRISEZ, J. BOYLE y J. FINNIS, 1987: 101; A. GÓMEZ LOBO, 2002: 52; J. FINNIS, 2011: 31 y ss.; 1998: 86-89.

<sup>33</sup> GÓMEZ LOBO recoge de algún modo esta distinción al distinguir entre la prudencia «pre-moral», que se limita a asegurar que las acciones realicen los bienes/fines que constituyen su intención básica; y la prudencia «moral», que se añade a la anterior y se aplica a guiar las acciones hacia una realización integral de la persona, en A. GÓMEZ LOBO, 2002: 44. *Vid.* asimismo J. FINNIS, 2011: 126.

No hace falta sin embargo tanto para captar el sentido de las reglas convencionales que forma parte del Derecho. De lo contrario, las reglas intrínsecamente injustas serían ininteligibles, lo que contradice el sentido común. Basta, en cambio, con la exigencia axiológica —pero no aún moral— de que la regla social en cuestión impere realizar un tipo de acción que, en algún modo, realiza una dimensión de un fin, valor o bien reconocible como bien (como apetecible) para todo hombre que tenga uso de razón<sup>34</sup>.

Recapitulando, podemos decir que nosotros mismos participamos del Derecho e identificar las acciones mediante las cuales otros participan del Derecho, cuando la acción está informada —y no meramente motivada— por las razones que justifican al Derecho (RI1). O bien, lo que es lo mismo, cuando la acción plasma la elección «cumplir las reglas que realizan el fin del Derecho».

La elección de participar en el Derecho se puede manifestar en la acción, a su vez, solo si las reglas jurídicas en cuestión imperan realizar tipos de acciones que *de un modo inteligible* realizan los fines/razones intrínsecamente inteligibles del Derecho (RI2). En virtud de (RI1) y RI2), cabe concluir que:

a) A mayor desconexión entre acciones y razones subyacentes, menor es la capacidad de las acciones para revelar las reglas que las informan y el tipo de práctica social a la cual se ajustan.

b) A mayor arbitrariedad en la construcción de las reglas que conforman una práctica social y que dan forma a las acciones sociales convergentes, menor es la capacidad de estas acciones para revelar las reglas que las informan.

c) Solo puede afirmarse que hay convergencia social en un mismo tipo de acción —y por lo mismo en una misma práctica—, cuando un conjunto de personas no solo actúa motivada (atraída/impulsada), sino también *informada* por el mismo conjunto de reglas y razones (elige las razones de la práctica, mediante la elección de las reglas que —de un modo inteligible— instancian estas razones).

d) *Ergo*, no hay convergencia social posible en torno a tipos de acción cuya forma es absolutamente arbitraria respecto de las razones que las motivan.

## 9. LA INTELIGIBILIDAD DE LAS ACCIONES CONVENCIONALES: RACIONALIDAD COMO ADECUACIÓN

De las conclusiones enunciadas podría deducirse que el Derecho —como cualquier otra práctica social— solo es inteligible en la parte no-convencional. Esto es, usando la terminología de AQUINO, en la parte en que se limita a «concluir», reproducir/incorporar valores humanos básicos, tipos de acción dados, y normas morales intrínsecamente inteligibles, no convencionales. Esta conclusión, claro está, contradice

<sup>34</sup> Hemos argumentado más ampliamente la distinción entre inteligibilidad y razonabilidad del Derecho en P. ZAMBRANO, 2016: 58-60. Desde otra perspectiva, Juan CIANCIARDO ha incorporado también esta distinción entre racionalidad y razonabilidad, argumentando contra ALEXEY que una norma que no garantiza una realización plena del contenido esencial de los derechos puede ser adecuada, necesaria y proporcionada —lo que aquí entraría bajo el concepto de «racional»—. Sin embargo, no será, además de racional, *razonable*, si no garantiza el contenido esencial de los derechos en juego. *Vid.* J. CIANCIARDO, 2016: 107-125.



la experiencia universal de la enorme —mayoritaria— dosis de convencionalidad que posee toda práctica social, y toda práctica jurídica. Conviene pues precisar el sentido en que la «arbitrariedad de las reglas jurídicas» se opone a su inteligibilidad. En primer lugar, es necesario aclarar que la relación entre arbitrariedad e inteligibilidad es de grado, y no en cambio a «todo o nada». En este orden de ideas, la arbitrariedad se contrapone irremediamente a la inteligibilidad de las FS1, y de las reglas que las tipifican, cuando se la comprende como desconexión completa con las razones subyacentes a la práctica. Cuando en cambio se define a la arbitrariedad como la elección de uno, entre diferentes modos posibles de realizar las razones subyacentes, el grado de inteligibilidad es directamente proporcional a su racionalidad. Dicho en otras palabras, a mayor racionalidad de la elección de un modo (entre otros) de realizar las razones subyacentes, mayor inteligibilidad.

La racionalidad como adecuación entre acciones, reglas y razones básicas para la acción constituye, en fin, una condición necesaria de la inteligibilidad de toda acción individual, de toda práctica social, y consecuentemente también, una condición de posibilidad del principio de inteligibilidad de las reglas convencionales, según el cual «las acciones son el espejo de las reglas».

MARMOR es más bien ambiguo en la definición de la arbitrariedad de las convenciones, quizá porque sea consciente de la dificultad para conciliar arbitrariedad e inteligibilidad. En efecto, hemos visto que explica las convenciones profundas como modos *que tienden a* realizar de modo verdadero las razones subyacentes, lo que implica que acepta, al menos accidentalmente, que existan convenciones profundas que no realicen en forma alguna las razones. Asimismo, respecto de las convenciones superficiales el nivel de arbitrariedad se agudiza, hasta el punto de que lo que motiva a la gente a acogerlas no es su vínculo sustantivo con las razones profundas, sino el mero hecho de su existencia.

Ahora bien, si RI1 y RI2 son ciertas, MARMOR debería resolver esta ambigüedad en el sentido señalado: exigiendo, cuanto menos, algún tipo de relación sustantiva de adecuación entre las reglas convencionales superficiales y profundas, por un lado, y las razones del Derecho por otro. Si además pretendiera no solo una inteligibilidad mínima, sino la máxima inteligibilidad posible de las acciones que conforman las FS1 y las reglas jurídicas que las tipifican e informan, habrá de exigir un criterio racional de elección de uno entre otros modos adecuados para realizar las razones últimas del Derecho.

## 10. LA «RACIONALIDAD COMPARTIDA» COMO CONDICIÓN DE LAS PRÁCTICAS SOCIALES

Precisamente porque hablamos de una práctica social, el criterio de racionalidad debe ser compartido por todos los participantes. Dicho de otra forma, todos los participantes de la práctica deben compartir un mismo criterio de «razones del Derecho»; un mismo criterio de «tipos básicos de acción» que instancian estas razones, y un mismo criterio de adecuación entre estos tipos básicos de acciones y razones. Si así no fuera, volveríamos al problema de la apariencia de convergencia: aunque haya mucha

gente obrando de forma convergente ante una mirada exterior, no estarían genuinamente «haciendo lo mismo».

Volvamos al ejemplo de los ciudadanos haciendo fila los 15 y 16 de junio frente a las oficinas públicas señaladas en la norma **Y**. Si **X2** puede válidamente concluir que los ciudadanos están «pagando impuestos y validando tanto la norma legislativa **Z**, que delegó en el poder ejecutivo la fijación de sitios y fechas para pagar el impuesto a la renta; como los sucesivos decretos **Y**», no es simplemente porque observó gente dirigiéndose a las oficinas indicadas en **Y** cada 15 y 16 de junio a entregar dinero a otra gente. En efecto, en la observación de este fenómeno entran datos claramente accidentales para la validez de la afirmación de que «la gente cumple con **Y** y, cumpliendo con **Y**, valida **Z**»; tales como el color de la ropa que usa, su estatura, las cantidades variadas que entregan unos a otros, etc. ¿Cómo es, pues, posible para **X2** distinguir en, dentro de las convenciones, entre aquello que, siendo arbitrario respecto de **RL**, conforma el tipo de acción «validar **Z**, y con **Z** validar **Y**; y aquello que, también siendo arbitrario respecto de **RL**, no conforma este tipo de acción? ¿Qué hace posible la distinción —normalmente espontánea y, no pocas veces, inconsciente— entre lo accidental y lo arbitrario en el juicio de identificación de una acción jurídica *qua* acción jurídica?

La identificación de que las oficinas públicas son recaudatorias de impuestos y que la gente obedece lo establecido en **Y** es, en realidad, una síntesis, *tanto* de la observación de la gente dirigiéndose a las oficinas, *como* del conjunto de «pre-conceptos» y «pre-juicios» que conforman la «información pragmática», bajo cuya perspectiva **X2** distingue con fundamento entre los elementos esenciales y los elementos accidentales de la acción observada, e individualiza/identifica de modo válido su tipo. Sin pretensiones de agotar el contenido necesario y suficiente de esta información pragmática, cabe sí apuntar que, cuando se trata de identificar las acciones que componen una práctica social colectiva, entre los pre-conceptos del intérprete se incluyen de forma necesaria —aunque quizá no suficiente—: *a*) un concepto de fines/razones últimos de la práctica, y *b*) una tipología dada —no construida— de acciones que actualizan (u obstaculizan) estos fines comunes, tales como «pagar», «obedecer» (y sus contrarios). Entre los pre-juicios de la información pragmática, se incluye la afirmación de un vínculo de adecuación racional-objetivo-inteligible entre la razón o fin último *común* de la práctica, y la tipología básica acciones que la «instancian» o ponen en práctica.

Es esta información pragmática, y en particular el juicio de adecuación, lo que permite en primer lugar individualizar la naturaleza/el tipo de las acciones de terceros a partir de su dimensión exterior, distinguiendo entre lo meramente accidental —que no forma parte del tipo— y lo convencional —que sí forma parte del tipo—. En efecto, si **X2** concluye que los ciudadanos haciendo fila en las oficinas públicas recaudatorias de impuestos es gente «pagando el impuesto a la renta, según lo establecido en **Y**»; es porque observa el «fenómeno» de la aglomeración bajo el prisma del concepto «pagar»; y observa bajo este prisma y no otro —como mostrar la vestimenta, charlar, esperar—, porque comprende que «pagar» es una de las formas *adecuadas* —aunque no necesariamente razonable— para realizar alguno de los bienes/razones intrínsecos a la práctica, como la seguridad, la justicia, la amistad, la coordinación social, etcétera.

Precisamente porque constituye una parte esencial del criterio de individuación de las acciones, esta información pragmática subyacente y compartida permite salvar

también las deficiencias señaladas respecto de la cadena de inferencias propuestas por MARMOR, desde la observación de las acciones, hasta **RL**. En primer lugar, porque **X2** observa una adecuación entre **RL** y las acciones de los ciudadanos que pagan tal como se indica en **Y**; las sentencias de los jueces que aplican **Y**; las motivaciones expresadas en los sucesivos decretos **Y**, etc., puede concluir que estas acciones, y no otras, son las acciones relevantes para inferir las **FS1** vigentes en su práctica jurídica. Segundo, porque **X2** identifica un vínculo de adecuación entre **Y**, **Z**, y el principio de legalidad; puede concluir que la acción consistente en obedecer **Y** o, en el caso de los jueces, aplicar **Y**; es al mismo tiempo la acción de validar **Z** y la acción de validar el principio de legalidad tributaria. Tercero, porque **X2** identifica un vínculo de adecuación entre **Y**, **Z** y **RL** puede identificar a la práctica en su conjunto, como la práctica de «respetar **RL**». Finalmente, porque comprende a **RL** como un valor o bien intrínsecamente inteligible, o bien como una forma adecuada/eficiente de realizar un valor intrínsecamente inteligible —por ejemplo la seguridad jurídica—; puede entonces identificar a **RL**.

## 11. CONCLUSIÓN: *RULE OF LAW*, CONVENCIONALIDAD, RACIONALIDAD E INTELIGIBILIDAD DE LAS FS1

Volviendo ahora a la inteligibilidad de las FS1, esto es, los hechos productores/modificadores/extintores del derecho, todo lo dicho se resume en lo siguiente: las FS1 son públicamente inteligibles solamente en aquellas prácticas jurídicas en las cuales todos los agentes «relevantes» para producirlas, validarlas o expulsarlas del sistema —jueces, legisladores, ciudadanos, administradores, etc.— comparten aquella «información pragmática» mínima. Sin este núcleo de consenso o conocimiento compartido, se torna inviable la pretensión del *Rule of Law* de que toda acción de gobierno se «funde en Derecho» de modo inteligible porque, antes, es inviable la pretensión de inteligibilidad del juicio de individualización de las FS1, y de las reglas que especifican a estas acciones en su tipo<sup>35</sup>.

Gran parte de la desorientación en la que se encuentran inmersas nuestras prácticas jurídicas contemporáneas en buena medida se explica por el resquebrajamiento de esta información pragmática compartida. Los debates sobre la naturaleza vinculante o meramente recomendatoria para los tribunales nacionales de las observaciones y recomendaciones de los organismos internacionales no-jurisdiccionales de derechos humanos; los debates acerca del rol meramente orientativo o vinculante del denominado «derecho constitucional común»; los debates sobre la naturaleza jurídica o meramente orientativa del «*soft law*», etc., pueden todos re-definirse como debates acerca de la identificación de las FS1 en los sistemas constitucionales y convencionales (esto es, en los sistemas constitucionales integrados al sistema internacional de derechos humanos)<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> En una línea semejante, Fabio PULIDO advierte que tanto la clasificación de los precedentes judiciales como FS1 dentro de un determinado sistema jurídico; como su uso a modo de FS2 para resolver casos concretos, se sustentan en última instancia en las «razones que justifican la implementación de la regla del precedente en cada ordenamiento jurídico», F. PULIDO, 2018: 324.

<sup>36</sup> Sobre el efecto de estos debates en las prácticas constitucionales actuales *vid.* J. CIANCIARDO, 2013: 267-287.

Son debates que manifiestan un desacuerdo de fondo, no siempre explícito, acerca del contenido de la información pragmática que se asume en todo debate jurídico, pero que rara vez se discute. Más concretamente, estos debates manifiestan un desacuerdo de fondo acerca de cuáles son los fines del Derecho internacional de los derechos humanos; cuáles son las FS1 de este sistema y del derecho constitucional, y cuál es la relación de adecuación mínima entre las FS1 y los fines. El problema real no es tanto que este desacuerdo exista, como su negación o, peor aún, un intento de solución que va en la dirección exactamente opuesta a la indicada.

La negación del problema aparece en toda pretensión de identificar las FS1 en la misma línea de MARMOR, esto es, apelando al «uso», como si fuera posible identificar las acciones creadoras de Derecho y las reglas que les dan forma, del mismo modo en que se identifica el acaecimiento de un fenómeno empírico. Esta teoría epistémica de la acción —que no es sino una aplicación de la teoría de WITTGENSTEIN de que la observación del juego es necesaria y suficiente para aprender sus reglas— ha desbordado el plano de la filosofía del lenguaje y de la acción, y ha sido incorporada a la filosofía jurídica y a las prácticas jurídicas contemporáneas, tanto a nivel judicial como a nivel iusfilosófico y dogmático. Por decirlo de otro modo, se ha extendido el «subdogma» del convencionalismo jurídico, de que la identificación del conjunto de fuentes sociales válidas y vigentes en cada práctica jurídica (FS1 y FS2) emana de forma exclusiva y excluyente de la «observación» de su uso por parte de las autoridades relevantes.

El uso tendría, en este orden de ideas, no solo un poder epistémico, sino también existencial. Desde un punto de vista epistémico, el uso permitiría identificar tanto el conjunto de acciones creadoras/modificadoras y extintoras del Derecho (FS1), como el conjunto de criterios axiológicos válidos y vigentes para tomar decisiones judiciales (FS2). El uso sería el espejo de las fuentes. Del poder epistémico de las acciones se pasa sin solución de continuidad a la afirmación de su poder existencial: si el único fundamento para afirmar la vigencia de una regla es su uso, el uso de las FS2 las crea y/o las mantiene en existencia, mientras que la falta de uso las expulsa del sistema. Se comprende entonces que al *hecho del uso* le sea aplicable en sentido estricto el nombre de «fuente» del Derecho.

John GARDNER y Dennis PATTERSON son algunos de los muchos ejemplos que se podrían ofrecer para mostrar la generalización de este dogma en el plano de la filosofía jurídica, además de MARMOR<sup>37</sup>. En el plano del Derecho internacional público el problema de identificación de fuentes relevantes en sentido (FS2) es *el problema*, habida cuenta de la (cuanto menos) tenue institucionalización de los hechos creadores/modificadores/extintivos del derecho (FS1). Esta débil institucionalización de las FS1 no debilita en forma alguna el dogma de que las acciones que las conforman son «observables» de modo avalorativo. Sin embargo, si lo argumentado en los puntos anteriores es válido, cae de maduro lo impracticable de la pretensión de identificar las FS1 del mismo modo —o casi del mismo modo— en que se identifican hechos empíricos<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> J. GARDNER, 2001: 200; D. PATTERSON, 2005: 685-692.

<sup>38</sup> En el plano del Derecho internacional público la teoría de WITTGENSTEIN, que aquí denominamos «uso como espejo de las reglas», es explícitamente asumida por VENZKE, en I. VENZKE, 2012: 2. Sobre la inevitable necesidad de asumir un punto de vista axiológico para identificar las FS1 en el derecho internacional de los derechos humanos, *vid.* J. CIANCIARDO y P. ZAMBRANO, 2016: 70 y ss.

Algunos autores han admitido el problema de la fragmentación del conocimiento compartido que condiciona la inteligibilidad estática y dinámica de las FS1 y de las FS2. Sin embargo, recaen en el origen del problema, al intentar reconstruir este conocimiento compartido remitiendo a otro tipo de práctica convencional. DWORKIN es un ejemplo paradigmático de este caso. Sostiene que la esencia de toda práctica jurídica es su naturaleza «interpretativa». Esta naturaleza implica, muy resumidamente, que el debate acerca de cuáles son las FS1 y las FS2 no constituya un caso marginal del Derecho, sino su propia esencia. El Derecho es la práctica de debatir cuáles son las fuentes del derecho, en los dos sentidos indicados de fuente. Cuando se le pregunta a DWORKIN cuál es la información pragmática —el conocimiento compartido— que posibilita la práctica del debate en su conjunto, remite a un consenso moral que se revela a sí mismo en el uso. Aclara que el uso admite también distintas lecturas, y más aún remarca que es controvertido por naturaleza. Sin embargo, no ofrece luego criterios fuera del propio uso para resolver este otro nivel de debate<sup>39</sup>.

La conclusión inevitable en este punto es, pues, que sin una información pragmática dada (no convencional) acerca de bienes y razones intrínsecamente inteligibles, y acerca de acciones adecuadas para instanciar estos bienes; ninguna acción individual y ninguna práctica social es inteligible.

Cabe sobre esta base reformular las tesis de fondo de este trabajo:

a) A mayor desconexión de las FS1 del Derecho con un orden axiológico dado e intrínsecamente inteligible, y con su respectiva tipología básica de acciones intencionales, menor es su inteligibilidad estática.

b) Si las FS1 no son estáticamente inteligibles, tampoco pueden ser objeto de conocimiento compartido ni, por tanto, auténticas fuentes *sociales*.

c) Si las FS1 no son objeto del conocimiento compartido de la comunidad jurídica, se frustra también la inteligibilidad dinámica del Derecho. Esto es, la inteligibilidad de la argumentación judicial que reconoce a las FS1 como origen de las FS2.

d) La pretensión de un gobierno fundado en fuentes sociales convencionales y no, en cambio, en las convicciones o intereses personales de quienes detentan el poder, solo es realizable, paradójicamente, sobre la base de un reconocimiento compartido de fuentes sociales *no* convencionales.

e) El reconocimiento compartido de fuentes sociales no convencionales tiene por objeto una tipología básica de acciones racionales, entendiendo por «racionalidad» la adecuación de las acciones básicas a un conjunto de bienes/finés básicos.

f) La racionalidad compartida es necesaria y suficiente para la inteligibilidad de las FS1. La racionalidad compartida no es sin embargo un criterio suficiente —aunque sí necesario—, para validar la razonabilidad/legitimidad de las FS1.

---

<sup>39</sup> El recurso al uso de los conceptos como mecanismo para limitar la creatividad interpretativa se manifiesta en la exigencia de DWORKIN de que toda propuesta interpretativa «encaje» con la historia de la práctica jurídica en la cual se propone la interpretación. *Vid.*, entre muchos otros sitios, R. DWORKIN, 1985: 158-162; 1986: 225-227; 1996: 10-12. Esta teoría fue criticada tempranamente por Stanley FISH, apuntando que también el juicio de encaje está más ligado a los preconceptos del intérprete que a un descubrimiento de una realidad dada, en S. FISH, 1982: 551; 1983: 299. La respuesta integral de DWORKIN aparece en 2006: capítulo 6, especialmente 226, donde apunta, en una muy apretada síntesis, que todos los participantes del Derecho comparten una práctica interpretativa/argumentativa; cuyas reglas —convencionales— se revelan en el uso.

## BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, T.: *Suma Teológica*, I-II, 6-20.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1963: *Intention*, 2.<sup>a</sup> ed., Cambridge Massachusets, London, England: Harvard University Press.
- «Rules, Rights and Promises», *Midwest Studies in Philosophy*, 3 (1): 318-323.
- CAROCIA, F., 2017: «Quel che resta del sistema. Riflessini su sistema, modelli e interpretazione del diritto», *Ars Interpretandi*, VI (2): 81-102.
- CIANCIARDO, J., 2016, «The principle of Proportionality, Rights Theory and the Double Effect Doctrine», en P. SERNA y J. A. SEOANE (eds.), *Bioethical decision making and argumentation*, Switzerland: Springer, 107-125.
- 2013, «The Culture of Rights, Constitutions and Natural Law», *Journal of Comparative Law: An Organ of the Association of Comparative Legal Studies*, Oxford, 8: 267-287.
- CIANCIARDO, J., y ZAMBRANO, P., 2016: «Los *a priori* de la cultura de derechos», *Cuestiones constitucionales*, 34: 103-142.
- CONESA, F., y NUBIOLA, J., 1999: *Filosofía del Lenguaje*, Barcelona: Herder.
- DAVIDSON, D., 1963: «Actions, Reasons and Causes», *The Journal of Philosophy*, 60 (23): 685-700.
- DWORKIN, R., 1985: *A Matter of Principle*, Oxford: Clarendon Press.
- 1986, *Law's Empire*, Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- 1996: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- 2006: *Justice in Robes*, Cambridge: Harvard University Press.
- ETCHEVERRY, J. B., 2013: «Scope and Limits of General and Descriptive Legal Theories», *Rivista di Filosofia del Diritto*, II (2): 379-410.
- FERRAJOLI, L., 2016: «Contro il creacionismo giurisprudenziale», *Ars Interpretandi*, V (2): 23-43.
- FINNIS, J., 1983: *Fundamentals of Ethics*, Oxford: Clarendon Press.
- 1992: *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, trad. de J. J. García Norro, Pamplona: Eunsa.
- 1998: *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- 2011: *Natural Law and Natural Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.
- FISH, S., 1982: «Working on the Chain Gang», *Texas Law Review*, 60: 551-567.
- 1983: «Wrong Again», *Texas Law Review*, 62: 299-316.
- FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law*, Revised edition, London: Yale University Press.
- GARDNER, J., 2001: «Legal Positivism. 5 ½ Myths», *American Journal of Jurisprudence*, 46 (1): 199-227.
- GÓMEZ LOBO, A., 2002: *Morality and the Human Goods. An Introduction to Natural Law Ethics*, Washington D. C.: Georgetown University Press.
- GREEN, M. S., 1987: «Dworkin's Fallacy or What the Philosophy of Language Can't Teach Us About the Law», *Virginia Law Review*, 89: 1897-1952.
- GRISEZ, G., 1965: «The First Principle of Practical Reason. A commentary on the *Summa theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2», *Natural Law Forum*, 1 (1): 168-201.
- GRISEZ, G.; BOYLE, J., y FINNIS, J., 1987: «Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends», *American Journal of Jurisprudence*, 32 (1): 99-151.
- HART, H. L., 1992: *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, H., 1960 (1981): *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México: Universidad Autónoma de México.



- LAISE, L., 2017: *El poder de los conceptos*, México: Porrúa.
- MARMOR, A., 1992 (2005): *Interpretation and Legal Theory*, 2.ª ed., Oxford: Hart Publishing.
- 2009: *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- PARIOTTI, E., 2017: «Self-regulation, concepto de derecho, normatividad jurídica», *Ars Interpretandi*, VI (2): 9-27.
- PATTERSON, D., 2005: «Interpretation in Law», *San Diego Law Review*, 42: 685-692.
- PULIDO, F., 2018: *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, Chia: Universidad de la Sabana.
- PUTNAM, H., y WALSH, V., 2007: «Facts, Theories, Values and Destitution in the Works of Sir Parka Dasgupta», *Review of Political Economy*, 19: 184-185.
- QUINE, W. V. O., 1951: «Two Dogmas on Empiricism», *The Philosophical Review*, 60: 20-43.
- RAWLS, J., 1993 (1996): *El Liberalismo político*, trad. de Antoni Dòmenech, Barcelona: Crítica.
- RHONHEIMER, M., 2000: *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. de C. Mardomingo, Madrid: Rialp.
- RHONHEIMER, M., y MURPHY, W. F. (eds.), 2008: *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*, Washington, D. C.: Catholic University of America Press.
- RODRÍGUEZ-BLANCO V., 2014: *Law and Authority Under the Guise of the Good*, London: Hart Publishing.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, V., y ZAMBRANO, P., 2018: «One Myth of the Classical Natural Law Theory: Reflecting on the Thin View of Legal Positivism», *Ratio Juris*, 31 (1), 9-32.
- SCHAUER, F., 2015, *The Force of Law*, Cambridge, Ma.: Harvard University Press.
- TRUJILLO, I., 2015: «Estado de Derecho y práctica de los derechos humanos», *Persona y derecho*, V73: 161-180.
- VENZKE, I., 2012: *How Interpretation Makes International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- ZAMBRANO, P., 2009: *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 65-68.
- 2014: «Principios fundamentales e inteligibilidad del Derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva de la acción», *Dikaion*, 23: 423-445.
- 2016: «Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación», en VVAA, *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

## Casos

- European Court of Human Rights, *Landvreugd vs. The Netherlands*, 4 de junio de 2002; *Maestri vs. Italy*, 17/02/2004; *Maestri vs. Italy*, 17 de febrero de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Mendoza vs. Venezuela*, 1 de septiembre de 2011.



