

La aplicación del derecho como acción colectiva

*Josep María Vilajosana**

RESUMEN

Una manera de analizar el proceso de aplicación del derecho es entenderlo como una acción colectiva. En este trabajo el autor expone, en primer lugar, cinco concepciones de la acción colectiva (Bratman, Shapiro, Kutz, Gilbert y Sánchez-Brígido); en segundo lugar, critica estas concepciones por no haber realizado distinciones importantes entre niveles de análisis y de enfoque, lo que ha afectado a su tratamiento de la normatividad del derecho. Por último, el autor termina exponiendo su visión convencionalista del derecho, que supera las dificultades de las concepciones examinadas.

Acción colectiva – aplicación del derecho – normatividad

The process of adjudication as collective action

ABSTRACT

One way to analyze the process of adjudication the Law is to understand it as a collective action. In this work the author exposes, first, five conceptions of collective action (Bratman, Shapiro, Kutz, Gilbert and Sánchez-Brígido); Second, he criticizes these conceptions for not having made important distinctions between levels of analysis and focus, which has affected their treatment of the Law's normativity. Finally, the author ends by exposing his conventionalist vision of law, which overcomes the difficulties of the conceptions examined.

Collective Action – process of adjudication – normativity

* Licenciado en Derecho, Universidad de Barcelona. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: josep.vilajosana@upf.edu

Artículo recibido el 3 de enero de 2019 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la expresión “aplicación del derecho” adolece de una típica ambigüedad proceso/producto. Con ella se puede hacer referencia al conjunto de actos que llevan a cabo determinados funcionarios, en especial jueces, consistente en resolver casos individuales mediante normas generales. Pero también puede referirse al resultado de este proceso, plasmado en una determinada resolución en la que se recogen la conclusión a la que se ha llegado, junto con las premisas que la justifican. En la teoría del derecho suele prevalecer el estudio de la aplicación del derecho entendida como producto. Sin embargo, el predominio de este enfoque no debería hacernos creer que el examen de las acciones de aplicación de las normas jurídicas carece de interés para la teoría del derecho. Por el contrario, una exploración de este tipo se revela provechosa para una teoría jurídica que pretenda ser *general*, desde el momento que se admite que, más allá de los matices e idiosincrasias del funcionamiento de los distintos sistemas jurídicos, todos ellos comparten elementos comunes que atañen a la estructura y al contenido de esa actividad de aplicación.

Una forma especialmente interesante de dar cuenta de los elementos comunes de la aplicación del derecho como proceso consiste en englobarlos en el esquema más general de una práctica social en la que se desarrolla una acción colectiva. Cobra interés, por tanto, repasar algunas de las concepciones que se han ofrecido de estas prácticas.

En nuestro quehacer cotidiano nos hallamos realizando acciones individuales, cuya descripción se agota aludiendo a nuestros movimientos físicos y a nuestra intención (un estado mental). Así, por ejemplo, puedo afirmar que estoy estudiando, describiendo la acción de sostener un libro, leer su contenido, pasar las páginas y, además, mencionando la intención de aprender lo que en él se dice.

Sin embargo, también estamos acostumbrados a realizar acciones colectivas, en el sentido de que la descripción de ciertas acciones que realizamos únicamente puede llevarse a cabo haciendo referencia a un actuar conjunto. Si juego al fútbol en un equipo y este vence en un partido al equipo adversario, no decimos que yo he vencido, sino que nuestro equipo ha ganado, o simplemente “*nosotros* hemos ganado”. Esta última expresión denota a las claras que la acción que realizamos no es individual, sino colectiva. Pone de relieve que se trata de un actuar conjunto, que presupone una concordancia en la intención (por ejemplo, la de contribuir cada uno de la mejor forma posible a la victoria del equipo). ¿Cómo entender, no obstante, esa intención colectiva si se trata de un estado mental? Aquí parece haber dos opciones. O bien se postula la existencia de una mente colectiva que tenga el referido estado mental, lo que no parece muy plausible (aunque tal vez Hegel y su idea del espíritu de las naciones podría servir como ejemplo de alguien que sostuvo algo parecido), o bien se entiende que los estados mentales únicamente se dan en cada individuo, pero entonces de alguna manera hay que relacionar esos estados mentales para dar cuenta del carácter *colectivo* de la intención¹.

¹ Ello se puede conseguir, básicamente, de dos maneras; una, por medio del contenido de los estados mentales: el contenido del estado mental de un individuo puede referirse a las intenciones de otro; dos,

En lo que sigue analizaré brevemente algunas (solo algunas, subrayo) de las concepciones de la acción colectiva, sostenidas normalmente, primero, por filósofos y, posteriormente, por teóricos del derecho que las han trasladado al análisis de la aplicación del derecho. Una vez hecho esto, expondré diversas críticas a estos planteamientos, no porque considere que la aplicación del derecho no pueda concebirse de esta manera, sino por la presencia de ciertas ambigüedades que observo en esa traslación del concepto de acción colectiva al ámbito jurídico².

II. ALGUNAS CONCEPCIONES DE LA ACCIÓN COLECTIVA

1. *Bratman y las intenciones compartidas*

Entre los estudios de la acción colectiva desarrollados por los filósofos contemporáneos destaca el elaborado por Michael Bratman mediante el concepto de actividades intencionales colectivas³. Veremos brevemente su planteamiento, para después referirnos al empleo que del mismo hace Shapiro en el ámbito de la teoría del derecho.

Para Bratman, una intención es un estado mental peculiar, distinto del deseo y de la creencia, y que incorpora un compromiso característico: si un sujeto *S* tiene la intención de realizar la acción *p*, entonces se ha comprometido a realizar *p*. Cuando se habla, pues, de actividades intencionales colectivas hay que tener en cuenta este compromiso y que se trata de acciones que tienen un cierto nivel de cooperación.

El ejemplo del que parte Bratman es el de viajar juntos. El hecho de que dos personas *A* y *B* viajen juntas, por ejemplo en el tren Barcelona-Madrid, no significa, entendido como actividad intencional colectiva, la mera coincidencia en ocupar asientos contiguos en el tren. Implica un estado mental peculiar tanto en *A* como en *B*, consistente en tener la intención de viajar juntos. Ahora bien, según este autor esta idea no debe ser entendida siempre como una intención de hacer algo de manera cooperativa, ya que entonces se tornaría circular, como cuando se expresa en términos de intenciones (conjuntas) de realizar algo intencionalmente (de manera conjunta). En cambio, habría que ser capaz de caracterizar este tipo de intenciones de manera neutral, en el sentido de que no necesitan ser cooperativas (aunque puedan serlo). Viajar juntos a Madrid no tiene por qué implicar una cooperación entre *A* y *B*.

Más interés puede revestir la segunda característica de las actividades intencionales colectivas como las entiende Bratman. La ilustra con el siguiente ejemplo: dos sujetos,

postulando que el estado mental de un individuo ya contiene la referencia al “nosotros” (esto es lo que se hace, por ejemplo, en SEARLE, 1995, cap. 1).

² Tuve la oportunidad de exponer una versión previa de este trabajo en el Seminario Austral organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el 17 de agosto de 2018. Agradezco las observaciones realizadas por los participantes y, en especial, las que me hicieron Sebastián Agüero y Patricia Toledo. Este trabajo ha recibido la ayuda del Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2016-80471-C2-1-R).

³ BRATMAN, 1999.

A y *B*, tienen la intención de pintar la casa en la que viven, pero se da la circunstancia de que *A* prefiere pintarla de rojo, mientras que *B* prefiere el azul; imaginemos, además, que no tienen la voluntad de alcanzar ningún compromiso acerca del color. En este caso, aunque llegaran a pintar la casa con una combinación de ambos colores, la actividad que habrían llevado a cabo no sería cooperativa.

Este supuesto permite darnos cuenta de que, junto con el plan general de pintar la casa, compartido por *A* y *B*, existirían subplanes (que incorporarían intenciones más específicas de *A* y de *B*) en los que no se daría el acuerdo. Puede haber dos tipos de desacuerdos en relación con los subplanes. Por un lado, el desacuerdo puede ser tal que no haya forma de conseguir cumplir con ambos (en el ejemplo que hemos dado, si se pinta la casa de rojo se cumple el subplan de *A*, pero no el de *B*; si se pinta de azul, se cumple el subplan de *B*, pero no el de *A*). En otros casos, en cambio, el desacuerdo puede ser de tal tipo que permita la ejecución conjunta de ambos subplanes. Por ejemplo, si *A* quiere comprar la pintura en la tienda de la esquina y *B* no le importa, mientras que *B* tiene una preferencia por comprar la pintura más cara y *A* tampoco le importa. En este caso, está claro que los subplanes pueden encajar (*mesh*): bastará con comprar la pintura más cara en la tienda de la esquina.

Pues bien, Bratman sostiene que cuando dos personas realizan una actividad intencional colectiva no solo realizan la acción conjunta, sino que cada una de ellas entiende que el grupo realiza la acción conjunta de acuerdo con subplanes que encajen. Además, se entiende que debe darse la intención de mantener ese encaje de subplanes, de tal modo que si uno cambia de subplan en el transcurso de la actividad debe estar dispuesto a persuadir al otro de que es mejor o a negociar con él, pero no a llevarlo a la práctica de manera unilateral. Por ejemplo, si *A* y *B* coinciden en el color con el que pintarán la casa, pero *A*, en un determinado momento, cambia de idea (porque se da cuenta que no queda tan bien como pensaba), el pintar la casa dejaría de ser una actividad cooperativa si se dedicara a escondidas a cambiar el color.

Otra característica del tipo de actividades que estamos analizando sería la de tomarse en serio el carácter de agente intencional de quienes participan en ellas. De ahí que se deba añadir a las demás condiciones el hecho de que forme parte de la intención del sujeto participante que la intención de los demás y sus subplanes sean efectivos. Cada uno de los participantes debe tener la intención de realizar la actividad conjunta de que se trate en parte debido a la intención de los demás de que realicen tal actividad y sus subplanes. Esta es la forma de tratar a todos los participantes como agentes intencionales. Si esto es así, se sigue también que cada uno desea que su propia intención (junto con la de los demás) se haga efectiva. Por todo ello, la condición que se exigiría sería la siguiente: cada participante tiene la intención de que el grupo realice la actividad conjunta de acuerdo con (y debido a) los subplanes que encajan según las intenciones de cada uno de los participantes.

Bratman añade a las anteriores condiciones el hecho de que se dé conocimiento común entre los participantes en la actividad. Es decir, que *A* sabe que *B* sabe que *A* sabe (hasta el infinito) que tienen esas intenciones. El conjunto de las intenciones más el conocimiento común es llamado por este autor "intención compartida". Los participantes en esa actividad intencional colectiva deberán tener una intención compartida, aunque

pueda ser por razones diversas (*A* puede querer pintar la casa por razones estéticas; *B* puede tener la misma intención, pero para agradar a su novia).

Por último, si estamos hablando de actividades con un mínimo de cooperación relativa a los subplanes parece lógico añadir una postrera condición. Porque, como se ha dicho, lo anterior implica que los participantes tengan subplanes que encajen, entonces también parece razonable suponer que será necesario que cada uno de los participantes construya sus propios subplanes, como dice Bratman, “con una mirada puesta en el encaje con los subplanes de los demás”⁴. Esto conduce a una responsabilidad mutua de intención y de acción. Los participantes en la actividad cooperativa serían también mutuamente responsables respecto de la actividad que llevan a cabo: *A* presta cuidadosamente atención a lo que hace *B* y eso le ayuda a hacer lo que hace, y viceversa.

Ahora ya estamos en condiciones de ofrecer y entender la definición que da Bratman de las actividades intencionales colectivas:

En relación con una determinada actividad cooperativamente neutral *J*, el hecho de que los participantes hagan *J* es una actividad intencional colectiva si y solo si:

1. Los participantes hacen *J*
- 2.a. Cada uno de ellos tiene la intención de hacer *J*
- 2.b. Cada uno de ellos tiene la intención de hacer *J* de acuerdo con, y debido a, los subplanes que encajan de todos ellos⁵
3. Existe un conocimiento común entre los participantes de que se da 2
4. 2 y 3 conducen a 1 como correspondencia mutua de intención y de acción.

2. *La adaptación de Shapiro*

El modelo de actividad colectiva propuesto por Bratman toma en cuenta siempre dos sujetos participantes. Shapiro lo ampliará, y en algún punto lo modificará, para dar cabida a actividades compartidas por grupos más extensos y entre los que se den relaciones de autoridad⁶. De este modo, postulará que ese modelo ya está listo para dar cuenta de la práctica de aplicación del derecho como actividad intencional colectiva.

El hecho de pasar de un análisis relativo a dos individuos a un análisis que tenga como objeto de estudio grupos muy numerosos, como sería el formado por quienes aplican el derecho, requiere alguna modificación en la definición ofrecida por Bratman.

En primer lugar, es más realista exigir únicamente que la mayoría de los participantes (pero no necesariamente la totalidad) tenga las actitudes apropiadas.

En segundo lugar, cuando nos fijamos en colectivos muy numerosos también parece poco realista postular que cada participante en la actividad conozca las intenciones del resto de los participantes. De ahí que Shapiro proponga sustituir el requisito del conocimiento común por el de la accesibilidad pública: el contenido de las intenciones

⁴ BRATMAN, 1999, p. 106.

⁵ Simplifico algo el enunciado de esta condición.

⁶ SHAPIRO, 2002, p. 387. También se usa la idea de Bratman en COLEMAN, 2001.

relevantes de los miembros del grupo no tiene por qué ser conocido por todos, pero sí que debe ser públicamente accesible de alguna manera a todos los participantes.

Por último, propone la sustitución de la condición 2.a de Bratman, según la cual cada participante tiene la intención de que el grupo realice la actividad, por la idea algo menos exigente de que exista la “intención de contribuir”. Según Shapiro, uno puede implicarse en una actividad intencional colectiva simplemente teniendo la intención de contribuir al esfuerzo del grupo, pero sin necesidad de comprometerse en el éxito de la empresa compartida. Es decir, se puede tener la intención de participar en la contribución de un proyecto colectivo pero no por ello tener la intención grupal de que tal proyecto tenga éxito⁷. Pone el ejemplo de un programador informático al que se le pague por contribuir en su parcela a lanzar una nueva versión de un sistema operativo (que requiere el concurso de más personas). Este programador puede tener la intención de participar en el proyecto, pero le puede traer sin cuidado si el sistema operativo al final tiene éxito o no.

Con estas modificaciones introducidas por Shapiro, la definición dada anteriormente quedaría así:

1. El grupo hace *J*
- 2.a. La mayoría de los participantes tiene la intención de contribuir a que el grupo haga *J*
- 2.b. Cada uno de ellos tiene la intención de contribuir a que el grupo haga *J* de acuerdo con, y debido a, los subplanes que encajan de aquellos participantes que similarmente tienen la intención de contribuir
3. Lo dicho en 2 es accesible públicamente a la mayoría de los participantes
4. Las actitudes en 2 llevan a la mayoría de los participantes a contribuir a hacer *J* como correspondencia mutua de intención y de acción.

¿Cómo se podría usar este esquema para dar cuenta de la práctica social de la aplicación del derecho? Shapiro dirá que tal práctica es una subclase de la clase de las actividades intencionales colectivas, así como acaba de ser caracterizada. Lo único que habría que añadir es que se trata de una actividad de este tipo, pero en la que los miembros se hallan unidos por relaciones de autoridad⁸.

3. *Kutz y las intenciones participativas superpuestas*

Por su parte, Kutz empieza reconociendo que existe una amplia variedad de acciones intencionales colectivas⁹. Las divergencias entre ellas pueden obedecer a distintas razones. Menciono exclusivamente dos. Por ejemplo, cabe que sean diferentes en cuanto

⁷ Esta idea la extrae SHAPIRO DE KUTZ, 2000, pp. 81-82.

⁸ Una crítica a la utilización del esquema de Bratman para dar cuenta del derecho como fenómeno social puede verse en SMITH, 2006.

⁹ KUTZ, 2000.

a su espíritu cooperativo, que puede abarcar desde viajar juntos en el tren hasta jugar al fútbol. También pueden divergir debido a la complejidad de las tareas que implican: de la simplicidad que supone la actividad de pasear juntos hasta la complejidad de los actos involucrados en la creación de un barrio o de una ciudad. A pesar de ello, este autor cree que es posible identificar una especie de mínimo común denominador en todas las actividades intencionales colectivas.

Es importante este punto, por cuanto el objetivo que se propone este autor, según sus propias palabras, constituye una estrategia “minimalista”. De ahí que considere que algunos de los elementos que hemos visto como condiciones necesarias de este tipo de actividades en Bratman y en Shapiro no lo son en absoluto. Del hecho de que normalmente se hallen presentes en los casos paradigmáticos de acciones colectivas no hay que deducir que sean condiciones necesarias de las mismas. Ello ocurriría, según este autor, con la condición 2 a. de Bratman, así como con las ideas de correspondencia mutua o conocimiento común. No quiere decirse con ello que no se den en muchas ocasiones, sino que pueden existir actividades colectivas intencionales que no las contengan. Por eso, es útil preguntarse si existe alguna condición que sea efectivamente necesaria, por su carácter fundamental. Kutz opina que sí y realiza un intento por delimitarla. Según él, se da un caso de actividad colectiva intencional cuando los miembros de un grupo están actuando con intenciones participativas superpuestas (*overlapping participatory intentions*)¹⁰. Esta idea la empleará posteriormente el mismo autor respecto del grupo de los jueces. En este sentido, los jueces, en el desempeño de su tarea de aplicación del derecho, llevarían a cabo acciones con intenciones participativas superpuestas¹¹.

El concepto de acción participativa ya lo adelantamos al analizar el esquema de Shapiro. Se trata de la intención que tiene una persona de contribuir con su parte en un acto colectivo. Tiene dos componentes representacionales. Por un lado, un papel individual, que consiste en el acto que un individuo realiza como una contribución al fin colectivo; por otro lado, el fin colectivo, que consiste en el objeto de una descripción que es el producto causal de actos de diferentes individuos (como transportar un objeto pesado) o es constituido por actos de diferentes individuos (como bailar un vals). Un fin colectivo es, por tanto, un estado de cosas cuya realización depende de que varias personas actúen juntas.

Esta sencilla idea de intención participativa implicaría otra: cuando los participantes en una actividad tienen este tipo de intenciones, existe una disposición favorable a que los demás conozcan esta participación. Ello es así, por cuanto parece imposible para un participante concebir su acto como una acción que contribuya a un fin colectivo y al mismo tiempo tener la intención de que su contribución nunca sea conocida. Al respecto, Kutz dice lo siguiente:

¹⁰ KUTZ, 2000, p. 89, p. 94 y pp. 103-104.

¹¹ KUTZ, 2001.

Si tengo la intención de que mi contribución a algún fin colectivo sea secreta, por ejemplo llenando a hurtadillas una urna con votos para ayudar a un candidato, entonces lo natural sería decir no que estoy llevando a cabo mi parte en el proceso de elección del candidato, sino más bien que estoy actuando como un bribón tratando de conseguir que mi candidato sea elegido¹².

Este argumento de Kutz y el ejemplo en que se apoya no son del todo convincentes. Este autor parece dar por supuesto que el hecho de actuar en secreto siempre es fruto de la “contribución” a una finalidad perversa y, por esta razón, inconfesable. Pensemos, sin embargo, en la cantidad de personas que pretenden participar en un fin loable como es el de intentar erradicar la pobreza del planeta y lo hacen mediante contribuciones que pueden llegar a ser importantes, pero que quieren mantener en secreto. El carácter secreto de esa contribución, ¿debe llevarnos a la conclusión de que esa labor filantrópica no constituye una acción colectiva?

Se puede ir más lejos aún. ¿Por qué el hecho de que la aportación de uno a un fin colectivo sea contraria a las reglas debe ser considerado como algo ajeno a la acción colectiva? Por seguir con el ejemplo de fraude electoral, como es sabido, el pucherazo era uno de los métodos de manipulación electoral usados principalmente durante el periodo de la restauración borbónica en España para permitir la alternancia pactada previamente entre el Partido Liberal y el Partido Conservador, dentro del modelo de dominación política local conocido como caciquismo. Para llevar a cabo la manipulación, se guardaban papeletas de votación (por ejemplo en puchereros, de ahí la denominación que se popularizó), y se añadían o se sustraían de la urna electoral a conveniencia para el resultado deseado. ¿No era después de todo una acción colectiva intencional esa práctica extendida, aunque sus participantes actuaran contra las reglas y no tuvieran interés en airear sus conductas?

A pesar de esta problemática, no voy a insistir más en este punto, por cuanto no me parece relevante a la hora de trasladar el esquema en cuestión a la práctica de la aplicación del derecho: en este caso sí que parece un ingrediente necesario el seguimiento de reglas. Aunque podría acabar teniendo cierta relevancia en algunos casos, si consideramos que el apartarse de las reglas seguidas hasta un determinado momento en el caso de las convenciones puede dar lugar en algún momento posterior y debido a su carácter constitutivo a reglas nuevas, si los demás las siguen¹³.

Volvamos, pues, a Kutz. Como vimos, las acciones participativas de las que habla este autor tienen la característica ulterior de ser “superpuestas”. Esta es una manera de dar cuenta del hecho de que las intenciones de los participantes deben ir referidas a la misma empresa. Existirá esta superposición cuando el fin colectivo componente de sus intenciones participativas se refiere a la misma actividad o resultado y cuando existe una intersección no vacía del conjunto de estados de cosas que satisfacen aquellos fines

¹² KUTZ, 2000, p. 93.

¹³ Sobre el carácter constitutivo de las convenciones, remito a lo que diré en el siguiente apartado.

colectivos. Hay que tener en cuenta, además, que la superposición siempre es una cuestión de grado. Por ejemplo, uno puede ir a casa de un amigo pensando que va a disfrutar de una cena tranquila, mientras otro puede asistir creyendo que se trata de una alocada fiesta sorpresa. La intersección del contenido de las respectivas intenciones en este caso sería, al menos (no sabemos si alguna coincidencia más podría añadirse), que ambos desean ir a casa de su amigo. Si esa intersección diera como resultado un conjunto vacío, entonces no existiría una intención participativa superpuesta y, por tanto, carecería de sentido hablar de acción intencional colectiva.

4. *Gilbert y la idea de compromiso común*

Para Margaret Gilbert, si dos o más personas están involucradas en una actividad colectiva, entonces forman lo que esta autora denomina “el sujeto plural de una meta”¹⁴. Por ejemplo, si dos personas pasean juntas, forman el sujeto plural de la meta consistente en pasear juntas. De una manera más técnica, es posible decir que dos o más “personas constituyen un sujeto plural de una meta si y solo si están comprometidas conjuntamente a aceptar la meta de hacer *J* como grupo (*as a body*)”¹⁵.

Por otro lado, Gilbert entiende que dos o más personas se hallan involucradas en una acción colectiva de realizar *J* si y solo si están comprometidas conjuntamente a aceptar la meta de hacer *J* como grupo y cada uno actúa de la forma apropiada para alcanzar esa meta a la luz del hecho de que cada uno está sujeto al compromiso común, conjunto o mutuo (*joint commitment*). Vayamos por partes.

Dos o más personas pueden estar comprometidas conjuntamente como grupo a muy distintas cosas: a tomar una decisión, a planificar algo, etc. En el caso de las acciones colectivas, los agentes están comprometidos conjuntamente a aceptar la meta de hacer *J*. Se trata de que los agentes unan sus fuerzas para alcanzar la meta mediante el compromiso de cada uno de ellos con los demás en una forma particular, lo que constituye el compromiso conjunto. Este tipo de compromiso estaría constituido por las siguientes propiedades:

- a) Implica la participación de más de una persona, aunque no necesariamente la de todos los miembros del grupo;
- b) Cada participante se hace responsable frente a los demás de cualquier violación del compromiso;
- c) Normalmente se trata de compromisos que no son rescindibles por cada participante de manera unilateral, sino exclusivamente por todos juntos;
- d) Cada participante adquiere el compromiso de promover de la mejor manera que pueda el objeto del compromiso común;

¹⁴ El no haber visto la presencia necesaria de este sujeto plural en las reglas sociales es algo que Gilbert le reprocha directamente a Hart. Cfr. GILBERT, 1999.

¹⁵ GILBERT, 1989, 1996 y 2002.

- e) Esos compromisos individuales son interdependientes. Con ello quiere decirse que no pueden existir con independencia de los demás;
- f) Los compromisos individuales dependientes surgen simultáneamente en el momento de la creación del compromiso conjunto;
- g) De ese compromiso conjunto nacen derechos y obligaciones entre los participantes y es admisible esperar que estos lo sepan.

Es importante destacar en esta caracterización de las acciones intencionales colectivas que hace Gilbert la introducción de un elemento normativo, del que darían cuenta las propiedades b) y g). Según estos rasgos, la participación en una actividad mediante un compromiso conjunto implica no solo expectativas respecto de lo que los demás van a hacer, sino derecho a que los demás lo hagan; además, cada uno se hace responsable frente a los demás del cumplimiento de lo exigido por esos deberes. Este elemento no aparecía en los modelos que hemos examinado hasta ahora y habrá que ver hasta dónde conduce.

Por de pronto, parece un poco extraño entender que en todos los supuestos en que nos hallamos frente a una acción intencional colectiva surja el elemento normativo. Aunque tal vez es verdad que algunos de esos casos puedan explicarse mejor por medio de la presencia de tal elemento. Por esa razón, se ha propuesto que el planteamiento de los autores anteriores podría servir, aunque con críticas, para dar cuenta de grupos sin “unidad normativa”, mientras que la tesis de Gilbert habría que circunscribirla a un modelo de explicación de actividades de grupos “con unidad normativa”¹⁶.

Pero aun aceptando ese proceder, podríamos preguntarnos si los rasgos que caracterizan el compromiso conjunto (necesario en el esquema de Gilbert para poder hablar de actividades intencionales colectivas) son aceptables para dar cuenta de la presencia del elemento normativo del que vengo hablando (sea que se dé en todos los casos, como propone Gilbert, o solo en algunos, como prefiere considerar Sánchez-Brígido).

Por eso, incluso habiendo realizado esta reubicación del esquema presentado por Margaret Gilbert los problemas no han terminado. Voy a referirme únicamente a dos de ellos relativos a la normatividad, por ser lo que aquí más interesa. En primer lugar, es esencial pensar que, aun admitiendo que la propuesta de esta autora diera cuenta de la normatividad incorporada en esas prácticas, llegaría a explicar tal vez solo alguna subclase de ellas. Este punto lo analizaré a continuación, al exponer la concepción de Sánchez-Brígido. En segundo lugar, la forma de plantear el surgimiento de la normatividad en esas actividades colectivas no resulta del todo convincente: sirve para explicar a lo sumo la aparición de expectativas recíprocas, pero no de derechos y deberes tal como pretende. Abordaré esta segunda cuestión en el apartado posterior dedicado a criticar estas concepciones de la acción colectiva, por cuanto me parece que lo que diré entonces puede reprochársele tanto a Gilbert como a Sánchez-Brígido.

¹⁶ Esta es la propuesta de SÁNCHEZ-BRÍGIDO, 2008.

5. *Sánchez-Brígido y la normatividad de las acciones colectivas*

Sánchez-Brígido ha puesto de relieve que pueden existir “unidades normativas” distintas asociadas a grupos que actúan con intencionalidad colectiva. Gilbert habría dado cuenta, según este autor, únicamente de un tipo de ellas (a la que llama “unidad normativa del tipo II”), pero no del otro (que sería la “unidad normativa de tipo I”).

Las actividades de grupos en los que se da una unidad normativa de tipo I se caracterizarían, además de por las notas ya presentes en cualquiera de los modelos vistos con anterioridad al de Gilbert, por estos dos rasgos nuevos:

1. Cada miembro del grupo cree que las condiciones anteriores se dan y que el estado de cosas que se pretende alcanzar es *valioso* en relación con individuos no participantes.
2. Cada miembro del grupo piensa que le es aplicable a todo miembro del grupo una consideración normativa que hace referencia al citado estado de cosas. Se trataría de una consideración normativa en donde para quien se halle, junto con otros, en posición de alcanzar ese estado de cosas *debe* realizar su parte.

Estas cláusulas se establecerían para captar el hecho de que cuando existe una actividad de un grupo con este tipo de unidad normativa, sus miembros se conciben a sí mismos de este modo: creen que tienen ciertos deberes *qua* miembros del grupo y que ello depende del hecho de creer que la actividad del grupo es valiosa en relación con otros individuos que no forman parte del mismo.

Para entender el funcionamiento de estas cláusulas habría que colocarse en la posición de los participantes en el grupo y centrarse en el contenido de las actitudes que se expresan por medio de la idea de que “creen” o “se conciben a sí mismos”. Según este autor, cada participante en un grupo que actúa con este tipo de normatividad vendría a decirse lo siguiente:

Hay varios individuos y yo mismo; se da un estado de cosas que para que se alcance requiere que tanto yo como los demás hagamos ciertas acciones y tengamos ciertas actitudes. Tengo la intención de realizar las acciones relevantes y los otros miembros del grupo también. Ese estado de cosas es valioso en relación con otras personas que no forman parte del grupo. Dicho brevemente, formamos un grupo que actúa y cuya actividad es valiosa por lo que he dicho y soy un miembro de ese grupo, lo que significa que satisfago una propiedad especial: estoy en una posición tal capaz de, junto con los demás miembros del grupo, alcanzar un estado de cosas valioso para otros y, puesto que existe una consideración normativa en donde cada uno que satisfaga esa propiedad debe hacer su parte, entonces debo hacer mi parte¹⁷.

¹⁷ SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2008, pp. 173-174.

Para poder apreciar las diferencias que supone este modelo normativo respecto de un modelo de actividad grupal sin unidad normativa (del que darían cuenta los esquemas propuestos por Bratman, Shapiro y Kuntz), Sánchez-Brígido pone un ejemplo. Recordemos el caso de la pareja que decide pintar una casa. En el supuesto, tal como lo expliqué en su momento, los pintores no se ven a sí mismos actuando bajo ningún deber. ¿Pero qué sucedería si suponemos que los participantes están pintando la casa, y entienden que el hecho de que la casa acabe pintada es particularmente valioso en relación con otras personas? Por ejemplo, hay que pintar la casa porque va a convertirse en una residencia de ancianos. Si esto es así, se daría la primera cláusula que se ha añadido a los anteriores esquemas. Pero ello no sería suficiente para el nacimiento del deber. En efecto, podría darse el caso que, a pesar de que los miembros consideren que el estado de cosas a alcanzar es valioso para otros, ellos no se consideran bajo el deber como miembros del grupo de llevar a cabo su parte. De ahí que se requiera la segunda cláusula, según esta, ellos piensen que las consideraciones normativas relevantes les son aplicables.

Lo importante para nuestro objetivo, sin embargo, es preguntarnos si este esquema daría cuenta de ejemplos de actividad de aplicación del derecho poco desarrollados. Sánchez-Brígido sostiene que en la teoría del derecho alguien que habría propuesto un modelo que encajaría bastante bien aquí es Joseph Raz. Recordemos el planteamiento de Raz¹⁸.

Según Raz, existe un grupo de individuos, la mayor parte, que sigue alguna regla que requiere que ellos evalúen conductas mediante la aplicación de normas identificadas por medio de criterios contenidos en aquella, normas que forman un sistema abierto, comprensivo y supremo. Con ello, bastaría añadir estos rasgos recién citados al esquema anterior para que encaje en la propuesta de Raz. Así, el estado de cosas del que existiría una autoconciencia que hay que alcanzar como grupo en el caso de la actividad judicial entendida como práctica social sería aquel que se constituye cuando todos (o la mayoría) de los participantes realizan ciertas acciones. Estas acciones serían justamente las que se acaban de enumerar: intentan seguir y siguen una regla que requiere que la conducta de los miembros de la comunidad sea evaluada de acuerdo con normas que satisfagan ciertos criterios, normas que forman un sistema abierto, comprensivo y supremo. Pero en este caso, no se darían las dos cláusulas de las que he hablado anteriormente, por lo que el esquema de Raz serviría, según Sánchez-Brígido, para dar cuenta de sistemas más simples. En cambio, según este autor, Gilbert habría ofrecido un esquema que no serviría para los casos poco desarrollados, pero iría en la línea correcta a la hora de explicar sistemas institucionalizados más complejos. La razón de esta valoración positiva del análisis ofrecido por esta autora radicaría en el hecho de que habría dado con un recurso para explicar la normatividad, que es propia de estos sistemas. ¿Pero es esto así? Más adelante me referiré críticamente a esta posición.

¹⁸ RAZ, 1975, pp. 149-154.

III. LÍMITES DE ESTAS CONCEPCIONES

1. *Tres distintos niveles de análisis*

El breve recorrido que hemos realizado por algunos de los planteamientos de filosofía general y de teoría del derecho en relación con el análisis de las acciones colectivas bastará para poner de relieve su relevancia, pero también sus limitaciones. Por lo que hace a lo primero, parece innegable que de los planteamientos desarrollados por Bratman o Gilbert se pueden extraer conclusiones importantes transportables al estudio del derecho entendido como fenómeno social, así como han hecho Shapiro, Kutz y Sánchez-Brígido, por citar simplemente a los que he mencionado antes¹⁹.

Ahora bien, para comprobar hasta qué punto esta traslación de esquemas provenientes de la filosofía general (que no están pensados específicamente para tratar los problemas propios de la teoría del derecho) efectivamente es exitosa, es preciso introducir distintos niveles de análisis. Su examen arrojará luz sobre las salvedades que quepa hacer a estos diseños teóricos.

Propongo, pues, distinguir tres niveles en los que puede ser relevante hablar de acciones colectivas en relación con el derecho entendido como fenómeno social:

1. El nivel más general haría referencia al derecho como un todo y se revelaría mediante la indagación de los rasgos que hacen que el derecho sea un sistema normativo *institucionalizado*. En efecto, como es sabido, el carácter institucional es comúnmente aceptado entre los juristas como el rasgo que permitiría diferenciar al derecho del resto de los sistemas normativos (como la moral positiva o los usos sociales). Hart, por ejemplo, da cuenta del carácter institucional del derecho mediante la idea de reglas secundarias²⁰. La presencia de reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento supone el tránsito de un sistema prejurídico (o cuanto menos poco evolucionado) a un sistema jurídico (o evolucionado), al permitir que sea el propio sistema de que se trate el que establezca las condiciones para que se den una creación y una aplicación de normas de acuerdo con el mismo sistema. Podría decirse que Kelsen también tiene una alusión a lo que serían reglas de cambio y de adjudicación por medio de su idea de que el derecho es un sistema normativo que, a diferencia de otros, regula su propia creación. Esto sugiere inmediatamente la presencia de instituciones que se ocupan precisamente de establecer tal regulación²¹.

Una teoría que pretenda dar cuenta del derecho como fenómeno social debería, en este nivel, ofrecer una explicación del mismo en términos de acción colectiva, que englobara las acciones relevantes de los particulares (en relación con la obediencia

¹⁹ Otras posiciones, por ejemplo, en TOUMELA, 2002.

²⁰ HART, 1961, cap. V.

²¹ KELSEN, 1960.

de las reglas primarias) y de los funcionarios, tanto de legisladores como de aplicadores de tales normas (relativas a *todas* las reglas secundarias)²².

Tal vez, una concepción minimalista de la acción colectiva como la propuesta por Kutz con su idea de intenciones participativas superpuestas sería, de las que hemos visto, la única aplicable con este amplio alcance. Aunque, para ser realistas, es difícil concebir las acciones de los particulares y de los funcionarios en el mismo plano. Pero si prescindimos de las acciones de los primeros, este esquema sería aplicable sin demasiados problemas a las prácticas presupuestas en el surgimiento de las tres reglas secundarias. Es concebible, en efecto, que tanto legisladores como aplicadores pertenecientes a un mismo sistema jurídico actúen con un fin colectivo, aunque este deba ser expresado en términos muy generales, como por ejemplo, el mantenimiento de un determinado Estado. Debido a que un fin colectivo es un estado de cosas cuya realización depende de que varias personas actúen juntas, es fácil concluir que sin un seguimiento generalizado de las normas de cambio de un determinado sistema por parte de los legisladores y un seguimiento generalizado de las normas de adjudicación de ese sistema por parte de los aplicadores, no se podría seguir manteniendo el *mismo* sistema jurídico. Recordemos, además, que la idea de superposición de la que habla Kutz exige no que todos los participantes en la acción colectiva tengan exactamente en mente los mismos medios para conseguir el fin colectivo, sino que basta con que exista una intersección no vacía del conjunto de estados de cosas que satisfacen el fin colectivo.

2. Otro nivel de análisis podría prescindir de la conducta de los particulares y de los legisladores para centrarse en los actos de aplicación normativa. En este caso, visto de nuevo desde la perspectiva de la presencia de las reglas secundarias, el citado análisis equivaldría a centrarse en el estudio de las prácticas involucradas en el surgimiento de las reglas de adjudicación y de la regla de reconocimiento. Este paso sería consecuente con la idea de Raz, según este, el componente verdaderamente imprescindible en un sistema jurídico sería la presencia de órganos de aplicación. Este *debería ser* en realidad el centro de la discusión de la traslación del concepto de acción colectiva al ámbito de la práctica de adjudicación, si uno atiende a lo que explícitamente dicen los teóricos del derecho que han utilizado esta estrategia. Pero digo que *debería ser*, por cuanto lo que sucede en verdad es que ello se mezcla, o bien con el primer nivel que acabo de mencionar, o bien con el tercer nivel de análisis al que me referiré a continuación.
3. Siguiendo con el proceso de concreción, nos encontramos con un tercer nivel de análisis, que consistiría en el examen de las prácticas sociales que dan lugar al nacimiento y mantenimiento de una determinada regla de reconocimiento. Se trata de un subtipo de práctica social relativa básicamente también al comportamiento

²² Un intento de aplicar la idea de acción colectiva a partir del concepto de creencia mutua de Lagerspetz (1995) a la actividad parlamentaria se puede hallar en AARNIO, 1998.

de los órganos aplicadores, pero que tiene unos rasgos específicos que la hacen merecedora de un tratamiento singular, que he ofrecido en distintos trabajos²³.

La razón que justificaría el deslindar la tarea de la identificación del propio derecho del resto de acciones que también llevan a cabo los jueces en su más amplia tarea de aplicación del derecho puede resumirse así: se trata de aislar el componente *constitutivo* que tiene esa práctica. La existencia de las reglas de adjudicación, cuyo examen debería ser relevante para el análisis del citado nivel 2, o con el añadido de las reglas de cambio en el nivel 1, requiere la existencia de una regla de reconocimiento, porque no pueden existir reglas de adjudicación ni de cambio *en el vacío*. Un conjunto concreto de reglas de adjudicación lo es de *un* concreto sistema jurídico, para cuya existencia se precisa la subsistencia de una regla de reconocimiento, es decir, una práctica de identificación normativa unitaria que se sirva de los mismos criterios.

2. *Diferencias de enfoque*

Se dan en las discusiones de filosofía, en general, y en las de filosofía del derecho, en particular, un tipo de problemas recurrentes, que tienen que ver con diferencias de enfoque. No es infrecuente, en efecto, que distintos autores traten en teoría el mismo problema, cuando en realidad lo que hacen es abordarlo con un enfoque más o menos cercano que hace variar por completo el alcance de sus tesis. Es un fenómeno parecido a lo que sucede a la hora de realizar una fotografía. Utilizar un *zoom* potente tiene como consecuencia que la instantánea se concentre en un punto muy concreto, con lo que pueden revelarse detalles muy importantes del mismo, pero a costa de perder el encaje de ese punto con los que le rodean. Por el contrario, si se utiliza un enfoque más panorámico se pueda dar cuenta cabal del entramado general del conjunto, pero sus componentes pierden nitidez.

Algo parecido a lo anterior sucede en el caso que nos ocupa. Estas diferencias de enfoque tienen lugar específicamente cuando los teóricos del derecho (como es el caso de Shapiro o Sánchez-Brígido, por ejemplo) se sirven de los esquemas planteados por filósofos como Bratman o Gilbert, que serían aplicables seguramente en el nivel de análisis 1 y, tal vez también, en nivel de análisis 2, para emplearlos en el nivel de análisis 3. En realidad, al no distinguir entre los niveles de análisis que he propuesto, se mezclan en la práctica, al menos, los correspondientes a los niveles 2 y 3. ¿Cuál es el resultado de este proceder?

Estos autores critican la idea de práctica social, básicamente de corte convencionalista, que fundamentaría la existencia de una regla de reconocimiento. Pero lo hacen, identificando dicha práctica con la de la aplicación del derecho. Si lo que se dijera con ello es que la práctica social de aplicación del derecho no puede consistir simplemente en una práctica de carácter convencional, seguramente tendrían razón. Y sin duda el

²³ Cfr. por todos, Vilajosana, 2003, 2007, 2010.

propio Hart dio pábulo a tal interpretación porque en alguna ocasión trata conjuntamente, dentro del concepto de regla de reconocimiento, los niveles de análisis que aquí he deslindado como 2 y 3. Emblemáticamente, ello sucede en el *Postscript a El Concepto de derecho*, cuando este autor responde a las críticas formuladas por Dworkin y en un momento dado sostiene que la regla de reconocimiento es “una regla consuetudinaria judicial que existe solo si es aceptada y practicada en las operaciones de *identificación y aplicación* del derecho”²⁴.

Ahora bien, lo anterior no es óbice para sostener que es más fructífero, a los efectos de determinar cuáles son los actos relevantes para la existencia de un sistema jurídico, proceder a la mencionada distinción. Así, no se pueden ofrecer como contrapunto a la visión convencionalista de la regla de reconocimiento (nivel 3) concepciones que se refieren a la práctica más general de aplicación del derecho (nivel 2). Esta última práctica no agota su contenido en las tareas de identificación de las normas del propio sistema, sino que incluye otras cuestiones relevantes en el proceso tendente a resolver casos concretos con el uso justificado de normas jurídicamente aplicables, como, por ejemplo, todos los actos conducentes a la atribución de un significado determinado a los enunciados normativos, conocido como proceso interpretativo.

3. *La normatividad de las acciones colectivas*

Antes vimos que la crítica que realizaba Sánchez-Brígido a otras concepciones de la acción colectiva es que no podían ser usadas para analizar convenientemente el fenómeno jurídico por cuanto este es esencialmente normativo y aquellas concepciones no dan cuenta de ello. Sí que iba en la buena dirección la teoría de Margaret Gilbert, que con las adaptaciones pertinentes es la que termina postulando este autor. Veamos, sin embargo, si este camino es tan esperanzador como se cree.

Para que exista el compromiso común del que habla Gilbert los participantes tienen que expresar mutuamente de algún modo que tienen ese compromiso. La función principal de este tipo de compromisos sería, justamente, la de establecer un conjunto de derechos y obligaciones entre los participantes en esas actividades compartidas que establezcan un vínculo especial entre ellos. Es importante destacar que los compromisos de los que habla Gilbert pueden ser implícitos y no necesitan ser totalmente voluntarios²⁵.

¿Cómo se aplicaría esta idea en contextos normativos? Veámoslo en un problema típicamente normativo que se plantean a menudo los juristas y los filósofos del derecho. Se trata del problema de la obediencia al derecho: ¿tienen los ciudadanos un deber de obediencia en relación con las normas jurídicas de su país? Gilbert postula la existencia de un deber de este tipo, mediante el concepto de compromiso común. La idea es como sigue.

²⁴ HART, 1994, p. 256 (cursivas añadidas).

²⁵ GILBERT, 1993.

En la mayoría de países, los gobernados se describen a sí mismos como una especie de sujeto plural; así, por ejemplo, hablan de “los españoles” o “los franceses”, y se refieren a su país como “nuestro país”. Este lenguaje expresaría, según Gilbert, el compromiso común de todos ellos en relación con “su” comunidad política y ayudaría a explicar su experiencia moral compartida de sentir obligaciones de obediencia y apoyo especiales respecto de su comunidad o gobierno.

Esta posición resulta atractiva, ya que apunta a una idea intuitiva, como es el hecho de que efectivamente de algún modo los ciudadanos de un mismo Estado pueden tener algún tipo de conciencia de que están embarcados en un proyecto común, como lo están, por ejemplo, los integrantes de una orquesta para que las piezas que interpretan suenen lo mejor posible. Sin embargo, también es una idea que se presta a ciertas críticas.

Para empezar, podría decirse que no hay que confundir que alguien sienta que tiene una obligación con el hecho de que realmente la tenga. El mero hecho de que los ciudadanos de un Estado hagan referencias continuas a “nuestro” país y tengan un vago sentimiento de deuda respecto de él, no debe llevar a la conclusión de que esos ciudadanos tienen de hecho obligaciones políticas, aunque realmente creen que las tienen. Esas creencias y sentimientos pueden estar tan mediatizados por confusiones, por ideas poco meditadas o por inducciones por parte de otros, que difícilmente podemos reconocerlos como fuentes de obligaciones.

Pero a pesar de lo anterior, un defensor de la posición que estamos analizando podría responder diciendo que es indudable que cuando alguien muestra una cierta disposición a continuar en esa empresa común, es que de hecho está consintiendo tácitamente. Pero esto no es así. El estar dispuesto a seguir en una actividad de este tipo, aun bajo condiciones de conocimiento de todas las circunstancias relevantes para que no pueda hablarse de engaño (algo que difícilmente se puede dar en nuestras sociedades), no es lo mismo que consentir y no puede tener las mismas implicaciones normativas.

Alguien podría decir todavía que la obligación proviene no solamente del hecho de que uno continúa dentro de la actividad, sino por la razón de que genera *expectativas* en los demás, que estos tienen derecho a ver cumplidas²⁶. Si con un grupo de amigos quedamos de juntarnos todos los sábados por la mañana para jugar al fútbol y es una actividad continuada, puede parecer razonable que, si en un determinado momento decido no ir, los demás compañeros se sientan defraudados y entiendan que yo tenía una cierta obligación, basada en lo que la propia Gilbert denomina “comprensión tácita” entre los amigos. En estos casos, efectivamente, parece razonable suponer que hay obligaciones de los participantes, pero porque se trata de actividades basadas en un contacto personal, directo y continuado entre amigos, en las que es de suponer que se han dado genuinas expresiones de compromiso común de seguir con el partido de fútbol semanal. Si en este ejemplo nos parece razonable que surjan obligaciones recíprocas, no es porque en

²⁶ No digo que Margaret Gilbert sostenga explícitamente que a través de las expectativas se generan los mencionados derechos y obligaciones. Sin embargo, su esquema en este punto no es nada claro y esta podría ser una posibilidad por cuanto ella misma hace referencia continua a las *expectativas* generadas entre los participantes.

él se generen simples expectativas, sino por el hecho de ser actividades con ciertas características, es decir, porque son actividades personales y directas.

Tomemos, en cambio, un ejemplo en el que, aunque se generen expectativas, las relaciones entre los implicados no sean personales y directas²⁷. Se cuenta que Kant era tan metódico y puntual en los paseos por su ciudad que sus habitantes ponían en hora los relojes al paso del ilustre filósofo. Al caminar cada día a la misma hora por los mismos lugares, podría decirse que efectivamente los paseos de Kant generaron una razonable expectativa entre los ciudadanos de Königsberg de que podrían seguir poniendo cada día sus relojes en hora. ¿Quiere decir esto que Kant, transcurrido un cierto tiempo de sus ininterrumpidos paseos, había adquirido la obligación de seguir paseando a la misma hora? ¿Se puede sostener que si un día Kant decidía no salir a pasear, además de la frustración de expectativas generadas, habría incumplido una obligación respecto de sus conciudadanas? No parece razonable. Y no lo es debido a que la relación de Kant con los ciudadanos de Königsberg no era la especie de relación directa y personal que, en cambio, aparecía en el anterior ejemplo.

Si esto es así, entonces puede afirmarse que los esfuerzos por extender un análisis que es apropiado únicamente para ciertas clases de actividades compartidas, las que son directas y personales, a otro que cubra las actividades compartidas que son muy impersonales e indirectas, como la de los residentes en la misma comunidad política, tienen serias dificultades para lograr su objetivo. Esto mismo sucedería si quisiéramos trasplantar el planteamiento dibujado para justificar el deber de obediencia al derecho para dar cuenta de la normatividad que regiría la práctica de aplicación del derecho.

IV. APLICACIÓN DEL DERECHO Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

Retomemos ahora los niveles de análisis y los problemas de enfoque mencionados. Los errores de perspectiva, entonces, se podrían explicar también de otro modo equivalente. Al respecto, se dan dos problemas que hay que distinguir, pero cuya diferenciación no es fácil por estar estrechamente relacionados. Uno de ellos, en el que se concretaría el examen relativo al nivel 2, sería el de determinar qué clase de actividades conforman las prácticas sociales de aplicación del derecho. El segundo, propio del nivel 3 de análisis, en el que se indagaría acerca de las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento.

La tesis que defiende en este punto es que me parece igual de erróneo explicar el primero por referencia al segundo, como recorrer el camino inverso. En un caso, se toma la parte por el todo, ya que la utilización compartida de criterios para determinar cuáles son las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico es solo una parte de los actos que conforman el proceso de aplicación del derecho, mientras que en el otro supuesto las características que explican el todo (la práctica judicial) se utilizan para explicar la parte (la existencia de la regla de reconocimiento).

²⁷ El ejemplo y la crítica los tomo de SIMMONS, 1996, p. 258.

Es por ello que no tiene por qué ser incoherente sostener, por ejemplo, que una determinada concepción de la acción colectiva es idónea para explicar uno de los problemas, pero no lo es para dar cuenta del otro. En este sentido, cualquiera de las elaboraciones que hemos examinado a lo largo de este trabajo, con las matizaciones que he hecho en algún momento, podría servir para emprender con éxito el análisis del proceso de aplicación del derecho, pero en cambio no ser adecuada para abordar la concreta problemática relativa al nacimiento y continuidad de las prácticas de identificación normativa. Por otro lado, lo que cuenta como mejor explicación de las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento no tiene por qué servir para explicar la totalidad de los actos que conforman el proceso de aplicación normativa.

En este sentido, es curioso constatar, que autores como Postema, que habían sido de los primeros en analizar la regla de reconocimiento de Hart en términos convencionales²⁸, se han refugiado más tarde en una visión convencionalista del conjunto de la práctica jurídica²⁹. Mi posición es que, lejos de abjurar del carácter convencionalista de la regla de reconocimiento, lo que procede es delimitar convenientemente las prácticas de identificación del derecho de una determinada comunidad y mostrar que, una vez se ha producido adecuadamente la focalización en este punto, entonces cobra pleno sentido decir que dichas prácticas de identificación son convencionales, pero que no tienen por qué serlo ni el conjunto de las prácticas de aplicación, ni mucho menos el de las prácticas jurídicas en general.

En otros lugares he emprendido el análisis más concreto de nivel 3 partiendo, con algunas adaptaciones, del entramado conceptual de autores como John Searle³⁰ o Andrei Marmor³¹. Hay dos razones básicas que justifican esta elección. La primera de ellas, es que Searle ha pensado directamente en acciones colectivas de carácter institucional, de ahí que su traslación al ámbito jurídico resulte menos forzada que otras. La segunda razón es que por medio de su idea de reglas constitutivas como mecanismo de creación de la realidad social es posible un ajuste fino respecto del concepto de regla de reconocimiento como convención con dimensión *constitutiva* que, en la línea de Marmor, he defendido en distintos textos³².

Hay que destacar de entrada la importancia de este elemento constitutivo (que emerge claramente en el nivel 3, como espero mostrar, pero que resulta oscurecido frente a la normatividad de la práctica que aparece en primer plano, cuando se atiende a los ámbitos más generales, relativos a los niveles 1 y 2). Pensemos en el ejemplo de

²⁸ POSTEMA, 1982.

²⁹ POSTEMA, 2004.

³⁰ Otros autores han tomado también como punto de partida las tesis de Searle para aplicarlas al ámbito iusfilosófico. Entre ellos, es importante destacar a los teóricos de la llamada "Teoría institucional del derecho", como MACCORMICK y WEINBERGER. Pero sus posiciones difieren notablemente de las que yo he sostenido, principalmente por cuanto su centro de atención prioritario es el problema de la normatividad, no el de la existencia de los sistemas jurídicos. Cfr., por todos sus trabajos, MACCORMICK y WEINBERGER, 1986.

³¹ Por ejemplo en MARMOR, 1996 y 2001.

³² Respecto de la creación de la realidad social, véase TOUMELA, 2003, en el que se usa también el esquema de Searle, pero con ciertos matices críticos.

acción colectiva varias veces mencionado, consistente en pintar una casa por parte de dos individuos. La cuestión que pretendo destacar es esta: cuando varios individuos pintan la misma casa, el hecho de que sea *la misma* no viene constituido por la acción conjunta de pintarla, sino por propiedades externas a esa práctica. En cambio, cuando tratamos de las acciones de *identificación* del derecho por parte de los jueces, esa práctica (junto con la eficacia general de las normas identificadas) contribuye a la creación del derecho, porque es constitutiva. Únicamente de este modo puede afirmarse con sentido que estas acciones se refieren al *mismo* objeto de la práctica.

Tampoco me parece ajeno a un cierto desenfoque el problema de la normatividad de las prácticas sociales. Ya lo he mencionado antes al hablar de las dificultades de fundar esa normatividad en las expectativas dentro de un grupo numeroso de personas y en el que no se dan relaciones directas. Pero, de nuevo, será preciso distinguir el citado problema en función, al menos, de los tres niveles que he diferenciado. Nos daremos cuenta, entonces, que en tan espinoso tema hay en realidad preguntas muy distintas, normalmente mezcladas entre sí.

Centrado el problema en sus justos términos, adecuado al análisis de nivel 3 que he mencionado, es posible ofrecer los fundamentos de una teoría convencionalista que permita ubicar adecuadamente la regla de reconocimiento, basada exclusivamente en una práctica de identificación de normas que tiene como resultado contribuir a la generación y mantenimiento de un determinado sistema jurídico en una determinada sociedad y con una normatividad que no vaya más allá de la propia de las convenciones. Por eso, he defendido en distintos lugares³³ que para todo sistema jurídico existe una convención con una dimensión constitutiva, cuya función es la de identificar de manera autónoma el derecho positivo de una determinada comunidad. Esa convención es la llamada regla de reconocimiento cuya existencia en una determinada sociedad S requiere que:

1. La mayoría de juristas de la sociedad S use los mismos criterios cada vez que tiene que identificar el derecho de S
2. La mayoría de los juristas de S crea que 1
3. La creencia de que se da 1 sea una razón para usar esos criterios
4. Haya un conocimiento común entre los juristas de S de las anteriores cláusulas.

Por último, después de lo que hemos visto, debe quedar claro que del hecho que la regla de reconocimiento sea convencional no se infiere ni que todos los actos que forman la aplicación del derecho como proceso lo sean, ni tampoco que lo sean todos los elementos que conforman la existencia de un sistema jurídico. No me parece que tenga sentido, por ejemplo, calificar la eficacia de las normas identificadas por medio de la regla de reconocimiento (que es una de las condiciones de existencia de un sistema jurídico según Hart) como un fenómeno convencional; es discutible, asimismo, que sean

³³ Valga por todos, el más antiguo (Vilajosana, 2003) y el más reciente (Vilajosana, 2019).

convencionales todos los actos relativos a la interpretación jurídica que conformarían buena parte de la aplicación del derecho.

Por otro lado, se ha puesto de relieve que la normatividad que quepa predicar tanto de la existencia de un sistema jurídico como de la aplicación del derecho no tiene por qué afectar a la existencia de la regla de reconocimiento, que no tiene más normatividad que la propia de las convenciones. Sería absurdo pretender que el derecho solo contiene normatividad convencional, es decir, que todos los comportamientos de los operadores jurídicos y de los particulares pueden ser reducidos al actuar convencional: hacer algo porque los demás lo hacen. En cambio, es poco realista no apreciar que, *en el caso de la regla de reconocimiento*, su existencia depende de que una de las razones justificativas del empleo de determinados criterios de identificación del derecho sea que los demás también lo hacen. Si no fuera así, sencillamente no identificaríamos el *mismo* sistema. De ahí que pueda afirmarse que, de las dos condiciones de existencia de un sistema jurídico (existencia de una regla de reconocimiento y la eficacia de las normas identificadas con ella), solo la primera necesariamente sea de carácter convencional³⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, 1998: "Derecho y acción. Reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas", *Isonomía*, N° 8: 103-124.
- BRATMAN, Michael E., 1999: *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge: University Press.
- COLEMAN, Jules L., 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- GILBERT, Margaret, 1981: "Game Theory and Convention", *Synthese*, 46.
- GILBERT, Margaret 1989: *On Social Facts*, Princeton: Princeton University Press.
- GILBERT, Margaret, 1996: *Living Together: Rationality, Sociality and Obligation*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- GILBERT, Margaret, 1999: "Social Rules: Some Problems for Hart's Account, and an Alternative Proposal", *Law and Philosophy*, 18: 141-171.
- GILBERT, Margaret, 2002: "Considerations on Joint Commitment: Responses to Various Comments", en G. Meggle (ed.): *Social Facts and Collective Intentionality*. Frankfurt: Dr. Hansel-Hohenhausen.
- HART, Herbert L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Traducción castellana de G. Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- HART, Herbert L.A., 1994: "Postscript to *The Concept of Law*", 2 ed. (P. Bulloch; J. Raz,(eds.)). Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre* (2ª edición). Wien: Frans Deuticke. Traducción castellana de R. Vernengo: *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979.

³⁴ Lo que digo, por supuesto, es bajo la hipótesis, muy generalizada entre los juristas, de que el derecho de un determinado país es reconducible a la unidad. Cfr., al respecto, Vilajosana, 2010, p. 204.

- LAGERSPETZ, Erik, 1995: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Dordrecht: Kluwer.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Otta 1986: *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Dordrecht: Reidel.
- MARMOR, Andrei, 1996: "On Convention", *Synthese*, 107: 349-371.
- MARMOR, Andrei, 2001: "Legal Conventionalism", en J. Coleman (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press: 193-217.
- POSTEMA, George J., 1982: "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, vol. XI: 165-203.
- POSTEMA, George J., 2004: "Melody and Law's Mindfulness of Time", *Ratio Juris*, vol. 17: 203-222.
- RAZ, Joseph, 1975: *Practical Reasons and Norms* (1er ed.). Londres: Hutchinson.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, 2008: *Groups, Rules and Legal Practice*. Doctoral Thesis: Oxford University.
- SEARLE, John, 1995: *The Construction of Social Reality*. Traducción castellana de Domènech, Antoni: *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- SHAPIRO, Scott, 2002: "Law, Plans and Practical Reason", *Legal Theory*, 8.
- SIMMONS, A.J., 1996: "Associative Political Obligations", *Ethics*, vol. 106, n.2: 247-273.
- SMITH, M.N., 2006: "The Law as a Social Practice. Are Shared Activities at the Foundations of Law?", *Legal Theory*, 12: 265-292.
- TOUMELA, Raimo, 2002: *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TOUMELA, Raimo, 2003: "Collective Acceptance, Social Institutions, and Social Reality", *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 62, Nº 1: 123-165.
- VILAJOSANA, Josep M., 2003: "Hechos sociales y Derecho", en Diciotti, Enrico; Velluzzi, Vittorio (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Torino: Giappichelli: 41-63.
- VILAJOSANA, Josep M., 2007: *Identificación y justificación del derecho*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- VILAJOSANA, Josep M., 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- VILAJOSANA, Josep M., 2019: "Social Facts and Law: Why the Rule of Reconignition is a Convention", en Ramírez, Lorena y Vilajosana, Josep M. (eds.). *Legal Conventionalism*. Cham: Springer: 89-108.