

M. Cristina Redondo*
Reglas “genuinas” y positivismo jurídico**

1. Introducción

Dentro de la teoría jurídica existen diversas perspectivas de análisis de los sistemas jurídicos. A pesar de las marcadas diferencias que las separan, generalmente ellas acuerdan en que el derecho intenta guiar conductas a través de reglas, y que estas reglas tienen normatividad o carácter práctico en la medida en que funcionan como un tipo característico de razones en los contextos de toma de decisión¹. Las teorías que parten de estos dos supuestos, i. e. que el derecho propone reglas y que su normatividad se analiza en términos de su funcionamiento como razones, deben enfrentar una doble dificultad. Por una parte, estas teorías reciben críticas que destacan una grave dificultad epistémica. Atento a ello, se pone seriamente en duda la posibilidad de conocer si existe o no una norma. Por otra parte, dichas teorías deben responder a la objeción de quienes sostienen que, aún si existen reglas y es posible seguirlas, hacerlo es objetable desde un punto de vista justificativo. Las decisiones basadas en el seguimiento de reglas suponen la exclusión u opacidad frente a ciertas razones aplicables, lo cual, en tanto procedimiento de decisión, no está racionalmente justificado. Una generalización no constituye en invariablemente relevantes las propiedades que menciona ni excluye la relevancia de otras propiedades no explícitamente mencionadas. Por ello, se sostiene, toda consideración aparentemente normativa puede ser desplazada en el momento de su aplicación por razones implícitas que alteran su identidad. Las pautas de conducta, y entre ellas las pautas jurídicas, son siempre derrotables: no son

* Investigadora adjunta del CONICET.

** El presente trabajo se ha realizado con el apoyo de la Fundación Antorchas y de la Fundación Caja de Madrid.

¹ Esta hipótesis, que aquí admito sin problematizar, es discutible. Existen posiciones que analizan las normas sin recurrir a la noción de razón para la acción. Cf. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer Verlag, Viena, 1971. Asimismo, existen posiciones que las analizan en términos de razones, pero no sobre la base de su funcionamiento en el razonamiento psicológico de los agentes decisores, sino de su fuerza objetiva para justificar acciones. Cf. Moore, Michael S., ‘Three Concepts of Rules’, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, pp. 771-95.

“genuinas” reglas. Estas tesis críticas se defienden en nombre de una posición denominada particularista². Como se verá más adelante, si bien existen respuestas disponibles frente a las objeciones del particularismo, subsisten argumentos fuertes que avalan sus observaciones.

Según trataré de mostrar en este trabajo, esta doble objeción es plausible en la medida en que se mantenga una específica forma de entender las reglas. La concepción usualmente aceptada caracteriza las reglas atribuyéndoles ciertos rasgos que las distinguen de otros tipos de razones, pero que a su vez son los responsables del déficit de racionalidad que se reprocha a los razonamientos apoyados en ellas y de las dificultades epistémicas para determinar si un contenido es o no una regla. Si esta caracterización se proyecta en el ámbito del derecho, se cae siempre en alguna de las dos dificultades señaladas: si se defiende que el derecho intenta guiar comportamientos mediante reglas, se debe aceptar la segunda objeción: el derecho requiere a los destinatarios una conducta injustificada desde un punto de vista racional; si se sostiene la posible racionalidad del seguimiento de los preceptos del derecho, aún subsiste la primera objeción: existen graves dificultades para conocer si sus requerimientos tienen este carácter. Puestas así las cosas, la tesis de que el derecho intenta guiar conducta mediante reglas parece insostenible, ya sea porque no podemos determinar la verdad o falsedad de su contenido -conforme a la objeción epistémica-, o porque su defensa es irracional -conforme a la objeción justificativa.

Frente a esta cuestión, la tesis que pretendo defender tiene, por una parte, un aspecto crítico y, por otra parte, un aspecto constructivo o positivo. El aspecto crítico está dirigido, no tanto al concepto de normatividad (carácter práctico) que conduce a las dificultades antes señaladas, sino al hecho de que dicho concepto sea propuesto como reconstrucción de la normatividad (carácter práctico) en el ámbito jurídico. El aspecto positivo consiste en una reconstrucción alternativa que no cae bajo las objeciones que señala el particularismo y pretende satisfacer dos criterios de adecuación: 1. dar cuenta del carácter práctico de las reglas jurídicas en los contextos de toma de decisión, 2. mostrar en qué se distinguen de otros tipos de consideraciones que también pretenden relevancia práctica en dichos contextos. Conforme a esta reconstrucción, y dentro de una teoría jurídica positivista, se puede afirmar como una tesis de teoría general del derecho que éste pretende controlar conductas por medio de reglas “genuinas”, sin que esta idea traiga aparejadas las objeciones destacadas.

² En el ámbito de la teoría jurídica, la tesis particularista puede considerarse representada por el realismo jurídico extremo, o por la concepción interpretativa de Ronald Dworkin. Conforme a esta posición, si la ocasión de aplicación lo requiere, no sólo se puede sino que se debe reinterpretar el derecho para determinar cuál es la respuesta jurídicamente correcta.

2. Normas “genuinas”

Antes de referirme a la objeción epistémica es preciso hacer algunas aclaraciones preliminares.

Los enunciados o consideraciones normativos establecen una relación entre ciertas propiedades que definen un caso y una propiedad normativa. Por ejemplo, para toda situación ‘x’, si ‘x’ reúne las propiedades condicionantes ‘C’, entonces tiene cierta propiedad normativa ‘N’. Más adelante entraré en la discusión acerca de qué tipo de relación se establece cuando este tipo de consideración expresa una regla. Por el momento, basta decir que esta estructura de un enunciado normativo es independiente de la ontología de las normas, de su alcance general o particular, y nada dice acerca de la fuerza o peso de la norma frente a otras consideraciones en la determinación concluyente del status deóntico de una acción.

Por otra parte, conforme a una posición actualmente muy difundida en la teoría jurídica, una consideración normativa establece un deber de actuar o, como se expresa gran parte de la literatura sobre este tema, constituye una regla “genuina” o “seria”³ si, y sólo si, ella es invariablemente relevante, de un modo típico, en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el status deóntico de una acción o situación, i. e. cuando constituye una razón que contribuye de una forma que la distingue de otras razones⁴. Más adelante me referiré también a este rasgo práctico de las normas. Por el momento, lo dicho nos permite advertir que, conforme a esta caracterización, no hay ninguna consideración que por su estructura, o su status ontológico, tenga carácter práctico. Es decir, no es ni el significado del enunciado, ni la intención con la que es emitido, lo que hace de él una regla “genuina” o “seria”. Que lo sea o no, depende de que la presencia de las propiedades a las que él alude sea considerada por sus usuarios como un tipo especial de razón para la acción. Es importante subrayar este último rasgo ya que, conforme a él, el carácter práctico de los enunciados normativos no depende de que expresen razones objetivas o justificadas, sino de que sean tomados subjetivamente como tales

³ La noción de deber no tiene por qué entenderse necesariamente unida a la idea de razón para la acción. Sin embargo, en este contexto estoy usando una noción internalista de deber según la cual él implica la existencia o el reconocimiento de una razón para la acción. Cf. Frankena, William, ‘Obligation and Motivation in Recent Moral Philosophy’, en A. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958, pp. 40-81. También, Brink, David, ‘Externalist Moral Realism’, *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 24, (suplement) 1986, pp. 23-41.

⁴ Respecto a la caracterización de las reglas como un status que depende del rol que una generalización desempeña en el razonamiento práctico de los agentes, véase Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

por quienes los usan en un procedimiento de toma de decisión⁵.

Frente a este planteamiento, la posición del particularismo puede resumirse del siguiente modo:

No hay reglas “genuinas” porque, en primer lugar, no hay ninguna propiedad o rasgo del mundo que sea siempre relevante desde un punto de vista práctico y, menos aún, que lo sea siempre en el mismo modo⁶. Una consideración puede servir como razón en un caso particular, pero esto no nos permite saber si ella funcionará de esta forma *en general*; el hecho de que haya funcionado así, aquí y ahora, no nos dice nada acerca de cómo lo hará en otra ocasión. Desde esta perspectiva, la relevancia práctica de una propiedad es siempre contextual. Es decir, la misma propiedad en virtud de la cual una acción debe ser llevada a cabo en una oportunidad puede ser totalmente irrelevante en otra o, inclusive, constituir una razón en contra de la realización del mismo tipo de acción. En segundo lugar, no hay un límite al número de propiedades que pueden ser relevantes en una ocasión particular. Por supuesto, algunas son más comúnmente relevantes y algunas son, comúnmente, más relevantes que otras⁷. Por eso recurrimos a generalizaciones que nos recuerdan qué propiedades son relevantes y en qué medida lo son en determinadas circunstancias. Pero ni el número ni el peso de las propiedades relevantes depende o puede ser cristalizado en una regla general. Respecto de cualquier aparente regla se puede mostrar que hay algún contexto en el cual, a pesar de la presencia de las propiedades condicionantes de su aplicación, los agentes consideran que no surge la propiedad normativa establecida por ella: las propiedades supuestamente relevantes, conforme a la pauta, en realidad no lo son. Por ejemplo, una disposición jurídica como la que establece el deber de castigar a todo aquel que haya cometido un homicidio no es en realidad una regla general puesto que siempre se pueden mostrar situaciones en las que, a pesar de que alguien ha matado a otro, no surge ni siquiera el deber *prima facie* de castigarlo, como sucede en todos los casos de homicidios justificados que introducen excepciones a la pretendida regla general. Ante este ejemplo, la respuesta según la cual el primer condicional es sólo una norma incompleta a la que es preciso añadir todas sus excepciones, no funciona. Ello es así porque,

⁵ Por supuesto existen modos diferentes de analizar el carácter práctico de una norma. Más adelante me referiré a una propuesta alternativa del propio Schauer según la cual el carácter práctico de un enunciado normativo depende su uso en una práctica de dar u ofrecer razones, independientemente de que lo que se ofrece como razón sea objetivamente una razón justificada, o subjetivamente motivante. Cf. Schauer, Frederick, ‘Giving Reasons’, *Stanford Law Review*, 1995, pp. 633-659. Asimismo, un contraste claro entre distintas formas de entender las reglas y su carácter práctico puede verse en Moore, Michael, ‘Three Concepts of Rules’, op.cit.

⁶ Respecto a las distintas nociones de relevancia descriptiva y normativa, Rodríguez, Jorge, ‘Normative Relevance and Axiological Gaps’, inédito.

⁷ Cf. Jonathan Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, 1993, p. 67.

conforme señala el particularismo, es precisamente allí donde reside la imposibilidad. Siempre podemos encontrar un caso nuevo al que no estamos dispuestos a aplicar la pauta general, y que puede incluirse como una excepción. En estos casos, la relación entre propiedad condicionante (haber matado a otro) y propiedad normativa (deber ser castigado) no se establece, no se considera que exista el deber de castigar. La supuesta norma no es una razón vencida por otra de mayor importancia, sino que no es una razón en absoluto.

El razonamiento es el siguiente:

1. El carácter de regla “genuina” de un enunciado, que vincula ciertas propiedades condicionantes con una propiedad normativa, se apoya en su típica relevancia práctica;

2. la relevancia práctica no depende ni de la estructura del enunciado, ni del tipo de significado que expresa, sino de cómo es considerado por los agentes en los casos en que el enunciado es aplicable, i. e. ante la presencia de las propiedades condicionantes;

3. es siempre posible imaginar un agente o una ocasión en que la presencia de las propiedades condicionantes carezca totalmente de relevancia práctica, i. e. ni siquiera presuntivamente, o de forma *prima facie*, se admita que surge la propiedad normativa que el enunciado les atribuye. Por lo tanto,

4. es siempre posible mostrar que un enunciado normativo en virtud de su significado, o de la intención con que ha sido formulado, no es considerado una regla “genuina”.

Ahora bien, la plausibilidad de este argumento favorable al particularismo no obsta a la de otro que conduce a la conclusión contraria. Esto sucede si reemplazamos la tercera afirmación por:

3'. es siempre posible imaginar un agente para el cual la presencia de las propiedades condicionantes es invariablemente relevante, i. e. para él las propiedades condicionantes, en todo momento, dan lugar a la propiedad normativa que el enunciado les atribuye; aunque luego ésta pueda ser superada. Por lo tanto,

4'. es siempre posible mostrar que un enunciado normativo en virtud de su significado, o de la intención con la que ha sido formulado, puede tener relevancia práctica invariable, i. e. puede ser considerado una regla “genuina”⁸.

En otras palabras, si el particularismo cita ejemplos en los que un enunciado normativo carece totalmente de fuerza, a la par se pueden citar ejemplos en los que el mismo enunciado normativo es tomado como invariablemente relevante

⁸ Cf. Schauer, Frederick, ‘Rules and The Rule of Law’, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3, vol. 14, 1991, pp. 651-57. También, Shafer-Landau, Russ, ‘Moral Rules’, *Ethics*, 107, 1997, pp. 584-611.

en el modo apropiado. Los ejemplos particularistas no muestran que no existan, o que no puedan existir, enunciados normativos con relevancia práctica general. Muestran que este no es un rasgo necesario de dichos enunciados.

3. *La objeción epistémica*

El hecho de que, en el sentido señalado, sea posible la existencia de reglas no obsta a la validez de una objeción fundada en razones epistémicas. Aún cuando existe la posibilidad innegable de que los enunciados normativos sean aceptados como reglas ‘genuinas’, en la medida en que para detectar la actitudes de los agentes decisores recurramos a su propio discurso, es altamente problemático conocer cuándo, efectivamente, los tratan como tales. Consecuentemente, es altamente problemático tanto individualizar una regla como predecir o garantizar su existencia. Un individuo siempre puede invocar que sigue una norma cuando, en realidad, lo que hace es racionalizar su comportamiento citando consideraciones normativas que no han ejercido ninguna influencia efectiva en su razonamiento. Por ello, aún cuando una persona decida o actúe en conformidad con una generalización es ciertamente difícil controlar si ella ha funcionado como una regla. Lo es más aún, cuando, en última instancia el comportamiento no se conforma con la pauta porque no hay un test para determinar si, en el razonamiento práctico de un agente, la fuerza de la generalización ha sido derrotada por el peso de otra razón no excluida, o si ha estado totalmente ausente⁹; siendo ésta una información determinante para dictaminar si la generalización es o no vista como una regla.

En este punto es imprescindible introducir una aclaración. La expresión ‘derrotabilidad de una razón en el razonamiento práctico’ es ambigua; puede hacer referencia a un problema de identidad, asociado a un debate lógico formal, o a un problema de fuerza, ampliamente debatido en la teoría sobre las razones para la acción acerca del peso de ciertas consideraciones en el razonamiento práctico¹⁰. Desde un punto de vista lógico, el problema de la

⁹ Cf. Shafer-Landau, Russ, ‘Moral Rules’, op. cit., pp. 590.

¹⁰ A su vez, el tema de la derrotabilidad de la fuerza de las razones puede ser analizado en una perspectiva objetiva o subjetiva. Es decir, conforme al peso que merecen tener, independientemente de los deseos o creencias de los agentes, o conforme al que de hecho tienen en un proceso de toma de decisión. Un análisis de la derrotabilidad del peso de las razones, desde un punto de vista objetivo, exigiría argumentar dentro de una posición de filosofía normativa en la que se justifique qué consideraciones merecen mayor jerarquía y por qué. Este es el enfoque que debe afrontar una posición que considere que las normas tienen carácter práctico en la medida en que efectivamente son razones justificadas. Véase por ejemplo: Raz, Joseph, ‘Facing Up: A Replay’, *Southern California Law Review*, 62, 1989, pp. 1153,1157; Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984; Moore,

derrotabilidad de las consideraciones normativas ha sido discutido en la teoría jurídica en términos prácticamente idénticos a los del debate sobre derrotabilidad de las razones *prima facie* desarrollado en la teoría sobre las razones para la acción. Sin embargo, el rasgo de derrotabilidad o superabilidad, referido a la fuerza o carácter práctico de una consideración normativa, no debe asimilarse inmediatamente al problema de la derrotabilidad lógica de los condicionales que pretenden expresar normas. Para ver esta diferencia es útil destacar algunos contrastes.

4. Consideraciones normativas: premisas formales y razones para la acción

1. Desde el punto de vista de las razones para la acción, los enunciados normativos pueden ser tenidos en cuenta en el razonamiento psicológico de un agente. Si entran en la deliberación es porque se entiende que representan razones sustantivas que, según su relativo peso o importancia en comparación con otras razones, pueden llegar a ser una razón concluyente para hacer lo que ellos indican en una ocasión individual.

En contraste, desde un punto de vista lógico, los enunciados normativos son consideraciones que, según el tipo de relación que representen, pueden ser premisas en un razonamiento formal en el que, por aplicación de reglas de inferencia, por ejemplo el *modus ponens*, se obtiene una conclusión normativa respecto a un caso individual¹¹.

2. Desde el punto de vista de las razones para la acción, un enunciado normativo puede expresar una consideración totalmente carente de peso o importancia, en cuyo caso no es una razón en absoluto. Por el contrario, puede otorgársele un peso máximo, en cuyo caso es una razón absoluta cuya jerarquía no es superable por ninguna otra razón. Asimismo, puede concedérsele fuerza *prima facie*, en cuyo caso es una razón superable cuyo peso, y con él su capacidad para determinar un veredicto final, puede resultar vencido por el de otras razones más poderosas en una ocasión particular. Por último, independientemente de su contenido, un enunciado normativo puede ser asociado a una razón excluyente a favor de la acción que requiere, en cuyo caso impide la consideración de ciertas razones que caen bajo su alcance¹². En cualquier caso, lo importante es destacar que una razón para la acción -sea

Michael, 'Three Concepts of Law', op. cit., pp. 778-81, y 784-88.

¹¹ Cf. Redondo, M. Cristina, *La noción de razón en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, cap. III.

¹² Es oportuno aclarar que sigo la caracterización ofrecida por Joseph Raz respecto a las razones *prima facie*, absolutas, concluyentes y excluyentes. Véase, Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms* (1a ed.), Hutchinson, London, 1975, pp. 27-28.

objetiva o subjetiva- es necesariamente un factor con peso o fuerza a favor o en contra de la realización de una acción. Una consideración que carece o pierde esta capacidad de incidir en la determinación del status deóntico de una acción no puede calificarse como una razón.

En contraste, desde un punto de vista lógico-formal, un enunciado condicional normativo puede ser un condicional estricto o un condicional derrotable. Esta distinción no tiene que ver con el peso o fuerza que ellos reciban en la deliberación práctica, sino con la estructura y las reglas lógicas que se les apliquen. Si un enunciado normativo es un condicional estricto, expresa una relación universal y puede representarse de la siguiente forma:

$$(x) Cx \Rightarrow Nx$$

La universalidad de la relación implica que la presencia de las propiedades condicionantes es lógicamente suficiente para la presencia de la propiedad normativa atribuida por la norma. Por lo tanto, le son aplicables las leyes del refuerzo del condicional y el *modus ponens*. Por el contrario, un condicional derrotable aunque tenga una presentación superficial similar a la de un condicional estricto tiene una forma lógica diferente y suele representarse del siguiente modo:

$$(x) Cx > Nx$$

Este condicional no expresa una relación universal, y no le son aplicables ni la ley del refuerzo del condicional ni el *modus ponens*. Su antecedente no es una condición suficiente del consecuente. Entre un condicional estricto y uno derrotable sólo el primero es una razón-premisa apropiada para obtener conclusiones en un argumento formal.

Como se ve, tanto desde el punto de las razones para la acción como desde un punto de vista lógico formal los enunciados normativos pueden calificarse como razones derrotables. Para no confundir estos dos problemas, y a su vez porque sobre su base es posible articular una respuesta a la objeción del particularismo, es ilustrativo realizar la comparación entre ellos.

5. Una reflexión sobre la derrotabilidad

Un condicional normativo es lógicamente derrotable cuando se entiende que su antecedente está vinculado a un conjunto de suposiciones implícitas en el contexto, y sólo en conjunción con él constituye una condición suficiente de su antecedente¹³. De este modo, la ausencia de alguna de estas condiciones constituye una excepción, también implícita, que lo priva de aplicabilidad interna. En contraste, un condicional expresa una razón superable (*prima facie*) cuando en todas aquellas situaciones en las que entra en contradicción con otros

¹³ Alchourrón, Carlos, 'Detachment and Defeasibility in Deontic Logic', *Studia Logica*, 57, 1996, pp. 5-18.

requerimientos, a pesar de aplicarse y contribuir efectivamente en la decisión, no tiene fuerza concluyente y no logra hacer prevalecer la solución normativa que él propone¹⁴.

El problema de la derrotabilidad del peso de una norma, o el de la pérdida total de su fuerza en un proceso de toma de decisión, es exclusivamente de carácter psicológico (o de carácter objetivo, moral) y afecta su calidad de razón sustantiva a favor o en contra de una acción en el razonamiento subjetivo de un agente. Si una consideración normativa expresa una razón superable, o que pierde totalmente su fuerza, ello no necesariamente afecta su status de razón premisa, i.e. de condicional lógicamente no derrotable que permite obtener una conclusión a partir de ella. Por supuesto, que dicha conclusión tendrá la misma fuerza que tiene la consideración normativa en la que se apoya, i. e. tendrá fuerza superable o carecerá de ella totalmente. Esta distinción es digna de ser subrayada: de un condicional normativo lógicamente inderrotable, aún si se entiende que expresa una razón, por su fuerza, derrotable, es posible obtener una conclusión mediante *modus ponens*; por supuesto, la fuerza de esta conclusión también será derrotable¹⁵. En cambio, de un enunciado normativo lógicamente derrotable no se puede obtener una conclusión mediante *modus ponens*, porque su forma lógica no lo permite. A su vez, esto repercute sobre su potencial fuerza práctica ya que en los casos en que es lógicamente desplazado no puede ofrecer ninguna resistencia o fuerza a favor de la solución normativa que propone, i. e. no es una razón en absoluto¹⁶.

¹⁴ Respecto a la discusión sobre razones *prima facie*, véase por ej. Searle, John, 'Prima Facie Obligations', en *Practical Reasoning* (Joseph Raz, ed.), Oxford University Press, 1978, pp. 81-90. Asimismo, Dancy, Jonathan, *Moral Reasons*, op. cit. pp. 92-100. También Shafer Landau, Russ, 'Moral Rules', op.cit., pp. 584-586. Todos estos autores se remontan a la distinción de D. Ross y lo interpretan coincidiendo en que una razón *prima facie*, en la medida en que es una razón, es siempre relevante y dotada de peso, aún cuando pueda ser vencida por la fuerza de otra razón.

¹⁵ Es decir, no es posible otorgar a esta conclusión el peso de una razón concluyente. Es importante no confundir la conclusión que se puede obtener a partir de la consideración de una sola razón, con la conclusión que se puede obtener a través de un procedimiento comparativo y evaluativo de razones. Las conclusiones que se obtienen por la aplicación individual de un condicional normativo, por ejemplo, mediante *modus ponens*, nunca pueden llamarse concluyentes. Por definición, una consideración es concluyente si resulta vencedora después de comparar las fuerzas relativas de todas las razones aplicables. Por lo tanto, antes de realizar el balance, no es posible saber si una razón es concluyente o no. No debe confundirse la categoría lógica de razón suficiente que un condicional estricto ofrece, con la categoría de razón concluyente que, conforme a la teoría de las razones para la acción, dicho condicional puede o no ofrecer en dependencia de si la razón que expresa resulta vencedora en el balance.

¹⁶ La separación de estos dos problemas en el ámbito del derecho supone que se admite la separación entre problemas de identificación y problemas de fuerza de las normas identificadas al momento de su aplicación. Si por el contrario, como sugeriría Dworkin,

Por último, cuando un agente decide o actúa en contra de lo que prescribe una consideración normativa no hay una forma clara para detectar si el agente la ha tratado como una razón cuyo peso ha sido superado por el de otra (considerándola una razón *prima facie*), o si no le ha otorgado ningún peso en absoluto (no considerándola una razón). En contraste, en las mismas circunstancias, desde un punto de vista formal existe un test que indica si una consideración normativa ha sido tratada como un condicional derrotable, desplazado por una excepción, o como un condicional estricto del que se puede obtener una conclusión, independientemente del peso de la razón sustantiva que exprese, si es que expresa una razón de este tipo¹⁷.

Si observamos los contrastes destacados, vemos que la aplicabilidad de un enunciado lógicamente derrotable puede ser totalmente desplazada en virtud de la no concurrencia de sus condiciones implícitas, y esto no es compatible con el hecho de que ese enunciado exprese una razón para la acción invariablemente relevante. Una razón que puede ser totalmente desplazada y no ejercer ninguna contribución en la determinación del status deóntico de una acción no es una razón en absoluto. Conforme a lo dicho anteriormente, una norma “genuina” puede ser superable en su fuerza, pero siempre tiene relevancia práctica, ello la define como norma “genuina”. Consecuentemente, una norma “genuina” no puede estar expresada en un condicional lógicamente derrotable. La derrotabilidad lógica de un enunciado normativo es un rasgo incompatible con el hecho de que ese enunciado se considere expresión de una razón para la acción. En contraste, la derrotabilidad de la fuerza de una consideración normativa, en tanto expresión de una razón a favor o en contra de una acción, sólo niega el peso absoluto de dicha consideración, pero no la priva de su contribución en el razonamiento práctico. Por lo tanto, este segundo tipo de

sólo después de responder la pregunta acerca de qué debo hacer, recién puedo identificar qué es lo que el derecho requiere, entonces la derrotabilidad y la inderrotabilidad lógicas son sólo el reflejo o representación formal de la derrotabilidad e inderrotabilidad del peso de las consideraciones. Sin embargo, esta posición no sólo es discutible por su propuesta de conectar necesariamente ambos problemas, sino también por pasar por alto que la derrotabilidad lógica no es apta para representar la derrotabilidad de las razones *prima facie*. Ellos es así porque la primera afecta la aplicabilidad interna de una consideración normativa e implica su carencia total de peso. En otras palabras, implica que ella no expresa una razón para la acción. Mientras la segunda se refiere al peso relativo de una razón en conflicto con otras razones. Es decir, cuando se predica de una consideración normativa, supone que se le otorga algún peso, i. e. que ella sí expresa una razón para la acción.

¹⁷ Una distinción, a primera vista muy similar a la que estoy analizando, es la que establece Schauer entre derrotabilidad interna y externa de las normas. Sin embargo, ellas no son ni extensional ni intensionalmente equivalentes, dado que no coinciden ni los criterios en que apoyan la clasificación, ni los casos que quedan comprendidos en cada tipo de derrotabilidad.

derrotabilidad es un rasgo compatible con la propiedad de ser una norma “genuina” o “seria”¹⁸.

Lamentablemente, la característica de la inderrotabilidad lógica de los enunciados normativos, que cuenta con argumentos contundentes a su favor en virtud de la capacidad inferencial a la que está unida, no está suficientemente distinguida de la inderrotabilidad de los mismos en tanto expresión de razones para la acción y que, en el ámbito del derecho, sólo un positivista ideológico extremo podría defender. En las discusiones teóricas, desafortunadamente, ambos problemas vienen discutidos indistintamente bajo el mismo rótulo y ello contribuye a su confusión¹⁹. En todo caso, y si se mantiene esta denominación, debería ponerse énfasis en que el primer tipo de derrotabilidad o inderrotabilidad afecta a la identidad de las normas, el tipo de relación en el que ellas internamente consisten y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de ellas. En cambio, la segunda clase de derrotabilidad o inderrotabilidad afecta su capacidad en tanto razones sustantivas para determinar un veredicto concluyente, todas las cosas consideradas, pero deja intacto su contenido y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de ellas.

Creo que será útil ilustrar la distinción presentada mostrando las tesis de algunos autores en las que ella se refleja. Al hacerlo, puede advertirse las dificultades que resultan si dichas tesis no se interpretan bajo la advertencia de que la inderrotabilidad del contenido expresado por una formulación normativa, i. e. su inderrotabilidad lógica, no implica la inderrotabilidad del peso de las razones que pretende brindar, y, a su vez, que la derrotabilidad del peso de una razón no implica la derrotabilidad lógica del contenido de la formulación que la expresa.

6. Dos ejemplos en la teoría jurídica

Joseph Raz, a partir de sus consideraciones sobre la naturaleza de la autoridad, ha propuesto dos ideas íntimamente relacionadas con las reflexiones hechas hasta el momento. Por una parte, este autor sostiene una tesis que ha sido denominada positivismo exclusivo²⁰. Conforme a ella, el compromiso con la tesis de las fuentes empíricas del derecho, y el reconocimiento de que la

¹⁸ Como veremos más adelante, este rasgo es necesario pero no suficiente para distinguir las normas ‘genuinas’ de las meras reglas de experiencia (*rules of thumb*).

¹⁹ Alchourrón trata estos dos problemas sin diferenciarlos en ‘Detachment and Defeasibility in Deontic Logic’, op. cit., donde analiza el problema de los condicionales derrotables, en ‘On Law and Logic’ *Ratio Juris*, 4, vol. 9, 1996, pp. 331-348 y en ‘Conflicts of Norms and The Revision of Normative Systems’, *Law and Philosophy*, 10, 1991, pp. 413-425.

²⁰ Cf. Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 81-141.,

autoridad jurídica tiene una función mediadora entre las razones particulares de los agentes y los ideales o valores últimos que guían las conductas, imponen la conclusión de que el contenido del derecho tiene que entenderse confinado o limitado a lo que dicha autoridad sostiene²¹. El derecho es una institución con un dominio limitado, y su identificación exige excluir o no considerar razones morales, o de cualquier otro orden, que no sean empíricamente atribuibles a esas fuentes. En este sentido, como también lo han hecho otros autores, Raz intenta mostrar que el positivismo que admite la incorporación de todo aquello que está implícito en lo establecido por las fuentes y la apelación a argumentos morales en la identificación de normas jurídicas, es incompatible con la naturaleza autoritativa del derecho²².

Por otra parte, en su libro *Practical Reason and Norms*, Joseph Raz sostiene que el rasgo distintivo de una norma dotada de autoridad, frente a otros tipos de razones ordinarias, es su carácter de razón excluyente de otras razones. Para este autor, las normas jurídicas pueden explicarse como un tipo especial de razones que combinan una razón ordinaria a favor de una acción y una razón excluyente de ciertas razones que caen bajo su alcance. Por supuesto que este análisis de las normas se refiere a su capacidad para constituir razones para la acción (objetivas en la perspectiva de Raz) y no a su carácter de razones-premisas.

Ahora bien, las dos tesis de Raz pueden considerarse a la luz de las distinciones realizadas en los párrafos precedentes. La discusión sobre el positivismo inclusivo y exclusivo es una discusión acerca de problemas de identificación del derecho, e implica una toma de posición sobre criterios de individualización de las normas y técnicas de interpretación de su contenido. Por el contrario, la discusión sobre si las normas jurídicas ya identificadas pueden considerarse constitutivas de razones ordinarias o excluyentes es una discusión sobre la aplicación de las mismas y la fuerza que ellas tienen, o merecen tener, en el razonamiento práctico, consideradas todas las cosas.

Conforme a la propuesta de Raz, el positivismo exclusivo sostiene que, a partir del material jurídico tal como se presenta en sus fuentes, es posible individualizar normas²³. La identificación del contenido de estas normas exige excluir todo aquello a lo que las propias fuentes no remitan²⁴. Según este autor,

²¹ Cf. Raz, 'Authority, Law and Morality', *The Monist*, 3, vol. 68, 1985, 311-19. También 'The Problem about The Nature of Law', *Ethics in The Public Domain. Essays in The Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, pp. 226-35.

²² Cf. Miltrophanous, Eleni, 'Soft Positivism', *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, vol. 17, 1997, pp. 621-41.

²³ Siguiendo ciertos criterios de individualización. Cf. Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970, pp. 140-7.

²⁴ Raz, Joseph, 'Intention in Interpretation', en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Robert P. George (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 249-286.

consideraciones ajenas a lo establecido por las fuentes pueden tener fuerza o peso prioritario en el razonamiento práctico, i. e. pueden constituir razones que prevalezcan en la decisión final a la que un juez arriba. Pero no pueden considerarse incorporadas al derecho, i. e. no pueden introducirse como parte del contenido de las normas jurídicas. Raz, en este caso, no está pensando en el problema de la derrotabilidad lógica de los enunciados normativos. Sin embargo, lo que dice respecto al positivismo exclusivo implica que los enunciados que expresan normas son lógicamente inderrotables.

La idea de inderrotabilidad lógica del enunciado que expresa una norma está unida al momento de su identificación, e implica la exclusión de toda consideración implícita²⁵. Sin embargo, esta exclusión en la identificación nada dice acerca de su fuerza, o de su funcionamiento en el razonamiento práctico de un agente. Respecto a la fuerza práctica de las normas, si están justificadas, Raz defiende también una tesis excluyente. Pero debe subrayarse que son dos ideas de exclusión diferentes y que no están necesariamente conectadas. Es decir, la tesis del positivismo exclusivo no implica la tesis de las normas como razones excluyentes. Conforme a lo que dije anteriormente, quien quiere defender que el derecho al menos en parte propone, o consiste en, reglas “genuinas”, se compromete con una tesis como la del positivismo exclusivo o, lo que es lo mismo, con la tesis de la inderrotabilidad lógica de los enunciados individualizados como normas. Pero que los enunciados normativos sean inderrotables o excluyentes, en este sentido, no significa que sean razones excluyentes al momento de su aplicación.

Otro ejemplo de la teoría jurídica permite ver las consecuencias objetables que surgen si no se mantiene esta distinción. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*²⁶ distinguen de modo preciso entre lagunas normativas y lagunas axiológicas; lo cual presupone, a su vez, la distinción entre una tesis de relevancia y una hipótesis de relevancia. De modo muy sucinto y sin precisiones, cabe recordar que la tesis de relevancia de un sistema está determinada por el conjunto de propiedades efectivamente tenidas en

²⁵ No paso por alto el difícil problema referido a cómo identificar el enunciado que expresa una norma a partir del material jurídico. Según Raz, hay más de una técnica de interpretación (que pueden conducir a identificar diferentes normas a partir del mismo material jurídico) compatibles con la idea de que el derecho es una institución con límites. Lo que interesa destacar aquí es que la tesis según la cual se debe excluir toda consideración ajena a la establecida por la técnica de interpretación que se defiende (por ej. la que remite a la intención de las autoridades o a los significados ordinarios de los términos) está implícita en la tesis de que el derecho se puede discernir de otros requerimientos normativos que lo justifican o que compiten con él. Si esta exigencia excluyente se abandona, casi cualquier requerimiento podría incorporarse al derecho, vía alguna técnica de interpretación.

²⁶ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer Verlag, Viena, 1971.

cuenta por las normas jurídicas de ese sistema, es decir, por el conjunto de propiedades que configuran los casos solucionados por el mismo. Por el contrario, una hipótesis de relevancia es la propuesta normativa de un conjunto de propiedades que, desde una posición externa al sistema, se juzga que deberían ser relevantes en _I. Conforme a la teoría de Alchourrón y Bulygin, un caso previsto por el sistema pero no solucionado por el mismo constituye una laguna normativa; mientras que un caso para el que el sistema prevé una solución, que se juzga inadecuada por no tener en cuenta la o las propiedad/es defendida/s desde una hipótesis de relevancia, constituye una laguna axiológica. Ahora bien, estas distinciones que forman parte del núcleo central del aporte metodológico de *Normative Systems* presuponen el carácter lógicamente inderrotable de los enunciados que expresan normas, es decir, el carácter no excepcionable de las normas identificadas en un momento dado. Si los enunciados que expresan normas son lógicamente derrotables no hay forma de distinguir entre tesis e hipótesis de relevancia. Las propiedades que normativamente se defienden como parte de una hipótesis de relevancia podrían incorporarse como excepciones y modificar los casos previstos por las normas, i. e. la tesis de relevancia del sistema. En otras palabras, el carácter lógicamente inderrotable de los enunciados normativos es una condición necesaria de la distinción entre lagunas normativas y lagunas axiológicas. Como vimos, esta inderrotabilidad lógica, que implica el carácter excluyente de las normas al momento de su identificación, nada dice ni implica acerca de la fuerza práctica de las mismas. En particular, no implica que ellas sean inderrotables en tanto razones para la acción.

Como veremos más adelante, se ha sugerido que considerar inderrotable una norma -sea ella una norma moral, jurídica, o de cualquier otro tipo- sería, en general, una actitud irracional, en la medida en que supone declarar de antemano irrelevante cualquier otra propiedad²⁷. Este comentario no tiene en consideración los dos conceptos diferentes de derrotabilidad a los que me estoy refiriendo aquí, pero claramente carece de sentido si lo referimos a la derrotabilidad lógica que, como vimos, es el único sentido de derrotabilidad con el que se puede asociar la concepción de las normas de Alchourrón y Bulygin. Al respecto, la defensa del carácter inderrotable de las normas en el esquema conceptual de estos autores, frente a la tesis que señala la supuesta irracionalidad de la inderrotabilidad de las mismas entendidas como razones sustantivas para la acción, supone la confusión de los problemas que he tratado de distinguir²⁸. Es decir, no advierte que la discusión sobre la derrotabilidad o

²⁷ Cf. Bayón, Juan Carlos, 'Proposiciones normativas e indeterminación del derecho', ponencia presentada en el congreso de Vaquerías, Córdoba, 1991, inédito.

²⁸ Cf. Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, 'Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho', ponencia presentada en el 18 Congreso de IVR, La Plata-Buenos Aires, 1997, inédito.

inderrotabilidad de las normas en una teoría positivista como la de *Normative Systems* plantea un problema que solo tiene el nombre en común con el que se discute dentro de la teoría de las razones para la acción acerca de la derrotabilidad (carácter *prima facie*) inderrotabilidad (carácter absoluto) u opacidad (carácter excluyente) de las normas. Esta última es una clasificación referida a la fuerza subjetiva u objetiva de las razones justificativas en un razonamiento práctico, dimensión respecto a la cual nada se dice, ni se sigue, en la propuesta teórica de *Normative Systems*. Identificar normas, tal como ellas están caracterizadas en la teoría de Alchourrón y Bulygin, supone identificar ciertas propiedades en un momento dado (las de la tesis de relevancia) como inderrotables desde un punto de vista lógico; pero no significa declarar ni relevante ni irrelevante ninguna propiedad (ni siquiera las mencionadas en la norma) desde un punto de vista de su fuerza o peso en el razonamiento práctico. Conforme a la teoría expuesta en *Normative Systems*, una norma lógicamente inderrotable puede no ser considerada una razón para la acción en absoluto, y aún si es considerada como tal, podría ser dejada de lado al momento de su aplicación en virtud de la concurrencia de circunstancias que hacen aplicables razones de mayor peso. La ausencia total de peso, o el carácter *prima facie* que pueden tener las normas en la concepción de Alchourrón y Bulygin, no altera el carácter inderrotable o inexcusable de los enunciados que las expresan²⁹.

²⁹ La tesis de que las normas, sean jurídica o morales, se consideran inderrotables, en el sentido de que no toleran excepciones implícitas, no implica haber aceptado obrar conforme a ellas ni declarar que las características no tenidas en cuenta por ellas son irrelevantes desde un punto de vista práctico. Si así fuese, semejante actitud podría efectivamente juzgarse irracional. Al respecto, tanto la afirmación de Juan Carlos Bayón como la crítica que le formulan Jorge Rodríguez y Germán Sucar pasan por alto esta distinción y asumen que la identificación de una tesis de relevancia con carácter inderrotable (en el sentido de no inexcusable) tiene implicancias sobre la fuerza o peso de esos enunciados en el razonamiento práctico. Por supuesto que estos autores, al no advertir los diversos sentidos de inderrotabilidad, no justifican sobre qué apoyan este paso de una propiedad relativa a la identificación de los enunciados que expresan normas a una propiedad relativa al peso o fuerza que las normas tienen en el razonamiento práctico. Si una teoría jurídica vinculase la noción de norma a un carácter inderrotable en el último sentido debería calificarse como positivista ideológica o iusnaturalista, según sean las condiciones de existencia o validez de las normas a las que atribuye inderrotabilidad. Respecto a esta discusión véase Bayón, Juan Carlos, 'Proposiciones normativas e indeterminación del derecho', op. cit. También, Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, 'Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho', op. cit.

7. Primer paso en la respuesta al particularismo

Dentro de la teoría del derecho, la distinción positivista entre los problemas que hacen a la identificación y a la estructura de las normas, y aquellos que afectan al deber de aplicarlas u obedecerlas está comprometida con la distinción entre el problema de la derrotabilidad lógica y el de la derrotabilidad del peso de la razón que expresa un enunciado normativo. Ambas discusiones deben distinguirse, si se desea evitar que los argumentos válidos en una sean invocados en la otra, donde en realidad no son atinentes³⁰. Salvo que se suponga lo que se debe probar, el hecho de que en una ocasión la fuerza de una norma 'N' haya sido derrotada por el peso de otra razón no prueba que 'N' sea lógicamente derrotable, i. e. que admita excepciones que la hacen internamente inaplicable³¹. Ello es así, porque la fuerza que le corresponda a una norma como razón para la acción en el momento de la deliberación sobre si se aplica o se obedece, no afecta necesariamente su identidad ni su estructura interna. Esta distinción no es una mera elucubración formal, ni un exceso de celo en mantener las premisas positivistas, por el contrario, es de notable interés práctico.

Como vimos, la dificultad en el conocimiento de específicos estados mentales y procesos psicológicos parece favorecer una posición escéptica respecto a la posibilidad de identificar si existe o no una regla "genuina", en la medida en que ello depende de la aplicación de un específico modelo de razonamiento psicológico. Sin embargo, desde un punto de vista formal, sí hay un test para detectar si un enunciado normativo es tratado como un condicional que establece una relación universal estricta, cuya aplicabilidad interna no puede desplazarse. Por supuesto que, ante esto, el particularista puede responder que el tratamiento de los enunciados normativos como condicionales lógicamente inderrotables no garantiza nada acerca del rol que ellos efectivamente tienen en el razonamiento práctico psicológico de los individuos que los invocan. En efecto, independientemente de la plausibilidad de establecer esta distinción entre problemas de derrotabilidad lógica de

³⁰ Por supuesto, la derrotabilidad lógica puede utilizarse como instrumento para representar la derrotabilidad de la fuerza de las razones sustantivas. Sin embargo, en ese caso, se pierde capacidad explicativa puesto que se unifica el problema de la derrotabilidad asociándolo siempre al desplazamiento de la aplicabilidad interna del enunciado del que se predica. Dentro de la teoría jurídica, sim embargo, es útil disponer de un lenguaje que permita expresar, por una parte, el desplazamiento de la aplicabilidad interna de una norma y, por otro lado, el hecho de que su fuerza en tanto razón puede ser superada por la fuerza de otra consideración, donde ello no implica que la norma derrotada sea internamente inaplicable.

³¹ Respecto a la noción de aplicabilidad interna, véase, Moreso, José Juan y Navarro, Pablo Eugenio, 'Applicability and Effectiveness of Legal Norms', *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 201-19.

enunciados normativos condicionales y problemas de derrotabilidad de la fuerza de las razones que ellos expresan, cabe destacar que la discusión que interesa al particularismo se cifra sólo en la fuerza práctica de las razones expresadas por los enunciados normativos, independientemente de las reglas lógicas que los gobiernen. Conforme a su tesis, los enunciados normativos, aunque sean condicionales estrictos (no excepcionables y excluyentes en su identificación), funcionan como cualquier otra razón particular en el razonamiento práctico. Por supuesto, el argumento de que la forma correcta de expresar normas es a través de condicionales lógicamente derrotables se ajusta perfectamente a los objetivos de un particularista, pero lo importante es señalar que es un argumento independiente, y al que generalmente no se recurre en las discusiones de filosofía moral. El particularismo, si lo desea, dispone alternativamente de dos formas de argumentar a su favor. Una, defendiendo que la estructura, y la lógica que gobierna los enunciados normativos, es la de los condicionales derrotables. Otra, sosteniendo que, aún si son condicionales estrictos, ellos no pueden tener la fuerza de una razón general en el razonamiento psicológico de los agentes. Consecuentemente, que hayan sido invocados en un caso individual no supone que funcionen ni que deban funcionar de la misma forma en otros casos, aún cuando estén incluidos en su alcance.

Sin embargo, si lo dicho anteriormente es correcto, la inderrotabilidad lógica de las consideraciones normativas es un rasgo formal no independiente de la *posibilidad* de expresar una razón general para la acción, i.e. invariablemente relevante. Asimismo, es la nota que permite distinguir los enunciados que expresan una norma “genuina” de otras generalizaciones absolutamente transparentes y, por lo tanto, de un contenido moldeable al momento de su aplicación. Si se considera que un condicional normativo expresa una razón invariablemente relevante, ello presupone que es considerado como un condicional inderrotable, i. e. como un condicional estricto; sin embargo, no vale la implicación en sentido inverso, el hecho de que un enunciado condicional sea considerado un condicional estricto no presupone que él sea considerado una razón invariablemente relevante.

En otras palabras, el hecho de la inderrotabilidad lógica, por sí sólo, no prueba nada en contra del particularismo, pero es una condición necesaria de la relevancia práctica invariable que el particularismo pretende negar. Una consideración que expresa una norma “genuina” podrá no tener el peso suficiente para determinar el resultado final; pero su aplicabilidad nunca podrá ser desplazada en virtud de una excepción no expresamente prevista. Que una condición se califique como una excepción implícita a una formulación significa que dicha formulación no expresa una norma “genuina”. Por supuesto, no se puede impedir que los agentes introduzcan excepciones no previstas, y, en esta medida, no se puede impedir que traten como una mera generalización transparente lo que se propone como norma. Lo dicho sólo pretende destacar que el hecho de que un enunciado normativo exprese una regla “genuina”

presupone un rasgo formal o estructural. Esto es, las reglas se distinguen de otros tipos de razones, en primer lugar, por un rasgo estructural que repercute en su capacidad para expresar una razón para la acción invariablemente relevante³².

En la literatura que caracteriza a las reglas “genuinas” sobre la base de cómo se usan o funcionan ciertas generalizaciones en el razonamiento práctico, generalmente se subestima el hecho de que las consideraciones normativas no sólo se usan o invocan como expresión de razones sustantivas para la acción, sino también como razones-premisas en argumentaciones orales y escritas. Este uso formal es el que permite detectar si una consideración normativa es tratada como lógicamente derrotable o inderrotable, y este rasgo es necesariamente previo a la discusión a cerca de si ella puede expresar una razón para invariablemente relevante. Desde este punto de vista, la afirmación de que el derecho guía conductas a través de reglas “genuinas” presupone el reconocimiento de la inderrotabilidad lógica de los enunciados que propone el derecho. En este sentido, la verdad de esta tesis es claramente contingente. Es posible que, de hecho, el material jurídico en ningún caso sea reconstruido bajo la estructura de un condicional estricto, o que aún siendo reconstruido de ese modo, sus prescripciones no sean razones para la acción distinguibles de las razones particulares³³. En cualquier caso, la *posibilidad* de que un enunciado normativo exprese una regla “genuina” presupone una determinada estructura, no del razonamiento psicológico al que su aplicación da lugar, sino del propio enunciado del que se predica.

Asumiendo que el primer paso para entender una generalización como una regla “genuina” es entender esa generalización como lógicamente inderrotable, ahora intentaré mostrar cómo, a partir de este rasgo formal, se puede mostrar también el específico carácter práctico de las reglas. Al respecto, intentaré mostrar que, en el ámbito jurídico, el reconocimiento de una generalización como una regla puede entenderse como un comportamiento lingüístico-formal empíricamente controlable. Asimismo, este comportamiento tiene una específica relevancia práctica que, por una parte, lo distingue del razonamiento apoyado en otros tipos de razones y, por otra, evita toda objeción desde el punto de vista de la racionalidad del proceso de decisión. A esta última objeción me referiré a continuación.

³² A favor de esta caracterización en parte estructural y en parte funcional de las reglas véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-44.

³³ En este sentido, creo que sería ampliamente admitido que el material jurídico tal como se presenta en sus fuentes, por lo general no constituye normas. La normas, y los enunciados que las expresan, surgen después de una tarea interpretativa del material jurídico obtenido de las fuentes. Cf. Alchourrón, Carlos, ‘Law and Logic’, op. cit.

8. La objeción de irracionalidad

Fundamentalmente a partir de la propuesta de Joseph Raz, la forma de explicar el peculiar carácter práctico de las reglas jurídicas, en contraste con otras razones generales, es su propiedad de ser razones excluyentes³⁴. A su vez, el modelo de razonamiento en el cual las generalizaciones funcionan de este modo, i. e. como consideraciones opacas frente a ciertas razones, ha sido caracterizado por Frederick Schauer³⁵ como un modelo que funciona bajo dos presupuestos: 1. Que las reglas son generalizaciones que se justifican a la luz de ciertas razones preexistentes, i. e. que toda regla está avalada por razones subyacentes; y 2. Que las reglas pueden identificarse con independencia de dicha justificación subyacente. Si esto último no fuese posible, no habría modo de distinguir la regla de su justificación. Dado que la generalización en que la regla se expresa no es ni intencional ni extensionalmente equivalente con su justificación, una nota inevitable de las reglas en relación a su propia justificación es que habrá casos en que la regla justifique un acto que no está justificado por las razones subyacentes a la regla (en este caso se dice que la regla incluye más de lo que, según su justificación, debería incluir). O, a la inversa, habrá situaciones en que la regla no justifica una acción que está requerida por las razones subyacentes (es decir, la regla justifica menos de lo que debería, siempre conforme a su propia justificación)³⁶. En estas situaciones de discrepancia es cuando se puede detectar si un agente toma o no una generalización como una regla “genuina”. En un proceso de toma de decisión, una regla “genuina” no sólo es opaca frente a las razones subyacentes que justifican su contenido, sino también frente a las razones que justifican que ella sea considerada una regla, i. e. las razones para tratarla de modo opaco, y, parcialmente, frente a otras razones que compiten con las anteriores³⁷. En otras palabras, el caso test para determinar si una generalización funciona como una regla “genuina” es aquel en el que se produce una discrepancia entre lo justificado por la generalización y lo justificado por las razones subyacentes, o por otras competitivas con aquellas razones. Lo típico de las reglas “genuinas” es que a pesar de la discrepancia, i. e. en los casos en que la propia regla no está justificada, ella todavía constituye una razón para hacer lo que requiere, no permitiendo la consideración de las razones que indican lo contrario. En contraste, si en un caso de discrepancia una generalización es desplazada, dicha

³⁴ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, Princeton, 1990 (2da. ed.), pp. 53-58.

³⁵ Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, op.cit.

³⁶ Cf. Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, op.cit. pp. 31-34.

³⁷ Postema, Gerard J., ‘Positivism, I Presume?... Comments on Schauer’s “Rules and The Rule of Law”’, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3, vol. 14, 1991, p. 800.

generalización constituye un mero recurso útil para situaciones ordinarias de aparente coincidencia entre lo requerido por la regla y por su justificación, que permite evitar un cálculo exhaustivo de las razones aplicables; pero que no pretende constituirse en una razón y consiente la pérdida de todo valor o peso. En otras palabras, es esos casos se torna internamente inaplicable. Esta generalización, no funciona como una “genuina” regla, sino como una generalización derrotable (*rule of thumb*).

El problema con las reglas “genuinas” es cómo justificar su carácter de razón en aquellas circunstancias en que sabemos que lo correcto, conforme a las razones subyacentes, es apartarse de la regla. Es decir, por qué debe otorgarse más peso a la pretendida regla que a la razones subyacentes, justamente en aquellos casos en que dichas razones nos muestran que la pretendida regla pierde su justificación³⁸.

En efecto, este modo de caracterizar las reglas en tanto razones para la acción, a partir de una idea de exclusión u opacidad frente a otras razones, conduce a la crítica según la cual, desde un punto de vista racional (entendido como un procedimiento de decisión que exige considerar todas las razones aplicables a un caso), no puede estar justificado el seguimiento de reglas.

9. Una reflexión sobre la racionalidad

Cabe subrayar que la idea de racionalidad hace referencia a dos cosas muy diferentes. En primer lugar, designa un valor que no está necesariamente asociado a un específico modelo de decisión. De hecho, existen diversas formas de definir en qué consiste un proceso de decisión racional³⁹. Sean cuales sean las características de un modelo de decisión, si éste se califica como racional, estará inmediatamente asociado a un valor positivo.

En segundo lugar, la noción de racionalidad alude a un procedimiento específico de toma de decisiones, típicamente particularista, en el cual un individuo evalúa todas las razones que están a su alcance, y que se aplican a la situación sobre la que debe decidir en esa ocasión. En este sentido, el déficit de

³⁸ Goldman, Alvin, ‘Rules in the Law’, *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 581-6.

³⁹ Una definición bajo la cual se desdibuja el carácter irracional del seguimiento de reglas es, por ejemplo, la que propone Allan Gibbard. Conforme a este autor, lo racional es actuar conforme a reglas que uno acepta como prioritarias en un determinado momento. Así, decidir excluyendo razones puede ser racional si ello es lo que indica una regla, que aceptamos como prioritaria respecto de aquella que nos exige considerar todas las razones aplicables. En otras palabras, la racionalidad no es patrimonio de ninguno de los dos modelos. Ambos son propuestas normativas y lo racional es usar uno u otro, según cuál sea el que se acepte como correcto o apropiado en una ocasión particular. Véase, Gibbard, Allan, ‘Moral Judgement and the Acceptance of Norms’, *Ethics*, 96, 1981, pp. 5-7 y 16-20.

racionalidad de un modelo de decisión apoyado en reglas no se basa sobre un rasgo oculto de este tipo de razonamiento, sino sobre algo que éste propone explícitamente: el alejamiento del modelo de decisión que toma en consideración todas las razones aplicables en un caso particular. Por supuesto que, si la consideración de todas las razones define lo que es una acción o decisión racional, cualquier alejamiento, por hipótesis, jamás podrá probarse como una acción o decisión racional. En este caso, carece de sentido exigir al modelo de decisión basado en reglas que muestre su “racionalidad” cuando ésta se presupone definida por un procedimiento del cual el modelo propone que nos apartemos. En rigor, podremos mostrar que el modelo basado en reglas exhibe muchísimas virtudes, y aún así continuará siendo siempre, y por definición, un modelo no racional. Siendo así las cosas, la crítica referida a la racionalidad del modelo de razonamiento apoyado en reglas se apoya en premisas que presuponen lo que se debe mostrar, i. e. presuponen que sólo uno de los dos modelos comparados es “el” modelo de racionalidad⁴⁰.

Dadas estas premisas, quien intente defender (ya no la racionalidad como procedimiento de decisión, que por definición es imposible) la plausibilidad del seguimiento de reglas tendrá que subrayar que, en las ocasiones en las que el modelo pretende aplicarse, el valor de la racionalidad (y con él el procedimiento que lo apoya) es superado por otros valores que el modelo del seguimiento de reglas promueve. En este sentido, se reconoce que el procedimiento de decisión apoyado en reglas no tiene o no promueve en sí mismo el valor de la racionalidad, pero dado que éste no es siempre concluyente, es perfectamente posible decidir racionalmente, i.e. mediante un procedimiento que considera todas las cosas, que en ciertas circunstancias está justificado no decidir racionalmente, i. e. no adoptando un modelo que promueva el valor de racionalidad⁴¹. Esta es la opción que siguen algunos autores que conceden que el valor de la racionalidad se vincule exclusivamente con el modelo del balance global y particularista de razones, pero sostienen que no es un valor absoluto, y que compite con otros como la confianza, la estabilidad, la equidad etc., favorecidos por el modelo de decisión apoyado en reglas⁴². En las circunstancias en las que estos valores entran en conflicto no

⁴⁰ Cf. Comanducci, Paolo, ‘Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón’, *Doxa*, 19, 1996, pp. 163-168.

⁴¹ Por supuesto, una decisión o un razonamiento consideradas todas las cosas, que concluye en que no se debe razonar o decidir consideradas todas las cosas es un meta razonamiento, es decir, no se refiere a sí mismo sino al razonamiento de otro o de la misma persona en otro momento. Si se refiriese a sí mismo caería en una especie de paradoja. Si la conclusión está justificada entonces el razonamiento en el que se apoya no está justificado y si el razonamiento que apoya la conclusión está justificado, la conclusión no lo está.

⁴² Esta es la vía que siguen Alexander y Sherwin, cuando presentan argumentos que no tratan de negar el déficit de racionalidad y el límite a la autonomía que el seguimiento de

debe darse por descontado que la racionalidad vence siempre. Es decir, puede estar justificado abandonar el modelo del balance y adoptar el modelo del seguimiento de reglas. Esta discusión normativa sobre la prioridad de los valores en juego, a mi entender, es la única discusión de interés en la comparación de los dos modelos. El análisis y la consecuente crítica del modelo de decisión basado en reglas, si se apoya exclusivamente en la racionalidad o irracionalidad definida previamente como consideración de todas las razones aplicables, tiene dos defectos importantes: por una parte, insinúa que el único valor en juego respecto a un modelo de decisión es la racionalidad y, por otra parte, trivializa la reflexión asociando, por definición, el valor tomado en consideración a uno de los modelos comparados.

Es interesante advertir que esta forma de argumentar basada en asociar la carga positiva del valor “racionalidad” exclusivamente con uno de los modelos comparados, puede utilizarse exactamente en sentido contrario, i. e. en contra del modelo particularista, conforme al cual no está justificado tomar las generalizaciones como reglas “genuinas”. Por ejemplo, Frederick Schauer, en un trabajo titulado *Giving Reasons*⁴³, sostiene que la práctica de dar u ofrecer razones de las decisiones es condición necesaria de racionalidad. A su vez, dar u ofrecer una razón a favor de un resultado implica poner ese resultado bajo la perspectiva de una clase más general que lo justifica. Es decir, invocar una razón a favor de una acción individual es, necesariamente, invocar una clase más general que incluye el caso individual, y en la que se debe realizar ese tipo de acción. Ahora bien, sostener una consideración general como razón para hacer algo en una ocasión particular, bajo la presuposición de sinceridad del que la invoca, comporta una expectativa, y un consiguiente compromiso, de que se hará lo mismo en todos los casos individuales que caen bajo la consideración general invocada. Dicho compromiso requiere un comportamiento típico por parte de quien decide alejarse de la solución propuesta por una razón invocada en una ocasión anterior. No me referiré a lo

reglas implica, sino que ofrecen argumentos consecuencialistas y deontológicos conforme a los cuales dicha restricción a la autonomía está justificada. Según estos autores, el seguimiento de reglas opacas produce situaciones en las que los individuos, tanto desde un punto de vista procedimental como del resultado, actúan irracionalmente. Sin embargo, aportan (además de un argumento agregativo) un argumento deontológico conforme al cual la racionalidad y la autonomía no son los valores más importantes. Consecuentemente, pueden ceder frente a otros valores reasegurados por el modelo de razonamiento opaco. Ambos argumentos se citan a favor de la asimetría de la autoridad, es decir a favor de la justificación del requerir a los destinatarios de normas que sigan un modelo de razonamiento opaco, aún cuando se sabe que él comporta una disminución en la racionalidad y en la autonomía de esos destinatarios. Cf. Alexander, Larry and Sherwin Emily, ‘The Deceptive Nature of Rules’, *University of Pennsylvania Law Review*, 4, vol. 142, 1994, pp. 1215-6.

⁴³ Schauer, Frederick, ‘Giving Reasons’, op. cit., pp. 633-59.

que, concretamente, involucra el compromiso; sólo me interesa destacar que no asumirlo, según Schauer, mostraría una falta de sinceridad, o de honestidad, por parte de quien ofrece una razón como justificación. Esquemáticamente, el argumento es el siguiente. Una condición necesaria de racionalidad es la invocación de razones en una situación de justificación. La generalidad⁴⁴ es una propiedad necesaria de toda razón invocada como justificación y conlleva necesariamente una expectativa y un compromiso prácticos. El particularista que niega el carácter general de las razones, y con él todo compromiso que vaya más allá del caso individual, no invoca razones (que por definición son siempre generales y llevan implícito el compromiso). Ergo, la propuesta particularista no es racional. En este caso, lo que se ha hecho es definir las decisiones racionales de un modo que suponen un compromiso general y el seguimiento de reglas. Consecuentemente, quien propone un modelo de decisión que rechaza el compromiso general y el seguimiento de reglas, propone un modelo de decisión no racional.

No es ésta una discusión que sea pertinente seguir aquí. Independientemente de la necesidad de entrar en un discurso evaluativo, si se desea defender la plausibilidad de un razonamiento basado en reglas, cabe reflexionar si dicho modelo, tal como está caracterizado, constituye un modelo adecuado para explicar la tesis de que el derecho pretende guiar conductas mediante reglas. Es decir, si cuando se afirma que el derecho propone el control de ciertas conductas mediante reglas es correcto entender que el derecho intenta promocionar este modelo de razonamiento práctico.

10. *El positivismo jurídico y reglas “genuinas”*

Antes de considerar qué tipo específico de razón, y de razonamiento, están involucrados en el carácter práctico de la reglas jurídicas es preciso advertir en qué sentido una explicación que apela a estos conceptos es consistente con el positivismo y en qué sentido no lo es.

Desde un punto de vista objetivo, es decir, independiente de las creencias y deseos de los individuos, dentro del positivismo no es admisible afirmar, sin una justificación adicional, que una norma jurídica constituye o pretende constituir una razón sustantiva para la acción -sea ésta moral o de otro tipo- ni siquiera *prima facie*⁴⁵. Menos aún puede admitirse que, sin constituir una razón,

⁴⁴ En rigor, debería decirse ‘la mayor generalidad’, puesto que se trata de un concepto comparativo. Es decir, el contenido invocado como justificación no es general, en sí mismo, sino más general que aquél que justifica. Cf. Schauer, Frederick, ‘Giving Reasons’ op. cit., pp. 638-9.

⁴⁵ Esto supone la refutación del argumento de que las normas jurídicas incluyen esta pretensión, necesariamente, bajo pena de caer en una contradicción pragmática. Esta

las normas jurídicas se definen por su pretensión tener objetivamente más peso que cualquier otra razón (ya sea que las fundamenten o que compitan con ellas) y que, por lo tanto, se propongan con la voluntad de vencerlas o excluirlas. En todo caso, ésta sería la posición del positivismo ideológico al que justamente por ello se ha calificado como pseudopositivismo. En otras palabras, si el carácter práctico del derecho puede atribuirse sólo en la medida en que éste constituye, o incluye la pretensión de ser, una razón sustantiva y objetiva, el positivismo tendría que admitir que el derecho, tal como esta teoría lo identifica, no tiene carácter práctico ni lo pretende. Si una teoría positivista incluye la tesis de que el derecho constituye reglas con carácter práctico, en este sentido, entraría en contradicción con su propia tesis según la cual del hecho de que algo sea una regla jurídica no se sigue el deber hacer lo que ella dice, i. e. no se sigue que las reglas jurídicas constituyan objetivamente razones sustantivas para la acción⁴⁶.

En segundo lugar, y esta es la opción que he analizado en este trabajo, se puede sostener que el carácter práctico de las reglas se explica en la medida en que ellas constituyen, o pretenden constituir, razones sustantivas desde un punto de vista subjetivo, y que su existencia se detecta en el razonamiento práctico de los agentes en los contextos de decisión. Desde este punto de vista, es verdad que, a partir de la propuesta de Herbert Hart, una actitud psicológica de aceptación por parte de los órganos de aplicación, y referida a la regla de reconocimiento de un sistema, es considerada una condición necesaria para la existencia de un derecho vigente. Pero de ello no se sigue que la existencia de toda norma jurídica requiera una actitud psicológica de este tipo por parte de sus usuarios. Entendido de este modo, el carácter práctico del derecho es compatible con una posición positivista, aún cuando ésta lo considere un rasgo definitorio de las reglas sociales, pero no de todas las normas jurídicas.

Si lo dicho anteriormente es correcto, el status de regla “genuina” que

tesis ha dado lugar a una amplia discusión de la que se puede extraer la siguiente conclusión: la introducción de este requisito es un opción posible si se desea, por ejemplo, distinguir el derecho de las órdenes de una banda de ladrones; pero en ningún caso es lógica o pragmáticamente necesaria para que el resultado pueda ser identificado como una norma. Véase, Alexy, Robert, ‘On Necessary Relations Between Law and Morality’, *Ratio Juris*, 2, vol. 2, 1989. Bulygin, Eugenio, ‘Alexy’s Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality’, inédito.

⁴⁶ Esto no significa que el positivismo deba renunciar a la tesis del que el derecho proporciona razones objetivas, independientemente de la moral. Esta tesis se podría mantener si se admite que existen distintos tipos de razones, y que las proporcionadas por el derecho compiten tanto con las ofrecidas por la moral como por otros ámbitos prácticos. Esta idea requeriría una discusión sobre el principio de unidad del razonamiento práctico que en esta oportunidad no es posible desarrollar. Al respecto véase, Redondo, M. Cristina, ‘Sobre el carácter práctico del derecho’, trabajo presentado en sesión plenaria en el 18 Congreso Mundial de IVR, La Plata-Buenos Aires, 1997.

adquiriría una generalización en virtud de su uso conforme a un determinado modelo de razonamiento psicológico es muy difícil de controlar y, conforme a la crítica presentada, no se puede justificar racionalmente. Como vimos, es posible que se justifique por la promoción de valores distintos del de la racionalidad pero, en todo caso, una posición mínimamente liberal deberá restringir la tesis de que el derecho propone reglas y pretende que se sigan, a los órganos aplicadores del derecho eximiendo a los destinatarios⁴⁷. De lo contrario, se haría necesario admitir que el derecho a través de sus reglas busca gobernar no sólo las conductas de la gente sino también sus razonamientos. Esto no sólo es una tesis difícil de justificar, también es poco plausible como descripción de lo que efectivamente parece exigir el derecho moderno, tanto de sus destinatarios como de sus aplicadores. En rigor, sería difícil citar un sólo ejemplo en el que el derecho esté interesado en que cualesquiera de ellos desplieguen un tipo característico de razonamiento psicológico como prueba de que se siguen sus reglas. Por lo menos, ni jueces ni ciudadanos son investigados acerca de cómo razonan psicológicamente; de lo cual cabe inferir que, o bien el derecho negligentemente no controla en absoluto que sus normas se sigan, o bien que el razonamiento psicológico de estos agentes es totalmente irrelevante al respecto.

En contraposición con estas dos interpretaciones, hay un tercer sentido en que las razones y el razonamiento de quienes usan normas ofrecen interés en la explicación del carácter práctico de las reglas del derecho. Esta interpretación da cuenta del específico carácter práctico de las reglas jurídicas, sin caer en la crítica según la cual este comportamiento no se puede controlar empíricamente, ni se puede justificar racionalmente.

Cuando se discute sobre si algo constituye o no una razón, ya sea a nivel objetivo o subjetivo-psicológico, la noción de razón hace siempre referencia a una buena razón, i. e. a una consideración que merece un peso (aunque sea mínimo) en nuestro razonamiento⁴⁸. Una consideración que no tiene una mínima capacidad o fuerza de resistencia frente a otra consideración no es una razón en absoluto. En otras palabras la noción de razón está definida por la nota de peso o de fuerza justificatoria⁴⁹.

⁴⁷ De hecho una distinción clásica entre moral y derecho apunta la relevancia de las actitudes internas en la primera frente al interés por las conductas externas en el segundo. Sabemos que esta distinción puede matizarse, ya que al derecho también le importan muchas actitudes internas y en la moral no son irrelevantes las conductas externas, sin embargo, éste es un caso en el que claramente el aspecto interno puede importar a la moral, pero es irrelevante desde la perspectiva del derecho.

⁴⁸ Clark, Philip, 'Practical Steps and Reasons for Action', *Canadian Journal of Philosophy*, 1, vol. 27, 1997, p. 17.

⁴⁹ En este sentido que algo sea, objetivamente, una razón depende de una concepción normativa que justifica su peso o fuerza, independientemente de las creencias y las prácticas sociales. Por ejemplo, que algo sea o no una razón moral, depende de

En contraste, la práctica de ofrecer enunciados normativos como razones-premisas en un discurso funciona independientemente de que, en la ocasión en que se ofrecen, ellos sean efectivamente consideraciones que merezcan un peso en nuestro razonamiento. Esta práctica se define por ciertos rasgos formales que, sin embargo, y esto es lo que interesa destacar aquí, tienen relevancia práctica susceptible de controlarse y exigirse racionalmente. Obviamente, aquí, tener relevancia práctica no significa constituir una razón en alguno de los dos primeros sentidos aludidos. Si así fuese, caeríamos nuevamente en las ideas ya rechazadas de que el carácter práctico de las reglas en el ámbito del derecho está vinculado a la creación de razones objetivamente justificadas (interpretación objetiva) o que tienen una función psicológica específica (interpretación subjetiva)⁵⁰. Desde este punto de vista, tratar una consideración normativa como una regla “genuina” también se explica sobre la base de que ella funciona, o se pretende que funcione, como un determinado tipo de razón dentro de un razonamiento práctico, sólo que las nociones de razón y razonamiento práctico deben entenderse en sentido lingüístico o formal.

11. a) *Las dos condiciones de adecuación: el carácter práctico de las normas jurídicas y su distinción de otro tipo de razones*

Las pautas jurídicas que se proponen como razones son generales, i. e. no se refieren a casos individuales, sino a clases. Conforme he tratado de argumentar, un enunciado general del tipo ‘Si x, entonces N’ puede expresar una regla “genuina” sólo si se interpreta como una relación universal que compromete con la exclusión de toda consideración que no esté expresamente prevista por él. El requisito de la inderrotabilidad lógica garantiza que, en caso de discrepancia entre lo requerido por la regla y lo requerido por su justificación, no se reformule el contenido de la regla. En otras palabras, el *contenido* ya identificado de una regla no es desplazable por razones que entran en conflicto con ella, ya sea que constituyan su propia justificación, o sean razones independientes. Esto significa, no sólo que podemos distinguir lo que nos exige la regla en tanto razón de lo que nos exigen otras razones (esto está garantizado por la autonomía semántica de la regla), sino que la constatación de que hay

argumentos de la moral crítica, y no de las actitudes o prácticas sociales.

⁵⁰ Aquí nuevamente es necesario prestar atención a que la discusión no se trivialice mediante una definición. Si la relevancia práctica del derecho significa que éste constituye razones, o bien moralmente justificadas, o bien que motivan de un modo característico, no se puede mostrar la relevancia práctica del derecho sin mostrar alguna de estas dos cosas. Lo que trato de hacer es impugnar esta definición y sostener que se puede mostrar la relevancia práctica del derecho recurriendo al concepto de razón y de razonamiento, sin que ello signifique que el derecho constituye razones, ya sean objetivas, o subjetivas.

exigencias diferentes y requerimientos en conflicto no conduce al cambio de la regla por vía interpretativa, en el momento de su aplicación. Este requisito de inderrotabilidad, no sólo es condición necesaria para que una consideración tenga carácter práctico en el sentido en que a continuación explicaré, también constituye el rasgo que distingue una regla de otro tipo de consideraciones que, en ciertas ocasiones, pueden invocarse como razones. Me refiero a las llamadas reglas de experiencia. Estas últimas, a diferencia de las reglas “genuinas”, sólo son internamente aplicables en los casos que no entran en conflicto con su justificación.

Ahora bien, puede afirmarse que en el uso del lenguaje existe una práctica social en virtud de la cual, invocar una consideración general como razón de una decisión particular genera la expectativa de que todo otro caso que formalmente cae bajo dicha consideración general sea tratado de la misma manera. Un hablante competente que usa sinceramente el lenguaje, i. e. descartando hipótesis de simulación o broma, no ignora la expectativa a la que da lugar y, en esa medida, el hecho de usarlo de ese modo supone asumir el compromiso, no moral sino pragmático, que la expectativa genera, es decir: 1. tener invariablemente en cuenta la misma razón en todos los casos a los que la misma es internamente aplicable, y 2. en los casos en que la solución final no se conforme a ella, invocar las razones de las cuales se obtiene dicha solución final⁵¹. El compromiso general, que se asume como respuesta a la expectativa generada por la invocación de una razón, no consiste en que todos los casos deban ser resueltos de la misma manera, sino en reconocer la razón invocada, como invariablemente aplicable a los casos individuales que caen en su alcance, y, si es el caso, en mencionar aquellas otras razones en virtud de las cuales la conclusión final se desvía de la solución sobre la que existía una expectativa. Esta característica típica de la invocación de consideraciones generales como fundamento de una decisión está basada exclusivamente en un práctica de uso del lenguaje, explica en qué sentido estas consideraciones tienen carácter práctico general, y las distingue de las razones particulares, que también pueden aparecer en el discurso justificatorio de una decisión, sin generar este doble compromiso.

Estas apreciaciones pueden extenderse al ámbito jurídico. El hecho de que una consideración normativa general haya sido efectivamente aplicada en una ocasión particular, i. e. que se haya ofrecida formalmente como una razón a la hora de fundamentar un veredicto, da lugar a una expectativa y a un compromiso de que en todas las restantes ocasiones que caen bajo su previsión general sucederá lo mismo. Es decir, genera la expectativa del uso invariable de la misma consideración normativa en todos los casos a los que ella es internamente aplicable. Por una parte, la satisfacción de esta expectativa no significa que la consideración normativa tenga un peso determinado o fuerza

⁵¹ Cf. Schauer, Frederick, ‘Giving Reasons’, op. cit., pp. 642-45.

específica invariable, ni objetiva ni subjetivamente. En realidad, no supone que tenga peso alguno. Se trata de un rasgo formal que, sin embargo, tiene un efecto práctico que la distingue de una razón particular: quien invoca una consideración normativa general como justificación, se compromete a atenerse a la misma en ocasiones sucesivas. Como se dijo, este compromiso no significa que en todas las ocasiones se deba llegar a una conclusión final o veredicto concluyente que coincida con lo que pide dicha consideración. Pero sí exige dar o mostrar las razones de las que se obtiene la conclusión a la que efectivamente se arriba. En otras palabras, compromete a invocar las razones por las cuales, en una ocasión particular, el veredicto no se conforma a lo establecido por la consideración normativa general.

12. b) *La inaplicabilidad de las objeciones particularistas*

12.1. *La objeción epistémica*

Como vimos anteriormente, una objeción respecto a la caracterización de las reglas “genuinas” sobre la base del rol que ciertas consideraciones normativas juegan en el razonamiento psicológico en el que se toma una decisión, reside en la dificultad para conocer y discernir entre el peso derrotable que puede conferirse a dichas consideraciones (circunstancia compatible con que ella sea considerada una regla “genuina”) y la privación de todo peso en virtud del desplazamiento de su aplicabilidad interna (circunstancia ésta incompatible con que dicha consideración sea tratada como una regla). El funcionamiento peculiar de una generalización, al menos a nivel institucional, sólo se puede controlar a nivel formal a través del argumento justificatorio que se exhibe en una determinada ocasión subsumible en la generalización. Que una generalización funcione como regla supone formalmente dos cosas: 1. El reconocimiento de que la generalización brinda una solución en todos los casos que están comprendidos en su alcance, i. e. el reconocimiento de su inderrotabilidad como razón-premisa (rasgo que la distingue de una regla de experiencia). Y, si ella no determina la decisión final en un caso: 2. La expresión explícita de las razones por las que dicho caso, que se reconoce comprendido en su alcance, no es resuelto conforme la generalización (rasgo que la distingue de una razón particular). Este tratamiento, independientemente de cuál haya sido el proceso psicológico que condujo a la solución final, satisface la expectativa práctica que las generalizaciones ofrecidas por el derecho generan, i. e. la de que todos los casos comprendidos sean efectivamente juzgados a partir de esa generalización.

El particularismo niega que el ofrecimiento de una razón-premisa, aunque de hecho sea más general que el resultado justificado, genere la expectativa (y el correspondiente compromiso) de un comportamiento específico respecto de otros casos individuales que caen en la generalización. Bajo la perspectiva que

estoy presentando, reconocer una generalización como regla se opone al particularismo, no porque éste niegue que existan consideraciones normativas formalmente aplicables a casos individuales, entendidas como condicionales universales y generales; sino porque rechaza que la generalidad de estas consideraciones imponga un compromiso que vaya más allá del resultado individual justificado en una ocasión particular⁵². Este compromiso práctico de usar las generalizaciones propuestas por el derecho sin derrotarlas lógicamente, y, si es el caso, mostrando la preferencia otorgada a otras consideraciones en la determinación del resultado final, es un comportamiento formal que muestra en qué sentido tienen carácter práctico las disposiciones del derecho vigente y, a la vez, puede controlarse empíricamente.

12.2. *La objeción justificativa*

Contrastar distintos tipos de razonamientos a nivel psicológico, tal como propone Schauer, puede presentar interés desde varios puntos de vista y, probablemente, dentro de ciertos debates éste es un enfoque adecuado para llegar a caracterizar el seguimiento de reglas⁵³. Sin embargo, creo que se debe cuestionar la relevancia que estos razonamientos, y sus modelos, tienen a nivel jurídico para explicar la tesis de que el derecho propone el seguimiento de reglas⁵⁴. Esta apreciación crítica se apoya parcialmente en las ideas expuestas

⁵² Lo que sostengo aquí es un idea bastante restringida respecto de la de Schauer. En mi descripción, no todas las razones son más generales que el resultado que pretenden justificar, es decir, no todas las razones generan un compromiso como el que propone Schauer, aunque sí lo generan las normas, que en esto se diferencian de las razones particulares. Según Schauer, justificar un resultado en una razón (como en una regla) supone incluir dicho resultado en otro más general. Desde mi punto de vista, cuenta también como práctica de dar razones aquella en la que se muestra que un resultado tiene una o varias propiedades que se subsumen en otras, o cuya presencia produce empíricamente otro resultado, no necesariamente de mayor generalidad. El dar una razón, que no sea una norma, supone invocar una conexión conceptual o empírica entre lo que se pretende justificar y aquello que lo justifica, donde esto último no necesariamente incluye lo primero, aunque sí, al menos, alguna/s de sus propiedades. Esto excluye la posibilidad de decir que invocar una razón consiste siempre en subsumir el caso individual en una consideración necesariamente más general. Si así fuera, Schauer tendría razón y, aunque él no extrae esta conclusión, el particularismo, que se niega a dar razones generales, sería una práctica no racional.

⁵³ Michael Moore señala que el concepto de regla que se apoya en el rol de cierto tipo de consideraciones en los procesos de toma de decisión sólo capta un concepto de regla social. Independientemente del interés que este concepto merezca en ciertos contextos, no es relevante en ninguno de los seis debates de filosofía práctica que este autor menciona acerca de las reglas y su carácter práctico. Cf. Moore, Michael, 'Three Concepts of Rules', op. cit., pp. 779-91.

⁵⁴ Advuértase que el problema de la simetría o asimetría de la autoridad sólo se genera

por el propio Schauer en su trabajo *Giving Reasons*⁵⁵. El análisis de la específica relevancia práctica de las normas jurídicas en tanto razones que se ofrecen en una justificación, no requiere que ellas tengan un peso efectivo, ni objetivo, ni subjetivo. Es decir, como el propio Schauer explica, no requiere que sean razones sustantivas para la acción, ni en sentido objetivo ni en sentido psicológico.

En contraste, las decisiones racionales se denominan así porque resultan efectivamente de un determinado procedimiento psicológico en el que, conforme al modelo usualmente aceptado, se evalúan todas las razones aplicables a la situación sobre la que se intenta decidir. Si la caracterización que he ofrecido anteriormente se considera plausible, el seguimiento de reglas jurídicas implica un comportamiento lingüístico y formal en un discurso justificatorio que nada dice acerca del procedimiento psicológico que efectivamente condujo a una decisión, o que debería conducir, desde un punto de vista normativo moral o racional. En este sentido, el seguimiento de reglas se opone al particularismo, pero no a la consideración y evaluación de razones en el razonamiento subjetivo del agente. Consecuentemente, seguir una regla es una práctica totalmente compatible con el hecho de que la decisión final se tome respetando un procedimiento de decisión racional.

13. *Conclusión*

Admitiendo que la noción de normatividad “genuina” se analice en términos de razones para la acción, en una perspectiva objetivista, la afirmación de que el derecho propone “genuinas” reglas requeriría una discusión en la que

cuando el seguimiento de reglas se analiza en términos psicológicos, tal como lo propone Schauer.

⁵⁵ Al respecto cabe una aclaración. En ‘Giving Reasons’, Schauer, a diferencia de Shafer-Landau, no caracteriza las normas como enunciados universales, sino simplemente generales. Sin embargo, Schauer admite dos cosas: 1. aún cuando no distingue entre derrotabilidad lógica y derrotabilidad como razón sustantiva, las normas en tanto razones son claramente derrotables en el segundo sentido, y 2. ellas se caracterizan porque, en las ocasiones que son derrotadas, exigen la expresión de las razones que las derrotan. Este último requisito, aunque Schauer no lo advierte, implica no sólo la generalidad, sino también la universalidad de la relación propuesta por la norma, i. e. la inderrotabilidad lógica del enunciado que la expresa. Si no fuese así, es decir, si la regla pudiese contener excepciones implícitas, podría mostrarse como no aplicable en casos que aparentemente caen en su alcance; en cuyo caso carecería de sentido decir que se deben mostrar las razones que justifican su derrota: no hay por qué justificar el desplazamiento de una regla si ella no es aplicable. En otras palabras, el análisis de Schauer implica que las normas son condicionales universales lógicamente inderrotables.

se justifique si las normas jurídicas son o no razones de algún tipo, capaces de alterar o ejercer algún impacto en las razones preexistentes. En una perspectiva psicológica, si aceptamos en análisis según el cual las reglas “genuinas” son aquellas que funcionan como razones excluyentes u opacas, el agente que las trata como tales se lleva la crítica de quienes entienden que esta actitud es irracional o menoscaba la autonomía⁵⁶. En este sentido, una discusión normativa acerca de cuál procedimiento psicológico está justificado seguir al momento de tomar decisiones puede revestir interés en una reflexión sobre la racionalidad pero, dada la dificultad de su control empírico y el supuesto de que el derecho se propone regular conductas externas, no parece revestir interés en el ámbito jurídico.

Conforme a la explicación que he ofrecido, en una concepción formal, las reglas jurídicas también pueden analizarse en términos de razones caracterizadas por su función en un discurso justificativo. Bajo este punto de vista, las reglas jurídicas se distinguen de otras razones por un compromiso de exclusión en su identificación y de invocación invariable en los casos en que son aplicables⁵⁷. Este análisis no conduce a la crítica de irracionalidad porque es compatible con cualquier procedimiento psicológico de decisión, comprendido aquel que se considere el procedimiento racional. Una posición positivista que no confunde los problemas de identificación con los de aplicación puede consentir perfectamente que la tesis excluyente en la identificación no significa sostener una tesis según la cual las normas deban aplicarse excluyendo razones en el razonamiento práctico psicológico del individuo. La tesis excluyente que se necesita para dar cuenta del carácter específico de las reglas se refiere a su identificación y no a su peso objetivo, ni a su funcionamiento subjetivo, en la toma de una decisión. Una vez identificadas las normas los destinatarios decidirán (racional o irracionalmente) hacer o no lo que la norma dice. Por lo general, esto es lo único que pide el derecho a sus destinatarios. Quienes están obligados a seguir una regla están obligados a ofrecerla como razón-premisa

⁵⁶ En contraste, si admitimos el análisis que subraya su funcionamiento como razones absolutamente derrotables, el agente que las trata como tales se lleva la crítica de quienes se atienen a la generalización y tienen la expectativa de que los demás hagan lo mismo, especialmente las autoridades que resuelven discusiones sobre su base. Cf. Alexander, Larry and Sherwin, Emily, ‘The Deceptive Nature of Rules’, op. cit., p. 1219. Estos autores destacan estas dos formas de decepción que producen las reglas, según desde qué punto de vista sean evaluadas.

⁵⁷ Esto conduce a reconocer que la justificación de por qué tener reglas jurídicas no es, prioritariamente, la que propone Raz. Aún cuando contingentemente las normas jurídicas puedan ayudar ahorrar tiempo y esfuerzo, o permitan maximizar soluciones correctas, el primero es un rasgo de las reglas indicativas y el segundo privativo de las reglas moralmente justificadas. Las reglas del derecho son estándares públicos a los que los ciudadanos deben atenerse y pueden exigir que los demás, incluidas las autoridades, se atengan.

siempre que ella sea aplicable, y a responder por la expectativa que la generalidad de la regla produce, es decir, a usarla en todos los casos en que es aplicable y, si corresponde, mostrar las razones que prevalecen sobre la regla imponiendo una conclusión que se aparta de ella.

El positivismo no niega que las reglas del derecho puedan constituir, objetivamente, razones sustantivas para la acción, i. e. independientemente de las creencias y de la aceptación de los individuos. Esto dependerá de que concurren las condiciones que en la teoría de las razones para la acción se exigen para que una consideración tenga este carácter. Pero la afirmación de que el derecho propone reglas “genuinas” como parámetros de guía y control de los comportamientos, no se refiere a ello. Asimismo, el positivismo tampoco niega que el contenido de las reglas del derecho pueda llegar a aceptarse como una razón especial, i. e. que funciona de modo opaco en el razonamiento psicológico de sus destinatarios. Pero tampoco esta idea – que difícilmente pueda controlarse empíricamente, ni justificarse como un objetivo del derecho moderno – puede proponerse como una tesis de teoría general del derecho.

En resumen, si la tesis de que el derecho propone reglas “genuinas” es una tesis de teoría general del derecho, y si el específico carácter práctico de éstas se analiza en términos de su función como razones en el discurso justificatorio, entonces el análisis que he propuesto es el único viable dentro de una teoría positivista. Las alternativas no parecen ser plausibles.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer Verlag, Viena, 1971
- Alchourrón, Carlos, “Conflicts of Norms and The Revision of Normative Systems”, *Law and Philosophy*, 10, 1991, pp. 413-425
- Alchourrón, Carlos, “Detachment and Defeasibility in Deontic Logic”, *Studia Logica*, 57, 1996, pp. 5-18
- Alchourrón, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 4, vol. 9, 1996, pp. 331-348
- Alexander, Larry and Sherwin, Emily, “The Deceptive Nature of Rules”, *University of Pennsylvania Law Review*, 4, vol. 142, 1994
- Alexy, Robert, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, 2, vol. 2, 1989
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996
- Bayón, Juan Carlos, “Proposiciones normativas e indeterminación del derecho”, ponencia presentada en el congreso de Vaquerías, Córdoba, 1991, inédito
- Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, 19, pp. 143-162
- Brink, David, “Externalist Moral Realism”, *The Southern Journal of Philosophy*, vol. 24, (suplement) 1986, pp. 23-41

- Bulygin, Eugenio, "Alexy's Thesis of the Necessary Connection Between Law and Morality", inédito
- Clark, Philip, "Practical Steps and Reasons for Action", *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 27, n. 1, 1997
- Comanducci, Paolo, "Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón", *Doxa*, 19, pp. 163-168
- Dancy, Jonathan, *Moral Reasons*, Blackwell, Oxford, 1993
- Frankena, William, "Obligation and Motivation en Recent Moral Philosophy", en A. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1958, pp. 40-81
- Gibbard, Allan, "Moral Judgement and the Acceptance of Norms", *Ethics*, 96, 1981
- Goldman, Alvin, "Rules in the Law", *Law and Philosophy*, 16, 1997
- Miltrophanous, Eleni, "Soft Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, vol. 17, 1997, pp. 621-41
- Moore, Michael, "Three Concepts of Rules", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3, vol. 14, 1991, pp. 771-795
- Moreso, José Juan y Navarro, Pablo Eugenio, "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, 16, 1997, pp. 201-19
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984
- Postema, Gerald J., "Positivism, I Presume?... Comments on Schauer's 'Rules and The Rule of Law'", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3, vol. 14, 1991
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Princeton University Press, Princeton, 1990 (2da. ed.)
- Raz, Joseph, "Authority, Law and Morality", *The Monist*, 3, vol. 68, 1985, pp. 311-19
- Raz, Joseph, "Facing Up: A Replay", *Southern California Law Review*, 62, 1989
- Raz, Joseph, "The Problem about the Nature of Law", en *Ethics in The Public Domain. Essays in The Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- Raz, Joseph, "Intention in Interpretation", en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 249-286
- Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms* (1a ed.), Hutchinson, London, 1975
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1970
- Redondo, M. Cristina, *La noción de razón en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996
- Redondo, M. Cristina, "Sobre el carácter práctico del derecho", trabajo presentado en sesión plenaria en 18 Congreso Mundial de IVR, La Plata-Buenos Aires, 1997, inédito
- Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, "Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho", ponencia presentada en el 18 Congreso Mundial de IVR, La Plata-Buenos Aires, 1997, inédito.
- Rodríguez, Jorge, "Normative Relevance and Axiological Gaps", inédito.
- Schauer, Frederick, "Rules and The Rule of Law", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3, vol. 14, 1991, pp. 651-57

- Schauer, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination, of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991
- Schauer, Frederick, "Giving Reasons", *Stanford Law Review*, 1995, pp. 633-659
- Searle, John, "Prima Facie Obligations", en Joseph Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, 1978, pp. 81-90
- Shafer-Landau, Russ, "Moral Rules", *Ethics*, 107, 1997, pp. 584-611
- Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994