

## **LAS REGLAS EN JUEGO**

**Un examen filosófico de la toma de decisiones  
basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana**



FREDERICK SCHAUER

**LAS REGLAS EN JUEGO**  
**Un examen filosófico de la toma**  
**de decisiones basada en reglas**  
**en el derecho y en la vida cotidiana**

Traducido por  
Claudina Orunesu  
Jorge L. Rodríguez

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
MADRID 2004 BARCELONA

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Título original: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991. Esta traducción se publica de acuerdo con Oxford University Press

© Frederick Schauer, 1991

© De los traductores: Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-9768-107-X

Depósito legal: M. 793-2004

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: INFOTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2004

*Para Virginia  
hoy, mañana y por siempre*



## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO PRELIMINAR.....	13
PREFACIO .....	49
PROSPECTO.....	53
<b>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN. LAS VARIEDADES DE REGLAS .....</b>	<b>57</b>
1. LA PRESIÓN DE LAS REGLAS .....	57
2. REGLAS IMPERATIVAS .....	59
3. REGLAS CONSTITUTIVAS Y REGLAS REGULATIVAS.....	63
4. LA LÓGICA DE NORMAS .....	64
5. REGLAS Y DERECHO .....	67
6. ALGUNOS PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS.....	69
7. LOS LÍMITES DEL LENGUAJE ORDINARIO.....	72
<b>CAPÍTULO II. LAS REGLAS COMO GENERALIZACIONES .....</b>	<b>75</b>
1. LO GENERAL Y LO PARTICULAR .....	75
2. GENERALIZACIONES DESCRIPTIVAS .....	76
3. LAS GENERALIZACIONES COMO SUPRESIONES.....	80
4. LAS GENERALIZACIONES Y LA ESTRUCTURA DE LAS REGLAS .....	81
5. GENERALIZACIONES PRESCRIPTIVAS.....	83
6. GENERALIZACIÓN Y PROBABILIDAD .....	86
7. EL CARÁCTER SUB Y SOBREENCLUYENTE DE LAS REGLAS ...	89
8. LA TEXTURA ABIERTA DE LAS REGLAS .....	92

	<u>Pág.</u>
<b>CAPÍTULO III. EL ATRINCHERAMIENTO DE LAS GENERALIZACIONES .....</b>	97
1. EL MODELO CONVERSACIONAL .....	97
2. EL MODELO ATRINCHERADO .....	101
3. EL ATRINCHERAMIENTO DE LAS GENERALIZACIONES PRESCRIPTIVAS .....	103
4. LAS REGLAS COMO GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS.	106
 <b>CAPÍTULO IV. LAS FUENTES DEL ATRINCHERAMIENTO.....</b>	113
1. ATRINCHERAMIENTO Y AUTONOMÍA SEMÁNTICA.....	113
2. REGLAS Y FORMULACIONES DE REGLAS.....	122
3. LOS FUNDAMENTOS DEL SEGUIMIENTO DE REGLAS .....	124
4. FORMULACIÓN Y CANONICIDAD .....	128
5. LOS ESTRATOS DE REGLAS .....	133
 <b>CAPÍTULO V. LA TOMA DE DECISIONES BASADA EN GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS.....</b>	137
1. UNA DISTINCIÓN CON UNA DIFERENCIA.....	137
2. LA ESTRUCTURA DE LA DIVERGENCIA EXTENSIONAL.....	146
3. RAZ Y LAS RAZONES EXCLUYENTES.....	149
4. DOS TIPOS DE JUSTIFICACIONES .....	154
5. EL CARÁCTER SUBÓPTIMO DE LAS REGLAS .....	160
6. NORMATIVIDAD Y CONDUCTA .....	163
7. UNA NUEVA VISITA A LAS REGLAS DE EXPERIENCIA .....	165
 <b>CAPÍTULO VI. LA FUERZA DE LAS REGLAS .....</b>	173
1. LAS REGLAS COMO RAZONES.....	173
2. LAS RAÍCES DE LA FUERZA NORMATIVA.....	180
3. PUNTO DE VISTA INTERNO Y PESO.....	188
4. LA ASIMETRÍA DE LA AUTORIDAD.....	190
 <b>CAPÍTULO VII. LAS RAZONES EN APOYO DE LAS REGLAS.....</b>	197
1. EL ARGUMENTO DE LA EQUIDAD .....	197
2. EL ARGUMENTO DE LA CONFIANZA.....	200
3. EL ARGUMENTO DE LA EFICIENCIA .....	208
4. DOS TIPOS DE ERROR.....	212
5. EL ARGUMENTO DE LA ESTABILIDAD .....	217



	<u>Pág.</u>
6. REGLAS Y DISTRIBUCIÓN DEL PODER.....	221
7. REGLAS, COMUNIDAD Y COORDINACIÓN.....	225
<b>CAPÍTULO VIII. LAS REGLAS Y EL DERECHO .....</b>	<b>229</b>
1. LAS REGLAS Y EL "IMPERIO DE LA LEY" .....	229
2. EL <i>COMMON LAW</i> .....	236
3. EL PROBLEMA DE LOS PRECEDENTES .....	244
4. CONFLICTOS ENTRE REGLAS Y PRIORIDAD LOCAL .....	250
5. EL DESAFÍO REALISTA .....	254
6. EL POSITIVISMO PRESUNTIVO .....	259
<b>CAPÍTULO IX. LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS .....</b>	<b>271</b>
1. LOS CASOS EN LOS QUE SE INTERPRETA .....	271
2. UNA NUEVA VISITA A HART Y FULLER .....	276
3. REGLAS Y REALIDAD.....	279
4. PROPÓSITO E INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS .....	283
5. INTERPRETACIÓN Y DISCRECIONALIDAD .....	286
<b>CAPÍTULO X. EPÍLOGO. LAS VIRTUDES SILENCIOSAS.....</b>	<b>295</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>301</b>



## ESTUDIO PRELIMINAR

### 1. INTRODUCCIÓN

El examen de cómo funcionan las reglas resulta de gran relevancia al menos por dos razones. En primer lugar, por el importante papel que ellas desempeñan en nuestras vidas. Es difícil pensar en alguna esfera de conducta que no se halle regida por reglas, dado que ellas no sólo ocupan un lugar central en el derecho y en la moral, sino también en el lenguaje, la lógica o los juegos, por citar sólo unos pocos ejemplos.

En segundo lugar, porque el uso de reglas para orientar nuestras acciones parece, al menos a primera vista, sujeto a un problema fundamental: el de la justificación racional del seguimiento de reglas. Una regla prescriptiva destaca como relevantes ciertas circunstancias para calificar normativamente una acción como obligatoria, prohibida o permitida (*“deténgase frente a un semáforo en rojo”*). Pero, al hacerlo, necesariamente soslaya la relevancia de otras muchas circunstancias (*¿debo detenerme frente a un semáforo en rojo si estoy llevando a mi esposa al hospital de urgencia para dar a luz?*). Y, en cierto sentido, parecería que la evaluación de lo que debemos hacer en determinada situación requiere tomar en cuenta todo posible factor que pudiese tener incidencia en la determinación de nuestras obligaciones, esto es, debe atenderse al espectro completo de razones en juego. Pero si las reglas se interpretan y aplican como si fuesen completamente “transparentes” respecto de nuestra evaluación del resultado que ofrece el balance de todas las razones en juego en cada caso, esto es, si en cada situación de posible discordancia entre lo que expresa la regla y el balance completo de razones normativas en juego ha de estarse al resultado de este último, las reglas como tales resultarían herramientas inútiles. Así,

el uso de reglas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que nos ofrecen las reglas, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de irracionalidad, o dejamos de lado la guía que ofrecen las reglas y nos concentramos en lo particular de cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las reglas se tornan irrelevantes.

El intentar ofrecer una respuesta a esta tensión entre irracionalidad e irrelevancia en lo que respecta al seguimiento de reglas constituye el tema central de *Las reglas en juego*, la obra de Frederick SCHAUER cuya versión en español presentamos aquí<sup>1</sup>. Frederick SCHAUER es actualmente profesor de la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard y uno de los principales referentes de la teoría jurídica contemporánea en el mundo anglosajón. El presente libro es, sin lugar a dudas, una de sus contribuciones más importantes en el área de la filosofía del derecho, pues no sólo ofrece un examen de la toma de decisiones basada en reglas, sino que, en su derrotero teórico, explora con claridad, originalidad y profundidad cuestiones tales como la idea de razones para la acción, la noción de autoridad, así como las discusiones relativas al concepto de derecho y su normatividad.

## 2. REGLAS Y LENGUAJE

SCHAUER señala que cuando se toman decisiones en la vida cotidiana, gran parte de las acciones o actividades por las que se opta se ven influenciadas por reglas de muy diferentes tipos. La presión que ejercen las reglas sobre las conductas difiere en cada caso: algunas cierran por completo el camino que se pretende tomar, otras colocan incómodos obstáculos que deben sortearse para alcanzar los objetivos

---

<sup>1</sup> La génesis de esta traducción al español del libro de SCHAUER es el resultado de un trabajo colectivo. En el año 1998 las ideas de SCHAUER fueron objeto de análisis en el Seminario de Teoría y Filosofía del Derecho dirigido por los profesores Eugenio BULYGIN y Hugo ZULETA en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). En dicho marco se comenzó a trabajar en borradores de traducción de la mayoría de los capítulos del libro, tarea en la que participaron Raúl CALVO SOLER, Agustín FERRARO, Raquel GARZÓN, Marcela GIL, Agustín María IGLESIAS, Claudina ORUNESU, Jorge L. RODRIGUEZ, Laura SENDÓN, Germán SUCAR, Romina TESONE y Hugo ZULETA. La traducción que aquí se presenta fue confeccionada con ese material preliminar, luego de ser completado, revisado y corregido por los firmantes de estas páginas, quienes desean dejar en claro que los méritos que puedan encontrarse en el trabajo son el fruto de ese esfuerzo colectivo, pero que asumen la exclusiva y completa responsabilidad por las deficiencias que puedan hallarse en las páginas que siguen.

Además de los citados, Leticia MORALES y Tobías SCHLEIDER brindaron una inestimable colaboración en la revisión final de la traducción.

que se persiguen, mientras que otras sólo son tomadas en cuenta cuando resultan útiles para la obtención de ciertos fines.

De las diferentes clases de reglas, SCHAUER se ocupa específicamente de las *reglas prescriptivas*, a las que distingue de las *reglas descriptivas*. Estas últimas se emplean para establecer regularidades o generalizaciones empíricas ("*el vino alemán es más dulce que el francés*"), mientras que las prescriptivas son empleadas para orientar, controlar o cambiar la conducta de agentes con capacidad para tomar decisiones ("*no se admiten perros en este restaurante*"). En otras palabras, las reglas descriptivas no *regulan* el comportamiento de la naturaleza, sino que *describen las regularidades* que pueden observarse en ella. En este sentido puede decirse que la naturaleza no debe adaptarse a tales reglas, sino que, por el contrario, las reglas descriptivas deben adaptarse a ella. Como postularía ANSCOMBE, su *dirección de ajuste* va del lenguaje al mundo y no del mundo al lenguaje, mientras que con las reglas prescriptivas ocurre lo contrario<sup>2</sup>.

Si bien SCHAUER se vale de esta estrategia corriente para caracterizar a las reglas prescriptivas, que se apoya en la discriminación entre el uso descriptivo y el uso prescriptivo del lenguaje, a diferencia de los enfoques tradicionales se ocupa de remarcar una característica que a su criterio los dos tipos de reglas comparten, que estaría dada por su *generalidad*. Tanto las reglas prescriptivas como las descriptivas se fundarían en generalizaciones y, en cuanto tales, se dirigirían a tipos y no a particulares. Al generalizar no se percibiría a los individuos en forma aislada, sino como miembros de una clase. De tal manera, las generalizaciones resultarían selectivas en un doble sentido: seleccionarían un limitado espectro de propiedades y, al hacerlo, necesariamente excluirían o suprimirían otras. El predicado fáctico de las reglas prescriptivas, al tomar a los individuos como miembros de una categoría más general, escogerían aquella propiedad que se estima causalmente relevante respecto de la meta u objetivo que se quiere lograr o evitar mediante el dictado de la regla, y que constituiría su *justificación subyacente*.

En su enfoque, SCHAUER centra su atención en la conexión entre las reglas y su formulación en un lenguaje para examinar cómo operan las primeras en la toma de decisiones. Sin embargo, esa conexión no es tan estrecha como para identificar a las reglas con sus formulaciones. Ello así ya que SCHAUER considera que la fijación del significado de las generalizaciones en las reglas prescriptivas puede hacerse no sólo recurriendo a formulaciones canónicas, es decir, a un conjunto de palabras escritas de una determinada fuente, sino que también una regla no formulada canónicamente podría operar del mismo modo. Sería entonces posible decir que una regla existe sin necesidad de que ella

<sup>2</sup> Cf. ANSCOMBE, 1957: 109.

haya sido formulada canónicamente, en la medida en que un cierto grupo de personas la haya internalizado, atribuyéndole el mismo significado y tratándolo como relativamente opaco respecto de su justificación subyacente. Las formulaciones canónicas podrían en todo caso facilitar el proceso de internalización del contenido semántico de la regla, pero ello no constituiría una condición necesaria para identificarlo. En consecuencia, pese al énfasis que SCHAUER pone en su análisis en el modo en el que operan las generalizaciones en las reglas prescriptivas, no identifica a las reglas con sus formulaciones lingüísticas, sino que se adscribe a una concepción semántica de las reglas.

En lo que respecta a la modalidad normativa que poseen las reglas prescriptivas, SCHAUER sostiene que ellas pueden ejercer presión sobre los agentes para que se comporten de un cierto modo, básicamente en dos sentidos: en el sentido de una prohibición o en el sentido de una obligación. A estos dos caracteres normativos básicos debería sumarse la permisión, si bien SCHAUER afirma que no resultaría claro que las permisiones posean fuerza normativa. Pero, a su juicio, expresiones como “obligatorio”, “prohibido” y “permitido” no deberían concebirse como tres términos discretos, tal como tradicionalmente se los interpreta desde la lógica de normas, sino como conformando un continuo de fuerza normativa, cuyos extremos serían justamente la prohibición y la obligación. Ese continuo estaría determinado por las sanciones previstas para los casos de incumplimiento y las actitudes hacia las reglas de sus destinatarios, es decir, por las condiciones de aplicabilidad, aceptabilidad y eficacia en el cumplimiento de las reglas que imponen tales calificaciones sobre las acciones. Las sanciones no sólo desempeñan este importante papel en la explicación de SCHAUER de cómo funcionan las reglas, sino que también son tomadas como base para su examen del problema de la autoridad.

Frente al presumible cargo de estar confundiendo una regla con las sanciones previstas en caso de que se la viole, SCHAUER se defiende considerando que una regla que en su forma establece una prohibición puede en los hechos no hacerlo si el destinatario considera que el castigo a sufrir por su trasgresión es “*un precio razonable*” a pagar por realizar la acción prohibida. La relación entre permisión y obligación funcionaría de manera similar: así como en un extremo podría concebirse a una permisión simplemente como la ausencia de prohibición, en el otro extremo podría adquirir ribetes de una virtual obligación si el incentivo para realizar la acción fuese lo suficientemente significativo.

Estas consideraciones de SCHAUER en torno a la lógica subyacente al lenguaje prescriptivo constituyen un punto especialmente polémico de su obra. En primer lugar, si se discrimina el plano de las reglas del plano de las evaluaciones de ciertas conductas a partir de un determinado conjunto de reglas, esto es, entre *normas* y *proposiciones nor-*

*mativas* —enunciados descriptivos relativos a normas, que califican a ciertas acciones como obligatorias, prohibidas o permitidas de conformidad con un cierto conjunto de normas—<sup>3</sup> o, para decirlo con otras palabras, entre los caracteres de las normas y los caracteres de las conductas<sup>4</sup>, estas observaciones de SCHAUER resultan controvertibles. Permitir una cierta acción posee un sentido unívoco: significa autorizar su realización y resulta incompatible con prohibir la misma acción. Si la expresión “permitido” admite más de una interpretación, ello obedece a que ese término puede emplearse no sólo en la formulación de reglas, sino también en proposiciones relativas a ellas. Cuando se califica una cierta acción desde el punto de vista de un determinado conjunto de reglas, decir que ella se encuentra permitida puede significar al menos dos cosas distintas: que no existe en ese conjunto de reglas una que prohíba realizar la acción en cuestión (*permisión negativa*) o que existe en ese conjunto de reglas una que autoriza su realización (*permisión positiva*)<sup>5</sup>. De manera que de la afirmación de que la palabra “permitido” puede significar varias cosas distintas, no se sigue en absoluto que, como carácter normativo, se trate de una noción susceptible de grados.

Pero, en segundo lugar, esta asociación entre el carácter normativo de una regla y las sanciones previstas para su incumplimiento supone asumir una posición reduccionista que ha sido objeto de las más severas objeciones, a las que SCHAUER no ofrece ninguna respuesta<sup>6</sup>. La existencia de una regla que califica normativamente cierta acción como obligatoria, prohibida o permitida parece claramente independiente de las medidas previstas para garantizar su eficacia. Aquí se advierte aún con mayor claridad la importancia de diferenciar a las reglas de la calificación normativa de ciertas acciones a partir de ellas: tiene pleno sentido decir que una conducta se encuentra prohibida de conformidad con un cierto conjunto de reglas, a pesar de que desde el punto de vista del destinatario de esas reglas las sanciones previstas carezcan de todo peso motivacional y resulten, por consiguiente, completamente inocuas a su respecto. Y es particularmente extraño que SCHAUER no repare en esta diferencia cuando, paralelamente, se esfuerza por resaltar la asimetría que media entre la autoridad y el destinatario de las reglas, tal como luego examinaremos.

SCHAUER clasifica a las reglas prescriptivas en dos subclases: las reglas *imperativas* o *regulativas* (*mandatory rules*) y las reglas de *expe-*

<sup>3</sup> Cf. VON WRIGHT, 1963a: 121.

<sup>4</sup> «Los caracteres de las normas son elementos de las normas (junto con otros elementos, como contenido, sujeto, condiciones de aplicación, etc.). En cambio (...) los caracteres de las conductas son elementos de las proposiciones normativas en el mismo sentido en que los caracteres normativos son elementos de las normas» (ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1971: 174).

<sup>5</sup> Cf. ALCHOURRÓN, 1969: 242-268.

<sup>6</sup> Cf. HART, 1961: 34-53.

*riencia o instrucciones (rules of thumb)*. En un primer análisis, la diferencia entre ambos tipos de reglas se centraría para SCHAUER en la distinta presión o fuerza que imponen sobre la conducta. Las reglas imperativas ejercerían presión normativa debido a su carácter de reglas, mientras que las reglas de experiencia sólo ejercerían presión normativa por su utilidad indicativa en una ocasión dada. Estas últimas funcionarían así de manera semejante a lo que VON WRIGHT denomina *normas técnicas*<sup>7</sup>.

Las reglas de experiencia serían optativas en un doble sentido. En un primer sentido, porque sólo se aplicarían si un agente desea lograr el éxito en determinada tarea. En otras palabras, las reglas de experiencia serían hipotéticas, pues contendrían una cláusula condicional, explícita o implícita, que limitaría su aplicación a aquellos casos en los que se persiga el éxito en alguna actividad. La existencia de esta cláusula condicional haría, según SCHAUER, que sus destinatarios piensen que existe una opción genuina entre participar o no en la tarea designada. En un segundo sentido, serían optativas porque su fuerza para motivar la conducta se debería a que se estima que el resultado deseado se alcanzará si se cumple con lo que la regla prescribe. Pero si se considera que siguiendo la orientación que ofrece la regla de experiencia no se alcanzará el objetivo buscado, entonces esa regla no ejercería presión normativa alguna. Por ejemplo, si se considera que en un cierto caso una cabaña no será habitable con independencia de que se la caliente, entonces la fuerza de la regla "*si quiere hacer habitable la cabaña debe calentarla*" desaparecería y el agente se sentiría libre para ignorarla. Esto sería así, según SCHAUER, porque las reglas de experiencia suministran directivas útiles para los casos habituales, pero ni siquiera cuando se desea alcanzar el objetivo al que ellas apuntan ejercerían presión normativa alguna en cuanto reglas, si se estima que, a pesar de realizar el deber que ellas imponen, no se logrará el objetivo deseado.

En esta caracterización de las reglas de experiencia pueden encontrarse dos coincidencias y una diferencia con la caracterización de las normas técnicas que postula VON WRIGHT<sup>8</sup>. Las dos coincidencias están relacionadas con estos dos sentidos en los que SCHAUER considera que las reglas de experiencia son optativas. El primero coincide con la idea de VON WRIGHT de que, en el antecedente de las normas técnicas, el objetivo deseado queda supeditado a la voluntad del destinatario de la norma. El segundo coincide con la idea de VON WRIGHT de que las normas técnicas son eficaces si la *proposición anankástica* que presuponen —esto es, un enunciado descriptivo que indica que cierto medio es condición necesaria para obtener el fin deseado— es ver-

<sup>7</sup> Cf. VON WRIGHT, 1963a: 29-30.

<sup>8</sup> Cf. PEROT, 2003: 214-215.



dadera. Si en cambio la proposición anankástica presupuesta no es verdadera, la eficacia de la norma técnica desaparece o, lo que es lo mismo, su fuerza para motivar la conducta se diluye. La diferencia que puede señalarse entre las dos caracterizaciones es que SCHAUER considera a las reglas de experiencia como una subclase dentro de las reglas prescriptivas y, con ello, su delimitación del campo de lo prescriptivo es más amplia que la presupuesta por VON WRIGHT. Para este último, el hecho de que las normas técnicas estén —en los sentidos indicados— supeditadas a la voluntad del agente justifica que se sostenga que ellas imponen deberes de una naturaleza diferente a los impuestos por las prescripciones<sup>9</sup>.

De acuerdo con la caracterización de SCHAUER de las reglas de experiencia, parecería que ellas no poseen aptitud para introducir ninguna diferencia relevante en el proceso de toma de decisiones, dado que si el resultado de su aplicación difiriese del que indican sus justificaciones subyacentes, estas últimas prevalecerían y las reglas de experiencia deberían dejarse de lado. Si esto fuese así, existiría una diferencia crucial entre las reglas imperativas y las reglas de experiencia, puesto que estas últimas no suministrarían genuinas razones para actuar, careciendo, por lo tanto, de toda fuerza normativa autónoma. Sin embargo, como luego veremos, SCHAUER no juzga tan cruciales las diferencias entre ambos tipos de reglas como cabría concluir de esta primera evaluación.

Comentando la clásica distinción entre reglas regulativas y constitutivas, de acuerdo con la cual las primeras regularían conductas previamente existentes y que podrían definirse sin hacer referencia a la regla que las regula (una regla que prohíbe vender alcohol a menores de edad o fuera de cierto horario, por ejemplo), en tanto que las segundas crearían la posibilidad misma de llevar a cabo ciertas acciones, por lo que definirían actividades que no existirían con independencia de las reglas que a ellas se refieren (la regla que establece cómo enrocar en el ajedrez, por ejemplo)<sup>10</sup>, SCHAUER sostiene que se trata de una distinción en cierto sentido esclarecedora pero, al propio tiempo, confusa. Y ello porque considera que las reglas constitutivas poseerían un doble aspecto: definirían cierta actividad y luego la regularían. Las reglas que limitan los casos en los que se puede enrocar, por ejemplo, se parecerían en este sentido a las reglas que limitan los casos en los que se pueden vender bebidas alcohólicas, pese a que la segunda se referiría a una actividad que resultaría menos dependiente de reglas, ya que podría ser definida con independencia de la regla que la regula, lo que no ocurriría en el primer caso. En otras palabras, SCHAUER no cuestiona la distinción, sino que se limita a señalar que sería una

<sup>9</sup> Cf. VON WRIGHT, 1963b: 160-163, y 1983: 199-209.

<sup>10</sup> Cf. SEARLE, 1969: 33-42.

equivocación suponer que las reglas regulativas no son también parte de prácticas e instituciones creadas por reglas, y que si bien existe una diferencia importante entre términos que cobran significado a partir de un sistema normativo (como por ejemplo “responsabilidad”, “inconstitucionalidad”, etc.) y otros que no, ello no constituiría una razón suficiente para distinguir *tipos* de reglas.

Si bien parece sensata esta última idea de SCHAUER, su evaluación crítica de la distinción podría profundizarse. Supóngase una regla como la siguiente: «*El enroque consiste en un movimiento del rey completado por el de una torre, todo lo cual se cuenta como una sola jugada. Se ejecuta así: el rey deja su casilla inicial para ocupar una u otra de las casillas del mismo color más próximas de la misma línea; luego la torre hacia la cual se dirigió el rey pasa sobre el rey ubicándose en la casilla que éste acaba de saltar. El enroque es irrealizable si el rey o la torre ya han sido jugados*». Si se interpreta que ésta es una regla constitutiva, ella no sólo definiría qué es enrocar, sino que también *regularía* tal actividad al disponer que el enroque no debe realizarse si el rey o la torre han sido jugados. No obstante, la diferencia entre aceptar la existencia de reglas que presentan este “doble aspecto” y el directo rechazo de la distinción entre reglas constitutivas y regulativas no es meramente una cuestión terminológica. Decir “*el enroque es irrealizable si el rey o la torre ya han sido jugados*” no constituye una genuina prescripción, sino que forma parte de la definición de “enroque”. La consecuencia de “enrocar” cuando el rey ya ha sido jugado no es que se recibirán cincuenta latigazos o algo parecido. Es la misma que pretender “enrocar” con la dama: no se tratará de un enroque. Es más, no se tratará de una jugada válida del ajedrez, de modo que lo que se le diría al eventual contrincante que pretendiera hacer tal cosa es: “*ésta no es una jugada válida del ajedrez*”. Si aún se desea considerar que esto es una prescripción, lo cual no sería otra cosa que rendir un culto desmedido a las expresiones gramaticales por encima del uso del lenguaje, entonces también debería considerarse así a una regla que dijese: “*no debe omitirse acentuar a las palabras agudas terminadas en n*”. Si no se está dispuesto a aceptar esta conclusión, debería, lisa y llanamente, abandonarse la distinción entre reglas constitutivas y regulativas.

### 3. ATRINCHERAMIENTO Y AUTONOMÍA SEMÁNTICA

SCHAUER afirma que a toda generalización contenida en una regla imperativa subyace un propósito o justificación. La generalización limita el número de propiedades que, sin su existencia, resultarían aplicables en virtud de su justificación. De manera que las generalizaciones operan aplicando y especificando sus justificaciones subyacentes.

El predicado fáctico de una regla es generalmente una generalización probabilística respecto de alguna justificación, esto es, el predicado es verdadero para la mayoría de los casos, aunque no necesariamente para todos. Frente a la regla “*no se admiten perros en este restaurante*”, cuya justificación subyacente podríamos considerar que reside en evitar molestias a los clientes del restaurante, si se admite que algunos perros no ocasionan molestias, la generalización del predicado fáctico de la regla se presenta como *sobreincluyente*. Si bien la presencia de un perro en el restaurante, como categoría o tipo, está relacionada de manera probabilística con la justificación subyacente a la regla, puede suceder que en casos particulares no se configure la consecuencia prevista por esa justificación. Igualmente, puede ocurrir que los clientes sean molestados por situaciones diferentes a la presencia de un perro. Por ello, el predicado fáctico de la regla resulta también *subincluyente*, ya que no cubre ciertos estados de cosas que en determinadas circunstancias resultarían comprendidos por su justificación subyacente. Los casos de sub y sobreinclusión son, entonces, casos en los que la generalización que conforma el predicado fáctico de la regla falla respecto de la justificación que la genera.

Otra situación en la que una regla se torna inadecuada a la luz de su justificación se presentaría cuando una generalización supuestamente universal resulta en realidad probabilística en virtud del fenómeno de la *textura abierta*. La textura abierta es la posibilidad de que incluso un término preciso se revele como vago frente a un caso no previsto, debido a nuestro imperfecto conocimiento del mundo o a nuestra imposibilidad de predecir el futuro. Así, puede suceder que el devenir de la experiencia revele que la generalización de una regla no es aplicable en determinadas circunstancias, transformándose entonces en probabilística, y resultando susceptible al tipo de falencias examinadas en el párrafo anterior, es decir, sujeta al problema de la sub y sobreinclusión. Y un tercer caso de divergencia entre la regla y su justificación, que SCHAUER examina, se produciría debido a que, al generalizar y enfatizar determinadas propiedades, dejando así otras de lado, en el examen de un cierto caso puede ser que se considere que la generalización omitió tomar en cuenta una propiedad que ahora parece relevante para la decisión. A estos tres tipos de generalizaciones inadecuadas SCHAUER las denomina *experiencias recalcitrantes*. Cómo se reaccione frente a estas experiencias recalcitrantes dependerá de si se asume un *modelo conversacional* o un *modelo atrincherado* de toma de decisiones.

El modo conversacional ofrece una gran tolerancia a las experiencias recalcitrantes, sean ellas provocadas por fenómenos de sub o sobreinclusión, textura abierta o por supresiones equivocadas al momento de crear la generalización, ya que el discurso en el modo conversacional admite que se suministren precisiones o se refinen con-

ceptos, toda vez que ello resulte necesario. Las experiencias recalitrantes funcionan en este modelo como disparadoras de las adaptaciones requeridas, lo cual constituye su característica más meritoria y saliente.

Sin embargo, pese al atractivo del modelo conversacional, SCHAUER duda de que refleje la realidad del uso del lenguaje, ya que en ella es mucho más corriente que las generalizaciones no sean maleables, sino que se vuelvan *atrincheradas*. Las generalizaciones, señala SCHAUER, parten de similitudes que en cierto momento se consideraron relevantes, y de la supresión de otros factores que se proyectan en el tiempo. Cuando esas generalizaciones se asumen como atrincheradas, ciertas propiedades nunca serán tenidas en cuenta, otras resultarán difíciles de expresar y otras serán menos comprensibles de lo que lo habrían sido si la generalización no se hubiese atrincherado.

En el modelo atrincherado, frente al acaecimiento de una experiencia recalitrante, no se produce una modificación o reformulación de la generalización como ocurre en el modelo alternativo. En el primer caso de experiencia recalitrante, esto es, el de la generalización probabilística, el atrincheramiento convierte a la generalización en una de carácter universal. Así, una generalización del tipo "*todos los x deben  $\phi$* " prevalecerá como prescripción atrincherada, aun cuando aparezca un x que no deba, de conformidad con la justificación que genera esa generalización, hacer  $\phi$ . En el caso de la textura abierta, el hecho de que se haya descubierto un x que no debería  $\phi$  no obstará a que prevalezca la generalización atrincherada, ni tampoco a que el caso que pone en crisis la generalización sea tratado como un caso más, debiendo, por lo tanto, también  $\phi$ . Y, por último, si una determinada característica fue soslayada por la generalización, ello no obstará a que se aplique incluso en aquellos casos en los que la propiedad en cuestión parezca relevante para su solución.

En síntesis, en el modelo de toma de decisiones al que SCHAUER califica como "conversacional", los conflictos provocados por las experiencias recalitrantes deben resolverse siempre en favor de la justificación de la regla y no de lo que esta última expresa. En cambio, en el modelo "atrincherado" de toma de decisiones, el conflicto se resuelve en favor de la regla, y el decisor ha de considerar al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción, incluso cuando se presenten experiencias recalitrantes.

Las generalizaciones limitan, simplifican y especifican sus justificaciones. El hecho de que pueda haber divergencias entre lo que dispone una regla y el resultado determinado por su justificación obedece a que el significado de la regla no se encuentra completamente determinado por la aplicación de la justificación al caso bajo examen.

Esta idea se sustenta en una determinada concepción del lenguaje, que SCHAUER defiende, y que resulta incompatible con una visión particularista del significado. De conformidad con ella, el significado no se explica por completo remitiéndose a los propósitos del hablante o al contexto en particular en el que es usado el lenguaje. Para SCHAUER, la posibilidad de una divergencia entre la regla y su justificación presupone que el lenguaje y el significado son, al menos, parcialmente acontextuales, es decir, no están totalmente determinados por las circunstancias o por el contexto inmediato en el cual se los utiliza en un momento en particular. Por ello, SCHAUER sostiene que el lenguaje posee *autonomía semántica*: los símbolos que lo conforman son capaces de portar significados sin depender para ello de los propósitos que persigan los hablantes en ocasiones específicas. Esto no significa que se rechace la necesidad de tomar en cuenta el contexto. Por el contrario, SCHAUER señala que se debe discriminar entre el contexto que constituye la ocasión específica de uso (sobre el que se sustentan las posiciones particularistas) y el contexto entendido en términos de comunidad lingüística.

El considerar que el significado es parcialmente acontextual le permite a SCHAUER remarcar el hecho de que todos los usuarios de un lenguaje comparten un gran número de presupuestos contextuales, los cuales configuran un contexto básico invariable dentro de una determinada comunidad lingüística. Si el significado de una expresión estuviese determinado únicamente por el modo en el que ella fue usada en un momento particular, sería imposible dar cuenta de cómo se transmite el significado y de por qué se escoge una u otra palabra en diferentes contextos de comunicación. Para SCHAUER, una concepción particularista del significado, de acuerdo con la cual éste depende completamente del propósito que se persiga con la expresión en una ocasión concreta, no podría ofrecer una explicación satisfactoria del fenómeno de la comunicación. La visión en una playa de un dibujo formado por caracoles que se asemeja a G-A-T-O genera en los hablantes del español una serie de reacciones que hacen que se represente a un animal peludo y no a otra cosa, y eso es independiente de que ninguna persona haya realizado el dibujo.

La tesis de la autonomía semántica ha sido resistida, entre otros, por FULLER en su famoso debate con HART acerca del significado de las formulaciones de las normas jurídicas<sup>11</sup>. FULLER sostenía que los términos no poseen siquiera un núcleo de significado que pueda identificarse con independencia de los propósitos específicos para los que se los emplea (señala como ejemplo la expresión "vehículo" en una formulación normativa que prohíbe los vehículos en un parque).

---

<sup>11</sup> Cf. HART, 1958: 593-629, y FULLER, 1958: 630-672.

El argumento de FULLER consiste en afirmar que, dado que cualquier regla interpretada literalmente puede en ocasiones arrojar resultados inmorales o absurdos, el juez debe siempre preguntarse si el caso que examina es uno en el que los resultados serían inaceptables si la regla fuese aplicada como tal. Por lo tanto, la aplicación de una regla requeriría que el juez considere su propósito o justificación y analice si ellos son adecuadamente satisfechos en caso de que la regla se aplique literalmente. De esto concluye que nunca tendría sentido hablar de un significado literal o claro de aplicación de una regla, tal como lo pretende HART. Estos resultados absurdos se presentarían, por ejemplo, al aplicar la regla "*no se admiten vehículos en el parque*" a un vehículo que forma parte de un monumento erigido en el parque.

FULLER argumenta así contra el atrincheramiento de las reglas y considera que ellas son *derrotables* cuando no sirven a los propósitos de sus justificaciones subyacentes. Sin embargo, como lo sostiene MARMOR<sup>12</sup>, aun admitiendo —lo que de por sí es discutible— que los jueces siempre se pregunten si una regla debe ser aplicada en las circunstancias del caso, de ello no se sigue que las reglas no puedan ser entendidas o aplicadas sin referencia a su justificación. En el enfoque de FULLER se confundiría la cuestión de qué sea seguir una regla, con el problema de si una regla debe ser aplicada en una determinada circunstancia.

En el mismo sentido, SCHAUER considera que la conveniencia de evitar resultados absurdos no debe encubrirse bajo el ropaje de una teoría del significado escasamente plausible, que confunde lo que el lenguaje significa con lo que deseamos que nuestro sistema jurídico haga. Este tipo de argumentos, que a menudo recurren a una interpretación más que discutible de algunas observaciones de WITTGENSTEIN que podrían resumirse en el slogan "*el significado es uso*", no advierten que una cosa es que el significado dependa del modo en el que es usado por una cierta comunidad lingüística, y otra bien diferente que el significado dependa de cómo se usa en una ocasión particular.

Para SCHAUER, sólo habrá toma de decisiones basada en reglas en la medida en que, si una regla determina soluciones diferentes frente a las que resultan de su justificación subyacente, ella ofrezca cierto grado de resistencia a tales justificaciones. Esto sólo sería posible en la medida en que seamos capaces de captar el significado de la regla sin recurrir a su justificación. Una regla sería así apta para suministrar una razón para la decisión incluso cuando su formulación no sirva a la justificación que la ha generado.

---

<sup>12</sup> Cf. MARMOR, 1991: 136.

#### 4. REGLAS, RAZONES Y AUTORIDAD

Examinando críticamente la idea de LYONS de que al menos una especie de utilitarismo de reglas sería extensionalmente equivalente al utilitarismo de actos<sup>13</sup>, SCHAUER sostiene que una regla que poseyera maleabilidad continua y especificidad ilimitada sería una regla sólo en su forma, mas no en sus efectos. De modo que la exclusión de estos dos rasgos resultaría necesaria para ofrecer una caracterización satisfactoria de las reglas, que preserve la idea de que la toma de decisiones particularista y la toma de decisiones a partir de generalizaciones atrincheradas no son extensionalmente equivalentes.

No obstante, al estudiar en detalle estos dos rasgos, SCHAUER considera que la especificidad limitada de una generalización es una condición suficiente, pero no necesaria, para la existencia de una regla. Una regla de gran especificidad, que incorporara toda distinción relevante concebible, ofrecería el mismo resultado que la apelación directa a las justificaciones subyacentes a ella para cualquier caso. Aun así, una regla semejante, que poseyera un grado máximo de precisión, resultaría vulnerable al problema de la textura abierta: frente a un caso anómalo podría plantearse la cuestión de si la regla puede ser modificada al tiempo de su aplicación y, si la respuesta fuese afirmativa, entonces las decisiones de acuerdo con esa regla resultarían extensionalmente equivalentes con las decisiones tomadas a partir de sus justificaciones subyacentes. Por consiguiente, la ausencia de maleabilidad continua, y no la presencia de especificidad limitada, es lo que constituiría una condición necesaria y suficiente para la existencia de una decisión basada en reglas. La toma de decisiones basada en reglas exige que estas últimas preexistan a cualquiera de sus aplicaciones particulares, y que suministren cierta resistencia a sus justificaciones subyacentes. Por supuesto, ciertos casos de aplicación llevarán al decisor a cuestionar la regla. Ahora bien, cuestionar la regla modificándola luego de su aplicación, esto es, controvertirla y luego modificarla para el próximo caso, no resultaría analíticamente inconsistente con que la regla ejerza cierta fuerza normativa respecto del caso actual. Pero si se cuestiona la aplicabilidad de la regla respecto de un caso dejándola de aplicar frente a él, la regla se volvería continuamente modificable y, por consiguiente, irrelevante para la toma de decisiones. En conclusión, salvo que el peso de una regla resulte suficiente, al menos respecto de cierto número de casos potenciales, para superar incluso una creencia en contrario acerca de cómo debe resolverse, ella existirá sólo como una regla de experiencia.

De este modo, para SCHAUER las reglas actúan bloqueando aquellas razones que de otro modo resultarían aplicables a la decisión que ha

---

<sup>13</sup> Cf. LYONS, 1965.

de adoptarse. Por ello, compara su posición con la de Joseph RAZ, quien ha defendido una idea bastante próxima al señalar que las reglas funcionan como razones excluyentes<sup>14</sup>. Para RAZ, en todo proceso de toma de decisiones, además de las razones de primer orden, pueden hallarse razones de segundo orden, que son aquellas que suministran razones para actuar o abstenerse de actuar en virtud de una razón de primer orden. Entre esas razones de segundo orden RAZ considera que se cuentan aquellas que excluyen razones de primer orden, a las que llama *razones excluyentes*, y que obligan a dejar de lado razones que de otro modo serían aplicables. Una regla imperativa sería para RAZ una combinación entre una razón de primer orden para llevar a cabo cierta acción y una razón excluyente que exige dejar de lado otras razones de primer orden en conflicto con la primera.

No obstante ese paralelo inicial, las posturas defendidas por RAZ y SCHAUER divergen, puesto que para el primero las razones excluyentes siempre prevalecen en caso de conflicto con las de primer orden. SCHAUER, en cambio, acepta que las reglas pueden ser desplazadas incluso en virtud de la misma clase de hechos cuya consideración parece excluir la regla. Así, cuestiona el ejemplo de RAZ según el cual una persona adopta para sí la regla de que siempre pasará sus vacaciones en Francia, excluyendo la posibilidad de actuar sobre la base de una razón semejante a que los hoteles en cierta otra parte del mundo ofrecen promociones especialmente atractivas en determinada ocasión. Supóngase, plantea SCHAUER, que dicha persona toma conocimiento de que un hotel en los Alpes austriacos ofrece habitaciones a diez dólares la noche, un precio que resulta drásticamente inferior a los cien dólares que se pensaba gastar en Francia. De acuerdo con la postura de SCHAUER, esta oferta podría considerarse tan obviamente ventajosa que la exclusión de considerar factores semejantes podría ser derrotada, aun cuando en los casos normales (una diferencia de un 20 por 100 menos en el precio, por ejemplo) la regla no perdería su fuerza para excluir que cada año se determine dónde pasar las vacaciones sobre la base del balance completo de razones. Para SCHAUER, las restricciones que imponen las reglas serían más presuntivas que absolutas, pues suministrarían cierto grado de restricción, pero admitirían la posibilidad de que se las deje de lado en circunstancias particularmente exigentes. Cuando las reglas o sus equivalentes funcionan de este modo presuntivo, los valores a los que ellas contribuyen resultan promovidos, pero atemperados, por la manera en la que las presunciones permiten que un decisor conserve la aptitud para vislumbrar la gama completa de factores disponibles a fin de determinar si el caso analizado es uno de aquellos en los que esos factores suministran una razón de una fuerza tan excepcional como para que la razón para

---

<sup>14</sup> Cf. RAZ, 1975: 15-84, y 1979: 3-33.



superar su exclusión resulte superior a la razón que suministran las reglas para excluirlos.

Frente a situaciones como ésta RAZ, en cambio, plantea que debería optar por una de entre dos alternativas de explicación, ninguna de las cuales, a juicio de SCHAUER, reflejaría la verdadera naturaleza del razonamiento práctico en casos semejantes. O bien debería considerar que la exclusión debe prevalecer siempre, de manera que si en la situación descrita se opta por ir a Austria, se habrá simplemente abandonado la regla, o bien debería decirse que en realidad un supuesto como el considerado no se encuentra cubierto por la regla, aunque a primera vista, debido tal vez a una interpretación poco cuidadosa de ella, haya parecido lo contrario. Para RAZ, el admitir que al momento de tomar una decisión se examine incluso superficialmente la razón de primer orden, para ver si ése es uno de los casos en los cuales no debería excluirla, implicaría que la razón en cuestión no ha sido excluida en absoluto. En cambio, para SCHAUER esto no sería psicológicamente imposible, pues mediaría una diferencia entre un examen detenido y un simple "vistazo". Si bien SCHAUER reconoce que todo supuesto en el que una regla resulta derrotada puede siempre reformularse como si cayera fuera del alcance de la regla, considera que una regla susceptible de ser derrotada tendría no obstante consecuencias y poseería relevancia, aunque esa relevancia se manifieste sólo en algunos casos y no en todos los comprendidos en el alcance de la exclusión.

SCHAUER sostiene que la discrepancia entre su posición y la de RAZ es "empírica o psicológica", es decir, de carácter descriptivo. Sin embargo, esto parece difícil de aceptar: los dos autores no están simplemente sosteniendo dos descripciones diferentes de cómo, de hecho, la gente razona frente a un problema práctico. La diferencia de criterios no deviene sencillamente de una cuestión fáctica, sino que depende de que se acepte una u otra forma de *interpretar* o *explicar* ciertos hechos. No hay modo de saldar una polémica como ésta a través de una cierta constatación empírica. Por el contrario, la diferencia de criterios parece más bien de carácter conceptual (si una regla no prevalece siempre frente a sus justificaciones subyacentes ¿puede o no calificársela genuinamente como "regla"?) o bien de carácter normativo (¿existen razones que justifiquen optar siempre, frente a posibles experiencias recalcitrantes, por la solución que ofrece una regla, o esas razones poseen sólo un carácter *prima facie* y pueden ser derrotadas en casos particularmente exigentes?). O quizás constituya una combinación compleja de consideraciones conceptuales y normativas.

Sin perjuicio de lo anterior, parecería a primera vista que la postura que asume RAZ ofrece mayores reparos que la de SCHAUER, al menos por lo siguiente. RAZ distingue entre la *conformidad* con una regla y el *seguimiento* de una regla. En el primer caso, se hace lo que la

regla exige —se actúa *de acuerdo con ella*—, cualquiera que haya sido el motivo del agente para hacerlo. En el segundo, en cambio, se hace lo que la regla exige pero, además, el agente lo hace motivado justamente por la regla —se actúa *por ella*—. Para RAZ, las razones para actuar son razones para la conformidad, no para el seguimiento, y, a su criterio, habría ocasiones en las que la manera de hacer más probable la conformidad con un conjunto de razones radicaría precisamente en no actuar por ellas. Ése sería el modo de entender la relación entre una razón excluyente y el conjunto de razones excluidas: las razones excluyentes servirían como vías indirectas para maximizar la conformidad con las razones subyacentes que ellas excluyen. Ahora bien, de ser esto así, las reglas imperativas funcionarían como reglas de experiencia. No ofrecerían genuinas razones para actuar, sino más bien razones para *creer*: razones para creer, en situaciones de incertidumbre, que cierto curso de conducta es, con mayor probabilidad, el que se tiene razones para ejecutar<sup>15</sup>. En otras palabras, las reglas no serían razones excluyentes debido a que, si se diera una genuina discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por la regla y el que resulta de las razones subyacentes a ella, habría que privilegiar al primero. Por el contrario, en una situación semejante debería optarse por el resultado del balance de las razones subyacentes. Si las reglas se conciben desde este enfoque como razones excluyentes es porque, en caso de discrepancia entre el curso de acción que resulta impuesto por la regla y el que *creemos* que resulta de las razones subyacentes a ella, deberíamos privilegiar al primero, y ello debido a que nuestras creencias acerca de cuál sea el resultado del balance de razones podrían ser equivocadas.

Pero si se examina la posición de SCHAUER con mayor cautela puede apreciarse que ella conduce a una conclusión bastante semejante. En efecto, SCHAUER considera que una regla existe como tal cuando suministra una razón para la acción que es independiente de la que pueda proporcionar su justificación subyacente. Pero una razón para la acción semejante no se configura con la mera conformidad de la conducta, sino que es preciso que la regla guíe las acciones del sujeto. Ser guiado por una regla requiere que el agente tome a su existencia como una razón para la acción —no necesariamente concluyente o absoluta—. Seguir una regla, en cambio, requiere tanto ser guiado como actuar de conformidad con ella. La conformidad es entonces distinta del seguimiento porque sólo el segundo exige ser guiado por la regla.

Las razones para la acción pueden o no ser absolutas. Las razones para la acción no absolutas son habitualmente consideradas razones *prima facie*, en el sentido de que pueden ser superadas o desplazadas por otras razones más exigentes que se inclinan en la dirección con-

<sup>15</sup> Cf. BAYON, 1991: 43-57.

traría. No obstante, SCHAUER objeta justificadamente esta calificación, pues ella parece sugerir que las razones no absolutas se evaporan cuando son desplazadas. A su criterio, tiene tanto sentido pensar que una razón no concluyente desaparece cuando resulta superada por otras razones de mayor peso como sostener que un abrigo desaparece cuando el viento lo atraviesa. Lo que ocurriría en verdad es que una regla podría ser suficiente en algunos casos y en otros no. Pero en todos ellos las reglas siempre ofrecerían alguna resistencia. Para SCHAUER, las razones normativas constituyen un continuo: en un extremo se encontrarían las razones más débiles, *ceteris paribus*, que determinan resultados sólo si todo permanece igual, mientras que en el otro extremo se hallarían las razones absolutas. Como puede advertirse, SCHAUER discrepa aquí con DWORKIN, para quien las reglas siempre son concluyentes si son aplicables<sup>16</sup>. Siguiendo a HART, SCHAUER afirma que una regla sujeta a una cláusula "*a menos que...*" sigue siendo una regla<sup>17</sup>.

Estas consideraciones llevan a SCHAUER a sostener que lo que caracteriza a las reglas de experiencia es que ellas poseen fuerza *ceteris paribus*, pues exigen un nivel de convicción más alto para justificar el desvío respecto del curso de acción que la regla impone, y presentan así algún grado de resistencia a no ser aplicadas. Las reglas de experiencia, al funcionar de este modo, se asemejarían a las reglas imperativas. La diferencia consistiría en que las reglas imperativas sólo serían vulnerables a razones externas a su justificación subyacente, mientras que las reglas de experiencia estarían sujetas a ser superadas o derrotadas frente a casos de inaplicabilidad de su propia justificación subyacente.

Según este punto de vista, las reglas en general se caracterizarían por no resultar completamente derrotables. Pero al decir esto deberían distinguirse dos cuestiones distintas. Una regla sería *internamente derrotable* cuando resulta inaplicable exclusivamente sobre la base de la inaplicabilidad de sus justificaciones subyacentes. Tal sería el caso, para SCHAUER, de las reglas de experiencia. No obstante, una regla que posea cierta resistencia a la derrotabilidad interna —lo cual constituiría una condición necesaria para la existencia de una regla imperativa— podría todavía resultar *externamente derrotable*, esto es, susceptible de ser superada por factores particularmente exigentes de carácter externo, tanto respecto de la regla como de su justificación.

Cuando se examina una regla aislada, esta distinción parece meridianamente clara. Pero habitualmente las reglas no se presentan en forma aislada, sino conformando complejos *sistemas* de reglas, y frente a ellos ya no resulta fácil discernir las situaciones en las que una regla deja de resultar aplicable respecto de un caso en virtud de la ina-

<sup>16</sup> Cf. DWORKIN, 1977: 22-28.

<sup>17</sup> Cf. HART, 1948: 145-166, y 1961: 174.

plicabilidad de *su* justificación subyacente y las situaciones en las que deja de resultar aplicable en virtud de factores externos a ella o a su justificación, pero que resultan de lo dispuesto por otras reglas del mismo sistema o de sus justificaciones subyacentes. Y ello porque la frontera entre lo uno y lo otro variará de acuerdo con cuál sea el criterio de identificación de las reglas que se presuponga. Recuérdese que el propio SCHAUER admite que todo supuesto en el que una regla resulta derrotada puede siempre reformularse como si cayera fuera del alcance de la regla. Siendo ello así, si en un sistema conviven dos formulaciones de reglas, una de las cuales dispone que *“debe sancionarse a quienes cometen homicidio”* y otra que establece que *“no deben aplicarse sanciones a los menores de edad”*, ¿qué diferencia existiría entre decir que aquí la regla que prevé una sanción para los casos de homicidio resulta externamente derrotable frente al supuesto de un homicidio cometido por un menor de edad y sostener que la regla que sanciona a los homicidas contiene implícitamente una excepción que restringe su alcance a los casos de homicidas mayores de edad?

Al considerar sistemas de reglas, la distinción entre derrotabilidad interna y externa sólo conservaría sentido si los calificativos de “interno” y “externo” se refieren no ya a las reglas aisladamente consideradas, sino al sistema como un todo: en tal supuesto, una regla sería internamente derrotable si la razón para dejarla de lado surge del propio sistema, mientras que sería externamente derrotable si resulta desplazada por consideraciones extrasistemáticas, esto es, al tomar en cuenta reglas pertenecientes a otro sistema al que se estima jerárquicamente superior al primero como un todo. Claro que, así entendida la distinción, ella no permite justificar que una regla aislada se interprete como una genuina regla imperativa o como una regla de experiencia. En consecuencia, y al igual que lo que ocurre en el caso de RAZ, un examen detenido del modo de concebir a las reglas imperativas en SCHAUER muestra que la línea de demarcación entre este tipo de reglas y las reglas de experiencia es más que delgada, algo que, por otra parte, el mismo SCHAUER parece reconocer explícitamente al sostener que es bien poco lo que distingue a las reglas que son vulnerables respecto de la inaplicabilidad de sus propias justificaciones de las que son vulnerables a ser superadas por razones externas a ellas.

Estas consideraciones permiten plantear dos interrogantes respecto del enfoque propuesto por SCHAUER. En primer lugar, ¿no ocurre con él algo semejante a lo que hemos visto que ocurre con el planteo de RAZ, esto es, que las reglas imperativas funcionarían exactamente como las reglas de experiencia, pues no suministrarían genuinas razones para la acción, sino más bien razones para creer, frente a situaciones de incertidumbre, que se debe actuar de cierto modo? En segundo lugar, ¿cómo podría descartarse el cargo de irracionalidad contra el seguimiento de reglas si se admite que actuar siguiendo reglas provoca nece-

sariamente resultados subóptimos respecto del curso de acción que determinan sus justificaciones subyacentes?

SCHAUER intenta responder a estas dos preguntas. Con respecto a la primera, sostiene que, frente a un caso de aplicación, el destinatario de una regla puede *creer* que tiene buenas razones para estar en desacuerdo con la directiva emitida por la autoridad y, no obstante, esta última puede *creer*, pese a ello, que tiene buenas razones para imponerla. Hay situaciones en las que el incumplimiento por parte del destinatario se encuentra a su criterio justificado, cuando, considerando todas las circunstancias relevantes, estima que debe desobedecer la regla (por ejemplo, un niño que, frente a la disyuntiva entre obedecer la regla de ir a dormir a las nueve de la noche o ayudar a un amigo a hacer sus deberes, considera preferible desobedecer). Pero, paralelamente, la autoridad puede creer que tiene buenas razones para impedir el incumplimiento de la regla, porque, a su juicio, un incumplimiento en esta ocasión podría traer aparejados más perjuicios que beneficios. En una situación semejante, en la que existe un desacuerdo entre la autoridad y el destinatario de la regla, lo racional para el destinatario sería desobedecer, mientras que lo racional para la autoridad sería exigir obediencia. Se presentaría así una asimetría entre la autoridad y el destinatario, porque sería posible que, frente a una determinada regla, el destinatario crea que es irracional seguirla y la autoridad crea que es racional requerir su cumplimiento. La autoridad, al momento de crear reglas, puede prever la posibilidad de desacuerdos como éste y establecer sanciones —introduciendo así razones prudentiales para seguir la regla— incluso para aquellos casos en los que el destinatario crea que tiene razones para desobedecer. En especial si predice que los casos en los que los destinatarios cometerían un error al desobedecerla superarían a los casos de obediencia injustificada. Si bien puede ser irracional desde el punto de vista del destinatario, parece perfectamente racional desde el punto de vista de la autoridad privilegiar el respeto por las reglas, aunque esto implique en ocasiones llegar a resultados subóptimos. De esta manera, el carácter asimétrico de la autoridad implicaría que en ocasiones su tarea consista en desalentar al destinatario para que utilice su mejor evaluación a través de premios y castigos y mediante una educación que inculque los valores del seguimiento de reglas.

Esta salida no parece ir mucho más lejos que la solución raziana. En primer lugar, porque nadie cuestiona la racionalidad en la imposición de reglas por parte de la autoridad, sino solamente la racionalidad en el seguimiento por parte del destinatario, de modo que señalar esta asimetría entre autoridad y destinatario en lo que a la racionalidad se refiere deja todo exactamente en el mismo lugar, más allá de sumar a la consideración el que, al imponer una regla, la autoridad puede sumar razones prudentiales para su seguimiento derivadas

de las sanciones correlacionadas a su trasgresión. Y, en segundo lugar, porque si bien SCHAUER afirma que resultaría racional para la autoridad establecer sanciones para los casos de trasgresión a una regla, no sólo a pesar de que el destinatario *crea que sería mejor violarla*, sino incluso cuando *sería mejor violarla*, pues de lo contrario habría escasas razones para que el destinatario obedezca cuando crea erróneamente que la violación estaría justificada, esto todavía no ofrece ningún argumento contra la objeción de la irracionalidad en el seguimiento de reglas. Puede ser correcto que la autoridad esté dispuesta a sancionar a un sujeto por no seguir una regla, incluso aunque, considerando todos los factores relevantes, sería mejor violarla. También puede ser correcto que desde el punto de vista de la autoridad esto resulte racional. Pero si considerando todos los factores relevantes, incluso el temor al castigo de la autoridad, es mejor violar la regla que seguirla, lo que el destinatario debería hacer es violarla. Así concebidas, las reglas tampoco suministran verdaderas razones para la acción, sino, a lo sumo, razones para creer que se debe actuar de cierto modo en situaciones de información incompleta.

Veamos entonces cómo responde SCHAUER al segundo interrogante. Explícitamente admite que, al implicar una inevitable sub y sobreinclusión, la toma de decisiones basada en reglas trae aparejados también errores y resultados subóptimos, de manera que cabe preguntarse por qué, pese a tales consecuencias indeseables, podría resultar preferible un sistema de toma de decisiones basado en reglas.

SCHAUER evalúa un primer argumento en apoyo de las reglas, consistente en que ellas promueven la *equidad*. La toma de decisiones de acuerdo con reglas resulta de aplicación general, por lo que facilitaría la obtención de resultados más equitativos o justos. La máxima "*los casos semejantes deben ser tratados de manera semejante*" parecería favorecer la idea de que la generalidad de las reglas permite lograr similitud y consistencia, y, en este sentido, nos acercaría a resultados más equitativos. Sin embargo, las reglas al generalizar ignoran también diferencias relevantes y tratan a los casos diferentes como si fuesen similares, e introducen distinciones que de otra manera serían irrelevantes, por lo que tratan en forma distinta casos que en realidad son semejantes. De manera que el atrincheramiento de las generalizaciones no favorece en verdad el objetivo de tratar de manera similar casos similares y de manera diferente casos diferentes, sino que, por el contrario, el particularismo tendría aquí un punto en su favor. Por lo tanto, la toma de decisiones basada en reglas no resultaría intrínsecamente justa: es más, en ocasiones podría obstar a la obtención de un resultado equitativo.

Un segundo argumento consistiría en que las reglas promueven la *confianza*. Aquí se resalta la capacidad de la toma de decisiones basada en reglas para fomentar el carácter predecible de los resultados,

así como la consiguiente confianza que ello produce. El seguimiento de reglas permitiría que los posibles afectados por ciertas decisiones puedan anticiparlas con cierto grado de probabilidad antes de que sean tomadas. Pero para que el argumento de la confianza funcione, el destinatario tiene que ser capaz de identificar a ciertos individuos como miembros de la clase que constituye el predicado fáctico de la regla, y quien hace cumplir la regla debe compartir la comprensión que de ella tiene el destinatario. Al suministrar una categoría pública, las reglas disminuirían la probabilidad de que tanto la autoridad como el destinatario efectúen categorizaciones distintas. Pero así como la capacidad para predecir las decisiones de otros coadyuva a la reducción de la incertidumbre, también disminuye la aptitud para adaptarse a un futuro cambiante. Así, y dado que la frecuencia de los resultados subóptimos varía de un entorno de toma de decisiones a otro, la fuerza de este argumento en favor de las reglas variará igualmente de un entorno de toma de decisiones a otro. Su peso dependerá en gran medida de un cálculo de costos y beneficios, pues el valor de la confianza debe ser sopesado con los costos esperados de las decisiones subóptimas, y ese cálculo siempre resultará relativo a un contexto decisorio concreto. Ahora bien, la relación entre reglas y confianza en un determinado contexto decisorio dependerá también de si el decisor tiene potestad para dilucidar el propósito de la regla, ya que esa capacidad aumentará la posibilidad de variaciones en su aplicación, disminuyendo así correlativamente la posibilidad de predecir las decisiones. Por lo demás, el argumento de la confianza, al igual que el argumento de la equidad, es independiente de la calidad o corrección de las decisiones tomadas.

Un tercer argumento en apoyo de las reglas consiste en sostener que ellas promueven la *eficiencia*. Las decisiones basadas en reglas permiten una mejor distribución de los recursos para la toma de decisiones, ya que sustraen ciertos factores de la consideración por parte de los decisores, eliminando así ciertas investigaciones y cálculos, lo cual facilita su tarea. Este modelo de toma de decisiones resultaría más eficiente al evitar la duplicación de esfuerzo, liberando tiempo y recursos para poder destinarlos a otras tareas. Las reglas, al señalar ciertos factores como relevantes y desechar otros, hacen posible que un sistema basado en ellas pueda procesar más casos y con menor dispendio de recursos. Sin embargo, esta eficiencia se lograría al precio de impedir que quienes toman decisiones examinen factores que podrían ser determinantes para la solución de cierto caso. De esta manera, la toma de decisiones basada en reglas maximiza la eficiencia al precio de que en ocasiones se llegue a resultados erróneos. A este respecto, SCHAUER distingue entre dos tipos de error. Uno es consecuencia de la inevitable falta de precisión de las reglas y se genera cuando un seguimiento fiel y preciso de ellas provoca un resultado

distinto del que indicaría la aplicación particularista de su justificación subyacente, obteniéndose así resultados subóptimos. Otro es el que se verifica en los entornos particularistas de toma de decisiones, en los que los errores más significativos resultan de las falencias propias de los decisores, su ignorancia, sus prejuicios o su incompetencia, que hacen que, pese a tener acceso a la consideración de todas las circunstancias relevantes, se llegue igualmente a decisiones no óptimas. Cuando se escoge uno u otro modelo de toma de decisiones se deben sopesar las consecuencias de ambos tipos de error. La toma de decisiones basada en reglas se sustentaría en la creencia de que los errores en los que podría incurrir un mal decisor son más perjudiciales que los que se podrían producir por la aplicación de generalizaciones atrincheradas.

Los tres argumentos considerados hasta aquí se vinculan con un cuarto argumento, que consiste en sostener que las reglas promueven la *estabilidad*. Tanto el argumento de la equidad como el argumento de la confianza y el argumento de la eficiencia reputan meritorio reducir la disparidad y, desde este punto de vista, centran su atención en el valor de la estabilidad que las reglas fomentan. La toma de decisiones basada en reglas disminuye el espectro de potenciales decisiones y favorece así el mantenimiento del estado de cosas actual, disminuyendo la capacidad de los decisores para apartarse de las categorías impuestas con anterioridad. En este argumento se encuentra latente una valoración positiva del *status quo*, pero para efectuar esa evaluación es necesario contar con una concepción sustantiva que indique si ese estado de cosas merece ser defendido.

Un quinto argumento examinado por SCHAUER es el que sostiene que las reglas funcionan como *herramientas para la distribución del poder*. Un decisor no limitado por reglas tiene potestad para tomar en cuenta cualquier factor potencialmente relevante. En cambio, un decisor sujeto a reglas pierde al menos en parte esa potestad. El hecho de que las reglas limiten así el poder de los decisores puede justificarse en la posibilidad de que cometan errores de apreciación. Pero ésa no es la única razón para limitar la competencia de los decisores: la concepción tradicional de la actividad jurisdiccional, según la cual los legisladores crean las leyes y los jueces las aplican —más allá de que se la comparta o no—, no se apoyaría tanto en la indicada razón, sino más bien en el presupuesto de que la resolución de cuestiones de valor sustantivo debe atribuirse a instituciones con responsabilidad pública y no a instituciones no democráticamente elegidas como la judicatura. De modo que las reglas operarían como instrumentos esencialmente jurisdiccionales, pudiendo asignar poder de dos maneras. Por un lado, las reglas atrincherarían ciertas categorías y, al hacerlo, atrincherarían el pasado frente al presente, y éste frente al futuro. Esta distribución de poder sería temporal, pero las reglas también dis-



tribuirían el poder horizontalmente, atribuyendo potestades a ciertos agentes y quitándoselas a otros, determinando así quién puede decidir qué en un momento determinado. Al funcionar como mecanismos para la distribución del poder, las reglas también podrían servir para restarle poder a los individuos y asignárselo a la comunidad. Al suprimir diferencias entre los individuos ayudarían a homogeneizar la comunidad. Según SCHAUER, las reglas facilitan la solución de algunos problemas corrientes de acción colectiva. Si se considera que una condición necesaria para la desarrollo de soluciones cooperativas en dilemas como el del prisionero, que se definen en términos de individuos egoístas, se vincula con la facilidad para detectarlas, las reglas cumplirían una función simplificadora muy útil, sobre todo en situaciones en las que los agentes están dispuestos a cooperar. En este último caso, si la cooperación se realiza conscientemente, ella se orientaría hacia la generalidad y hacia el seguimiento de reglas.

En conclusión, para SCHAUER la esencia de la toma de decisiones basada en reglas se apoyaría en el concepto de *jurisdicción*, ya que las reglas restringirían el espectro de factores que han de considerar los decisores y establecerían así limitaciones sobre su jurisdicción. Cuando se concentra la atención exclusivamente en cuestiones morales, y dado que un agente moral es en última instancia responsable de sus propias decisiones sobre lo que debe hacer, este importante aspecto de las reglas se perdería de vista, puesto que todos los agentes morales serían jurisdiccionalmente equivalentes: ninguno podría decir con respecto a una decisión que tenga repercusiones morales "*esto no me concierne*". En otros contextos, en cambio, podría apreciarse con mayor nitidez el importante papel que desempeñan las reglas en la distribución del poder y la determinación de roles y funciones en la sociedad. Con todo, SCHAUER reconoce que aún no se ha desarrollado una teoría moral satisfactoria acerca de la distribución jurisdiccional del poder. Y tampoco él intenta ofrecerla.

## 5. REGLAS, DERECHO Y POSITIVISMO

El cuadro que nos dejan las reflexiones del punto anterior podría parecer un tanto sombrío. Las reglas imperativas no tendrían mayor fuerza que las reglas de experiencia: estarían sujetas a ser derrotadas frente a consideraciones particularmente exigentes externas a la regla. Es más, ellas no parecerían ofrecer genuinas razones para la acción, sino más bien razones para creer, en situaciones de incertidumbre, que se debe actuar de cierto modo, pero en última instancia deberían ser dejadas de lado si razones subyacentes de considerable peso indican un resultado diferente. Por otra parte, los argumentos que podrían postularse para justificar que se actúe siguiendo reglas deberían remon-

tar el peso adverso que significa el que las reglas ofrecerían en muchos casos resultados subóptimos. Ninguno de tales argumentos parece concluyente, y aquel que SCHAUER privilegia, esto es, que las reglas funcionan como herramientas para la distribución del poder, no puede ofrecerse como respuesta satisfactoria al desafío de la irracionalidad en el seguimiento de reglas, puesto que su alcance resultaría restringido a aquellos ámbitos de toma de decisiones que no tengan relevancia en el terreno moral.

Sin embargo, el análisis de SCHAUER resulta una contribución inestimable para comprender cómo funcionan las reglas en la toma de decisiones, sus méritos y sus limitaciones. En particular, es destacable que marque como rasgo distintivo de las reglas imperativas el que no posean una maleabilidad continua, esto es, que ofrezcan cierta resistencia a ser modificadas al momento de su aplicación. SCHAUER señala que existe un salto temporal entre la creación de una regla y su aplicación a un caso particular. Y al examinar las relaciones entre una regla y sus posibles excepciones se preocupa por el problema de si puede considerarse a una regla como tal en caso de que sea posible incorporar excepciones adicionales en el momento de su aplicación a la luz del espectro completo de factores que serían de otro modo aplicables. Su respuesta es negativa, pues, a diferencia de muchos autores que han puesto énfasis en la idea de la derrotabilidad de las reglas, entiende que, para mantener la distinción entre la toma de decisiones particularista y la toma de decisiones basada en reglas, es preciso resistir la tentación de concebirlas como incompletas con carácter previo a sus aplicaciones específicas.

En la mayor parte de su obra SCHAUER examina las reglas de manera aislada, pero se encarga de advertir que esa presentación básica debería complicarse para tomar en cuenta las peculiaridades de los sistemas de reglas. Analiza entonces problemas tales como los conflictos y la posibilidad de "lagunas" en los sistemas de reglas.

A su juicio, cuando se ordena una multiplicidad de reglas en un sistema, las restricciones que ellas imponen sobre los decisores resultan más una función del modo en el que las distintas reglas se relacionan unas con otras que del modo en el que cualquiera de ellas opera en forma aislada. En aquellos sistemas que se proyectan en el tiempo y en los que conviven numerosas autoridades no coordinadas aumenta de un modo dramático la posibilidad de conflictos entre sus reglas. Como consecuencia de ello, un sistema de reglas puede determinar resultados diferentes y lógicamente incompatibles para un mismo caso, especialmente debido al hecho de que los acontecimientos son pasibles de diferentes descripciones, por lo que pueden resultar subsumibles en predicados fácticos de diferentes reglas. SCHAUER examina la relación entre las reglas que conforman un sistema en términos de su dimensión de *localidad*. Hay muchos casos en los que dos o más reglas

en conflicto resultan aplicables, no obstante lo cual una de ellas aparecerá como más *directamente* aplicable. La regla menos general, que resulta aplicable a un número menor de casos —la más *local*—, parece más aplicable a los hechos que quedan comprendidos en su predicado fáctico. Si bien es frecuente en la práctica que dos reglas que sean equivalentes en cuanto a su localidad entren en conflicto, son más corrientes los casos de conflicto entre reglas localizadas a “distancias” diferentes del hecho particular bajo consideración.

La resolución de un conflicto normativo en un caso semejante podría consistir en la asignación de prioridad a la regla más distante sobre la más local. Sin embargo, SCHAUER considera que ello disminuiría las restricciones que impone sobre los decisores un sistema que emplee ese mecanismo para resolver conflictos normativos. Dado que las reglas son instancias de sus justificaciones, podría trazarse un paralelo entre el conflicto entre una regla local y una distante, y el conflicto entre el resultado generado por la regla y el resultado generado por la aplicación directa de una justificación menos local, pero, no obstante, aplicable. Si las restricciones que imponen las reglas sobre los decisores disminuyen en la medida en que ellas resultan derrotables en virtud de sus propias justificaciones, del mismo modo —o incluso con mayor razón— se verían disminuidas si la regla más local resulta derrotable incluso en virtud de justificaciones que residan en cualquier otra parte del sistema. Inversamente, la fuerza normativa de las reglas se incrementaría, según SCHAUER, en el marco de un sistema en la medida en que ellas posean prioridad local, tanto sobre sus propias justificaciones como sobre otras reglas más distantes del mismo sistema. Para que las reglas operen como tales dentro del sistema, además de ser tratadas como atrincheradas con respecto a sus propias justificaciones generadoras, deberían ser tratadas como atrincheradas con respecto a otras reglas.

Puede así apreciarse que, tal como apuntáramos en el acápite anterior, al evaluar los posibles conflictos en sistemas de reglas SCHAUER mismo relativiza la distinción entre la derrotabilidad interna —en la que el factor derrotante se ubicaría en la propia justificación de la regla— y la derrotabilidad externa —en la que el factor derrotante se hallaría en otra regla o en su justificación—.

En lo que respecta a la posibilidad de lagunas en los sistemas de reglas, SCHAUER señala, en primer lugar, que la ausencia de una guía clara a partir de las reglas existentes no obliga necesariamente a imponer restricciones adicionales sobre los intérpretes. Y cuando ello ocurre, debe reconocerse que si las reglas resultan insuficientes, los intérpretes poseen *discrecionalidad*, esto es, libertad para la toma de decisiones una vez que las reglas han cumplido su labor, lo cual es diferente de tratar de determinar lo que las reglas dicen.

Cuando una regla se presenta por primera vez como poco clara parece incuestionable que se examinen las justificaciones que subyacen a ella. Pero, con independencia de con qué frecuencia este recurso a la justificación pueda resolver un caso que de otro modo sería difícil, la dificultad subsistirá a veces incluso después de que se haya consultado la justificación. Y ello porque puede ocurrir que no solamente no se esté seguro de si una regla se aplica, sino que tampoco se esté seguro de si se aplica su finalidad. Por cierto, cuando esto ocurre siempre es posible todavía apelar a una justificación de segundo orden y, eventualmente, a otras de orden superior.

Para SCHAUER, si se piensa en una única regla regulativa parece difícil alcanzar la idea de laguna e, igualmente, encontrar algún espacio para lo que podría denominarse “discrecionalidad” en un sentido fuerte de la expresión. Que la regla “*no se admiten perros en el restaurante*” no excluya a los hombres sin corbata difícilmente puede considerarse una laguna. De modo que sería extraño pensar que cada caso no cubierto por una regla es una laguna.

La situación es distinta si se contempla un sistema *completo* de reglas, en el sentido de que pretende suministrar una solución para todo caso en el que los ciudadanos tienen un conflicto. Cuando un sistema de reglas tiene semejante pretensión de completitud puede, en efecto, haber lagunas, dado que se espera que las reglas determinen un resultado para cualquier acontecimiento. Las lagunas serían así exclusivamente el producto de la conjunción de dos condiciones distintas: que el sistema tenga pretensiones de completitud y que no disponga de una regla por defecto o de clausura para los casos no previstos, es decir, una prescripción del tipo “*todo lo que no está prohibido está permitido*”, o —en el caso del derecho— una regla que establezca que el actor perderá el pleito si no puede fundar su pretensión en una justificación preexistente.

Frente a una laguna así caracterizada, SCHAUER considera que pueden adoptarse dos enfoques diferentes. Para uno de ellos, denominado *legislativo*, las reglas existentes no ofrecen ningún apoyo para la decisión que ha de tomarse, y el intérprete deberá decidir en el nuevo caso, considerando todos los factores relevantes, qué debe hacerse. Para el otro, denominado *interpretativo*, el decisor contemplaría al sistema de reglas existente en su integridad y decidiría el nuevo caso de la forma que mejor desarrolle y se corresponda con la finalidad que el sistema persigue.

Aquí SCHAUER subraya inteligentemente que no resulta del todo claro que estos dos sistemas sean genuinamente diferentes. En el modelo interpretativo se buscará aquella solución que resulte más coherente con los datos preexistentes. Pero esto conducirá inexorablemente al problema de la subdeterminación: no habrá una única interpretación

que se ajuste a los datos preexistentes, de manera que el intérprete en este modelo deberá, en última instancia, adoptar una decisión tomando en cuenta todos los factores relevantes. Por su parte, en el modelo legislativo, dado que puede suponerse que incluso el legislador originario ha tomado en cuenta las razones que justifican ese sistema de reglas, parece que quien opera bajo el modelo legislativo estará basando su decisión en los mismos factores empleados por quien opera según el modelo interpretativo para elegir entre teorías interpretativas en competencia.

La imagen que presenta SCHAUER del derecho, entendido como sistema de reglas, resulta de su toma de posición frente a la discusión en torno al *positivismo jurídico*. Al respecto afirma que los teóricos del derecho vienen discutiendo por generaciones la validez conceptual, fidelidad descriptiva y lo deseable desde el punto de vista normativo del positivismo, cuya tesis central se contrapone al “derecho natural” y niega la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral.

SCHAUER remarca la necesidad de distinguir dos concepciones diferentes del positivismo. Una primera versión, que atribuye entre otros a COLEMAN, LYONS y SOPER, sostendría que el positivismo es una tesis conceptual acerca del derecho. La tesis de la separación entre el derecho y la moral afirmaría que el positivismo sería correcto siempre que una comunidad *pueda* establecer como derecho a un conjunto de normas cuya juridicidad no dependa de su corrección moral. Esta versión del positivismo se limitaría a negar la existencia de una conexión conceptual entre el derecho y la moral, y admitiría que, contingentemente, en ciertos sistemas jurídicos la validez de una norma pudiese depender de su valor moral. Ello en función de lo que establezca la regla de reconocimiento de cada sistema.

SCHAUER estima que esta tesis, de carácter conceptual, es básicamente correcta, pero que lo sea o no tendría muy escasa conexión con el enfoque que se asuma de las reglas, pues si lo que ha de considerarse derecho en una comunidad puede ser definido en los términos descritos arriba, nada obstaría a que, por ejemplo, se considere derecho no a un sistema conformado por reglas, sino a uno sustentado en las decisiones *ad hoc* de alguna persona. Si esto fuese posible, afirma SCHAUER, entonces parecería que las reglas no cumplirían ningún papel relevante para determinar la corrección de la tesis positivista entendida como una tesis conceptual.

La versión alternativa del positivismo que presenta SCHAUER es la defendida por RAZ, y debería, a juicio del primero, ser entendida como una tesis descriptiva acerca de la divergencia extensional entre el derecho de una comunidad y su moral. Para que el positivismo, según esta versión, sea descriptivamente correcto, la regla de reconocimiento en toda comunidad o en alguna comunidad (según se inter-

prete la tesis como universal o como relativa a una comunidad específica) debería servir para demarcar su derecho de la moral. Si en una comunidad el derecho y la moral resultan concordantes, ese sistema jurídico no podría *describirse* de manera fidedigna como “positivista”. Según este punto de vista, el positivismo sería descriptivamente acertado respecto de cualquier comunidad en la que el conjunto de las normas jurídicas no sea concordante con el conjunto de las normas morales.

SCHAUER rescata de esta segunda versión del positivismo —que a su juicio es congeniable con la primera, dado que cada una de ellas operaría en planos diferentes, una en el plano conceptual y la otra en el plano descriptivo— la idea de *aislamiento sistemático*, esto es, no una cuestión vinculada con la distinción entre el derecho y la moral, sino más bien que habría sistemas cuyas normas serían identificables por referencia a algún criterio que permita distinguir a las normas jurídicas de otras normas. Ese criterio de identificación seleccionaría a las normas jurídicas del universo de las normas y suministraría así un criterio de validez jurídica.

El derecho así concebido funcionaría como el análogo sistemático de una regla. Así como esta forma de circunscribir lo que resulta potencialmente relevante puede, en el caso de reglas individuales, generar una respuesta que sea, considerando todos los factores relevantes, equivocada, del mismo modo podría ocurrir que la toma de decisiones únicamente de conformidad con las reglas seleccionadas por la regla de reconocimiento genere una respuesta errónea desde el punto de vista de las justificaciones subyacentes al sistema jurídico considerado como un todo. Una visión positivista de un sistema jurídico consideraría que éste, como un todo, es la instanciación de sus justificaciones subyacentes y, al estilo de las reglas, trataría a esa instanciación como atrincherada frente a los esfuerzos por verla como meramente transparente respecto de las justificaciones del propio sistema.

El desafío de DWORKIN al positivismo debería entenderse como una ofensiva contra la fidelidad descriptiva de esta tesis: porque consistiría en argumentar que, si se observan los sistemas jurídicos reales, muchas veces ocurriría que los resultados determinados por la aplicación de una regla identificable por su origen resultan moral, social, económica o políticamente indeseables. El positivismo no podría explicar cuándo y cómo las respuestas que generan las reglas identificables en virtud de su origen social son rechazadas, acudiéndose a normas no identificables por apelación a una regla de reconocimiento. Si los jueces deciden casos con cierta frecuencia de conformidad con normas distintas de las jurídicas, ¿qué finalidad tendría el identificar el subconjunto de las normas que llamaríamos “jurídicas”?

SCHAUER sostiene que en realidad el positivismo no está comprometido con la idea de que sólo las reglas jurídicas identificables por

su origen deben guiar las decisiones judiciales. Pero sí estaría comprometido con la idea de que, si existe una regla jurídica identificable por su origen que se aplica al caso bajo análisis, entonces debería empleársela para determinar el resultado. Si los decisores jurídicos pudiesen dejar de lado el resultado generado por las reglas jurídicamente identificables, entonces no tendría sentido alguno una idea como la de la regla de reconocimiento. SCHAUER sostiene que, frente a un sistema simplificado que contuviese una regla de reconocimiento que permita identificar a las reglas por su origen, en el que los decisores hayan sido instruidos para tomar en consideración sólo las reglas identificables en virtud de su origen y en el que existiese una regla de clausura que especifique el resultado que debe alcanzarse en todos los casos no cubiertos por alguna de las reglas identificables por su origen, una explicación como la de esta versión del positivismo resultaría plausible, por lo que, como tesis descriptiva, no sería conceptualmente defectuosa, salvo que se la considere relativa a todos los sistemas jurídicos y no a sistemas jurídicos posibles. Pero los sistemas jurídicos reales no responderían a ese modelo simplificado. Por ello, el cuadro que presenta esta versión del positivismo debería, a juicio de SCHAUER, abandonarse.

En su reemplazo, SCHAUER considera más plausible sostener que las reglas locales tienen efectivamente una prioridad, pero que ella no es absoluta. Si de hecho existe una prioridad no absoluta del resultado generado por un conjunto de reglas limitado e identificable en virtud de su origen sería correcta la tesis que SCHAUER califica como *positivismo presuntivo*. Se trataría de una tesis descriptiva acerca del carácter de un conjunto de normas identificables, en virtud de su origen, dentro del universo de razones para decidir que emplean los decisores en el marco de un cierto sistema jurídico. El uso de la expresión "presuntivo" se referiría en términos generales a la fuerza que poseen las reglas y, más específicamente, a un grado de fuerza tal que la regla debería aplicarse a menos que se crea que existen razones particularmente exigentes para no hacerlo.

Resulta muy poco convencional este modo en el que SCHAUER presenta la discusión en torno al positivismo jurídico. Si se acepta, tal como él lo hace, que ese debate se desenvuelve en torno a tres ejes, esto es, a la validez conceptual, a la fidelidad descriptiva y a lo deseable desde el punto de vista normativo del positivismo, es curioso que presente a la primera versión del positivismo, que coincide con lo que hoy es corriente calificar como *positivismo incluyente*, como una tesis de carácter conceptual y a la segunda, que coincide con lo que hoy se califica como *positivismo excluyente*, como una tesis de carácter descriptivo. Y es curioso que lo haga, puesto que si bien podría aceptarse que la mayoría de los defensores del positivismo incluyente presentan, en efecto, sus ideas como circunscritas al plano conceptual, también

los defensores del positivismo excluyente pretenden asignarle tal carácter. Así, el argumento principal que emplea RAZ en defensa del positivismo excluyente es que desde la postura opuesta no se podría dar cuenta de un rasgo central del derecho: su pretensión de autoridad<sup>18</sup>. Y éste es un argumento de carácter conceptual, más allá de que se coincida o no con el análisis de RAZ<sup>19</sup>.

Pero con independencia de cómo conciban cada una de estas dos posiciones sus defensores, el problema es, en primer lugar, que con una presentación como la que ofrece SCHAUER, si el positivismo incluyente se concibe como una tesis conceptual y el excluyente como una tesis descriptiva, ambas posiciones resultarían perfectamente compatibles. De modo que la propuesta de SCHAUER no permitiría explicar los extendidos debates entre ambas posiciones que han dominado el escenario positivista de los últimos años.

Pero además, y en segundo lugar, si se asume que la “mejor interpretación” del positivismo incluyente es la que lo concibe como una tesis conceptual, y la “mejor interpretación” del positivismo excluyente consiste en leerlo como una tesis descriptiva, esto todavía no constituye una razón suficiente para no compulsar cada una de esas interpretaciones con una quizá menos plausible, pero igualmente concebible, interpretación de la tesis alternativa en el mismo plano de análisis.

Si se lleva a cabo esa comparación, el cuadro resultante parece ser el siguiente. En el plano conceptual, el positivismo incluyente defendería la idea según la cual el que la moral sea o no una condición de validez en un cierto sistema jurídico depende de lo que establezca una regla social o convencional, como la regla de reconocimiento de HART, esto es, una regla secundaria que permite identificar el conjunto de normas válidas de un sistema jurídico. Si en un cierto sistema jurídico su regla de reconocimiento establece que la moral es una condición de validez, entonces ella lo será respecto de ese sistema. Si, en cambio, la regla de reconocimiento no incorpora ningún principio moral, entonces ellos no figurarán entre los criterios de validez del sistema respectivo. Por su parte, el positivismo excluyente, en la versión más débil que de él ofrece SCHAUER, afirmaría que podría existir al menos un sistema jurídico en el que su regla de reconocimiento sólo se refiriese a un criterio relativo al origen social de ciertas normas para identificarlas como jurídicas, lo cual es perfectamente congeniable con la tesis positivista incluyente. Sólo en su versión fuerte habría una verdadera confrontación con el positivismo incluyente, pues ella sostendría que la validez jurídica de una norma depende siempre, esto es, respecto de cualquier sistema jurídico, de su origen social. Si con respecto a todo sistema jurídico, la validez de una norma es una función de su

<sup>18</sup> Cf. RAZ, 1994: 211.

<sup>19</sup> Cf., por ejemplo, LEITER, 2001: 366, y COLEMAN, 2001: 109-110.



origen social y no de su contenido, entonces que algo *sea* derecho no puede depender de que *deba ser* derecho. Cabe acotar que los partidarios del positivismo excluyente sólo han defendido esta segunda alternativa fuerte, y es por ello que consideran que su caracterización del derecho se halla en conflicto con la del positivismo incluyente. Si se admite entonces que esta disputa se desarrolla en el plano conceptual, el positivismo excluyente parecería poseer una cierta ventaja sobre el incluyente, en tanto este último debería asumir un presupuesto controvertible: alguna forma de objetivismo moral. Ello así, ya que su contingente apelación a la moral como criterio de validez jurídica no podría interpretarse sino como relativo a la moral ideal, de modo que para poder distinguirse del positivismo excluyente debería justificar que existen pautas objetivas de moral ideal a las que la regla de reconocimiento de cierto sistema jurídico remitiría para la identificación del derecho.

En cuanto al plano descriptivo, la tesis positivista excluyente consistiría aquí en afirmar, como cuestión de hecho, que necesariamente en todo sistema jurídico la validez de una norma no depende de su valor moral. El positivismo incluyente afirmaría, en cambio, que no necesariamente es el caso que en todo sistema jurídico la validez de una norma depende de su valor moral. Bajo esta lectura descriptiva, la posición del positivismo incluyente parece dar cuenta de un modo más adecuado de la configuración de las prácticas corrientes en las democracias constitucionales contemporáneas, mientras que la versión fuerte de la tesis de la separación que se atribuye al positivismo excluyente resultaría lisa y llanamente falsa al contrastársela con la evidencia empírica. Justamente en virtud de esta razón es que la lectura descriptiva del positivismo excluyente que propone SCHAUER difícilmente pueda tomarse como la mejor interpretación de esta idea.

Por otra parte, la postura que el propio SCHAUER defiende en el plano descriptivo, esto es, el positivismo presuntivo, no sólo debería plantearse como superadora de este flaco rival que sería el positivismo excluyente así concebido, sino que debería también demostrar su superioridad frente a la versión descriptiva del positivismo incluyente, lo cual no parece ya tan sencillo. De hecho, SCHAUER admite que no puede demostrar la fidelidad descriptiva del positivismo presuntivo, pues ello requeriría la identificación empírica no sólo de los casos en los que la presunción es dejada de lado, sino también de la afirmación estadística de que usualmente las reglas presuntivas prevalecen de hecho. Y reconoce además que existe un argumento psicológico, implícito en la afirmación de RAZ de que las razones excluyentes son necesariamente no superables, que restaría apoyo a su posición. Ese argumento considera que la idea de una presunción refutable es fenomenológicamente falaz, y ello porque, para que una presunción pueda ser refutada, las consideraciones potencialmente refutadoras deberían

ser investigadas no sólo en los casos en los que la refutación tiene lugar, sino en todos los casos. Siendo ello así, asignar peso presuntivo a una regla supondría afirmar que los decisores, atisbando bajo la regla, podrían, no obstante, tener la capacidad de ignorar el factor potencialmente refutador en todos los casos en los que no sea lo suficientemente fuerte, esto es, podrían ignorar lo que ya saben. Contra esta objeción, SCHAUER se limita a ofrecer la posibilidad contraria: que los decisores pueden establecer la diferencia entre un factor que prevalecería si el proceso decisorio fuese particularizado y un factor que no prevalece debido a la presunción o carga de persuasión predominante en un entorno decisorio particular.

De todas formas, el punto central que nos interesa destacar, al igual que lo que ocurría con la discusión entre SCHAUER y RAZ con respecto a las reglas entendidas como razones para la acción, es que concebir la polémica en torno al positivismo como circunscrita al plano descriptivo resulta poco enriquecedor. Si no se trata de una polémica vinculada exclusivamente con la caracterización del concepto de derecho, debería en todo caso examinársela desde el punto de vista de su justificación normativa. De hecho, ni las críticas de DWORKIN al positivismo ni los argumentos de SCHAUER en defensa del positivismo presuntivo son exclusivamente descriptivos. Como sostiene COLEMAN, la crítica de DWORKIN pone de relieve un cierto hecho que el positivismo debería poder explicar. Pero el positivismo no necesita explicar ese hecho bajo la interpretación que de él ofrece DWORKIN. Lo que debe ofrecer es una explicación, en términos de sus propios compromisos básicos, del simple hecho de que las normas morales efectivamente cumplen un papel importante en la toma de las decisiones judiciales. Y, a su juicio, el positivismo tiene a su disposición —en contra de lo que supone SCHAUER— diversas explicaciones de este hecho. Desde esta concepción puede sostenerse que los argumentos morales son empleados en el razonamiento jurídico:

- 1) como pautas discrecionales;
- 2) como pautas vinculantes que no son parte del derecho;
- 3) como pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de la posesión de una fuente social, y
- 4) como pautas vinculantes que son parte del derecho en virtud de su valor moral.

1), 2) y 3) serían explicaciones comunes tanto para el positivismo excluyente como para el incluyente; 4), en cambio, sería distintiva del positivismo incluyente<sup>20</sup>.

Si, en cambio, la objeción de DWORKIN se ubica en el plano normativo —esto es, si sostiene que no hay razones que justifiquen que

---

<sup>20</sup> Cf. COLEMAN, 2000.

los jueces se limiten, al justificar sus decisiones, a tomar en consideración normas identificables por su origen social—, resulta difícil admitirla como una genuina crítica al positivismo. Y ello en razón de que, en cualquiera de sus versiones, el positivismo parece comprometido fundamentalmente con distinguir entre la identificación y la aplicación de las normas jurídicas, y, consiguientemente, con la idea de que la pertenencia de una norma a un sistema jurídico no ofrece una respuesta concluyente a la pregunta de si ella debe ser aplicada por los jueces y obedecida por los ciudadanos. Específicamente, los deberes jurídicos de los jueces resultarían de lo que dispongan las reglas secundarias de adjudicación. Y según lo que ellas dispongan, que los jueces dejen a veces de lado las soluciones que suministran las normas jurídicas en función del resultado que determinan ciertas razones morales podría constituir un supuesto de:

- a) incumplimiento por parte del juez de los deberes que le fijan las reglas secundarias del sistema jurídico;
- b) ejercicio de discrecionalidad por parte del juez que se encuentra autorizado por las reglas secundarias del sistema;
- c) cumplimiento de su deber jurídico por el juez, en razón de la existencia de reglas secundarias que lo obligan a tomar en consideración normas morales para “morigerar” la aplicación de las normas jurídicas cuando de ellas se siguen consecuencias injustas, o
- d) modificación del derecho por parte del juez, cuando la regla de reconocimiento tome como fundamento para incorporar una norma al sistema el hecho de que un juez la emplee para justificar una excepción en alguna de las ya existentes.

De manera similar, la tesis del positivismo presuntivo de SCHAUER tampoco es puramente descriptiva: concierne a si el derecho como sistema puede concebirse como sólo presuntivamente autónomo o a si hay razones que justifiquen el asignar un peso normativo presuntivo a sus normas en la faz de aplicación. Contemplada como una tesis normativa, esta idea suscita perplejidad por las mismas razones que apuntáramos al examinar los argumentos de SCHAUER en crítica a la idea de RAZ de concebir a las reglas como razones excluyentes: ¿por qué habría que aceptar que siquiera presuntivamente existe un deber de obedecer o aplicar las normas de un sistema jurídico si ellas resultan moralmente reprochables? SCHAUER afirma que el positivismo presuntivo consideraría que los decisores en el marco de un sistema jurídico dejarían de lado una regla dentro del subconjunto de aquellas que son identificables en virtud de su origen cuando *perciba* que las razones para abandonarla resultan particularmente fuertes. En consecuencia, lo único que podría decirse aquí es que, dado que *nuestras creencias* sobre lo que es moralmente correcto pueden ser equivocadas, hay razones para creer, al menos presuntivamente, que se debe obedecer o aplicar el derecho.

Si, en cambio, el positivismo presuntivo se concibe como una tesis en el nivel conceptual, no parece poder interpretárselo sino como una variante del positivismo incluyente —que SCHAUER reputa básicamente correcto—. Lo que ella defendería es que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico podría establecer como condición de validez jurídica la corrección moral de una norma, pero, a excepción de que la incorrección moral de una norma jurídica fuese manifiesta, ella sería parte del sistema. Y como variante del positivismo incluyente, estaría al igual que él sujeta para su plausibilidad a la asunción de alguna forma de objetivismo moral.

Diciembre de 2003.

Claudina ORUNESU  
Jorge L. RODRÍGUEZ  
Universidad Nacional  
de Mar del Plata

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOUURÓN, C., 1969: «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions», en *Logique et Analyse*, 12, n. 47.
- ALCHOUURÓN, C., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*. Wien: Springer Verlag. Traducción al español de los autores: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1975.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1957: *Intention*. Oxford: Basil Blackwell. Traducción al español de STELLINO, A. I.: *Intención*. México: Paidós, 1991.
- BAYON, J., 1991: «Razones y reglas: sobre el concepto de "razón excluyente" en Joseph Raz», en *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, 10: 25-66.
- COLEMAN, J. L., 2000: «Constraints on the Criteria of Legal Validity», en *Legal Theory*, vol. 6, num. 2, junio de 2000, pp. 171-183.
- 2001: «Inclusive Legal Positivism», en COLEMAN, J.: *The Practice of Principle*. Oxford: Oxford University Press, pp. 109 y 110.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- FULLER, L. L., 1958: «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», en *Harvard Law Review*, 71: 630-72.
- HART, H. L. A., 1948: «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49. Reimpreso en FLEW, A. (ed.): *Logic and Language*. Oxford: Basil Blackwell, 1960, pp. 145-166.
- 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, 71: 593-629.
- 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press. Traducción al español de CARRIÓ, G.: *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- LEITER, B., 2001: «Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis», en COLEMAN, J. (ed.): *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press, pp. 355-370.
- LYONS, D., 1965: *Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford: Clarendon Press.

- MARMOR, A., 1992: *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- PEROT, P., 2003: «Tipos de reglas y el concepto de obligación jurídica», en *Isonomía*, 19: 197-220.
- RAZ, J., 1975: *Practical Reasons and Norms*. London: Hutchinson & Sons Ltd.
- 1979: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- 1994: «Authority, Law and Morality», en RAZ, J.: *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press, pp. 210-237.
- SEARLE, J., 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- VON WRIGHT, G. H., 1963a: *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul. Traducción al español de GARCÍA FERRERO, P.: *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1979.
- 1963b: *The Variety of Goodnes*. London: Routledge & Kegan Paul.
- 1983: «Norms, Truth and Logic», en *Practical reason. Philosophical Papers*, vol. I. Oxford: Basil Blackwell, pp. 130-209.
- WALUCHOW, W., 1991: *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.



## PREFACIO

Este libro es un ejercicio de aislamiento analítico, lo cual significa que es deliberada y desvergonzadamente "irrealista". Al examinar cualquier aspecto de la vida humana, un investigador puede tratar de capturar toda la riqueza y diversidad de la experiencia, buscando comprender y describir una complejidad que nunca falta en nada de lo que hacemos, individual o socialmente. No obstante, sin denigrar esos modos de investigación, he elegido evitarlos. Con demasiada frecuencia estas aspiraciones de exactitud omnicomprendiva sólo logran sus objetivos reproduciendo la vaguedad y desprolijidad de la vida. Sin importar cuán fidedignas a la realidad puedan resultar esas descripciones, su exactitud a menudo no logra incrementar nuestra comprensión.

A fin de alejarme de los peligros de una vacua exactitud, deseo desgajar artificialmente de la riqueza de la realidad sólo uno entre la miríada de factores que determinan lo que hacemos, cómo actuamos y qué decisiones tomamos. Escojo este camino en la creencia de que un análisis cuidadoso de los componentes particulares con frecuencia resulta de ayuda para el entendimiento, en última instancia, del todo constituido por esos componentes, y que un análisis cuidadoso suele avanzar mejor bajo condiciones de aislamiento del fenómeno a analizar, sin perjuicio de lo artificial que pueda parecer ese aislamiento. Así como los científicos utilizan experimentos controlados a efectos de excluir de sus investigaciones a todos los factores salvo uno, del mismo modo también asumo yo este ejercicio con pleno conocimiento de que la complejidad de la toma de decisiones es mucho más rica de lo que intento explorar aquí. Espero, en cambio, que el fenómeno que analizo pueda en adelante retornar a su hogar más realista junto al resto de los factores del auténtico proceso de toma de decisiones, pero que

regrese de un modo tal que el análisis pueda entonces servir a quienes estudian la toma de decisiones con mayor amplitud.

El fenómeno que someto a aislamiento analítico es el fenómeno de las *reglas*, el modo en el que las reglas prescriptivas (o regulativas) parecen desempeñar un papel destacado en la toma de decisiones, de manera más notoria en el derecho, pero también en la política, en el gobierno de una familia, en la religión y en la vida en general. Las reglas se nos presentan por doquier en nuestro entorno, pero a menudo nuestra comprensión de lo que hacen y cómo lo hacen es un misterio, y permanece en el misterio aun cuando seguimos y quebrantamos reglas como parte de nuestra rutina cotidiana. El cometido de este libro es intentar descifrar ese misterio.

En la búsqueda de una mejor intelección de la naturaleza de las reglas prescriptivas, empleo métodos que son filosóficos y analíticos en un sentido amplio. No pretendo, sin embargo, sostener que esos métodos sean en absoluto exhaustivos. Pueden decirse muchas cosas de interés sobre las reglas desde las perspectivas de la psicología, de la economía, de la sociología, de la teoría de las decisiones, de la antropología y de una multitud de otras disciplinas. Pero el énfasis que pongo aquí en un enfoque filosófico se basa, en parte, en la creencia de que para cualquier disciplina es importante tener una concepción clara de lo que investiga antes de comenzar la investigación. Por las mismas razones, los objetivos de este libro son normativos sólo de manera secundaria, y con frecuencia no me preocupa la cuestión de si es bueno tener reglas. Sí me preocupa que la consideración de esa cuestión se desarrolle con la menor confusión posible y, en consecuencia, gran parte de este libro se apoya en la creencia de que normalmente es importante que las cosas estén en orden antes de que podamos pensar en ponerlas en claro.

No soy en modo alguno el primero en considerar a las reglas prescriptivas desde una perspectiva filosófica. De todos modos, la justificación de este libro está dada, en parte, justamente por la existencia de una gran diversidad bibliográfica con muy poco en común. Un rico cuerpo de investigaciones relativamente modernas ha desarrollado y examinado la distinción entre utilitarismo de actos y utilitarismo de reglas, y una bibliografía más vieja e incluso más rica en el campo de la teoría del derecho ha considerado tanto la naturaleza de las reglas como su papel en las decisiones jurídicas. Recientemente, una atención renovada a las observaciones de WITTGENSTEIN sobre el seguimiento de reglas se ha vuelto una industria en sí misma, a veces como suplemento y a veces alejada de lo escrito por una colección ecléctica de filósofos del lenguaje sobre el lugar de las reglas en la comprensión del funcionamiento del lenguaje. Y, finalmente, existe también una valiosa —si bien no tan accesible— bibliografía técnica sobre la lógica de las normas, centrada en algunos casos en las normas individuales



y en otros en la lógica de íntegros sistemas de normas tales como el derecho.

Me valgo de toda esta bibliografía, pero no concibo mi tarea como encaminada a efectuar una síntesis. Más bien, utilizo estas diferentes perspectivas para extraer y elegir aquello que me permita decir algo sobre la naturaleza de las reglas prescriptivas, que espero resulte valioso tanto para la reflexión sobre el derecho como sobre la toma de decisiones fuera de los sistemas jurídicos. Si puedo enriquecer en algo todas estas diversas fuentes bibliográficas de las que me he valido, habré saldado parcialmente la considerable deuda contraída con quienes me han precedido en el estudio de las reglas. Si además puedo decir algo de interés para quienes, pese a ser usuarios de reglas, no han reflexionado filosóficamente sobre la naturaleza de ese fenómeno, entonces consideraré esta empresa como un éxito completo.

Aunque este libro no es una colección de trabajos previamente publicados, debe su existencia a un proyecto que ha ocupado mi vida profesional por algún tiempo, y que ha producido, además de cierto número de artículos y reseñas publicadas, frecuentes oportunidades para presentar versiones de los argumentos que han culminado en este libro. Pues pese a su soledad y a la responsabilidad individual última que ella supone, la investigación sigue siendo una empresa colectiva, y es un placer para mí reconocer mi deuda con los auditorios que, con su hospitalidad y comentarios, me han auxiliado en una empresa por la que recibiré un crédito excesivo si resulta exitosa, pero por la que asumo deseoso toda la responsabilidad si fracasa. Con las debidas disculpas por las omisiones de quienes han participado en intercambios menos formales, cuyo reconocimiento resulta más difícil, quiero de todos modos agradecer a los auditorios de University of Alberta Faculty of Philosophy, American Philosophical Association (Eastern Division), American Philosophical Association (Pacific Division), American Society for Political and Legal Philosophy, Association of American Law Schools, Boston University School of Law, Brooklyn Law School, Case Western Reserve University School of Law, University of Chicago Law School, Columbia Law School, Cornell Law School, Dartmouth College Department of Philosophy, Georgetown Law School, Hamline University College of Law, Harvard Law School, New York University School of Law, University of San Diego School of Law, University of Southern California Law Center, Oxford-USC Institute of Legal Theory, University of Texas Law School, University of Toronto Faculty of Law, University of Virginia School of Law, Washington University Department of Philosophy, Wayne State University Department of Philosophy, College of William and Mary Department of Philosophy, University of Windsor Faculty of Law y Yale Law School.

Además, tengo el gusto de agradecer el apoyo, en parte económico pero en medida mucho más importante personal y de entorno, de la

institución de la cual fui miembro durante la redacción de este libro, la University of Michigan Law School. Sus recursos me proveyeron del tiempo y la asistencia necesaria para completar este proyecto, y mis estudiantes y colegas me brindaron una atmósfera en la que pude sentir que resultaba de algún interés e importancia. También agradezco al University of Michigan Department of Philosophy, cuya apertura en todo tiempo y en diversas formas resultó esencial para un filósofo autodidacta como yo. Aprendí mucho durante el cuatrimestre de invierno de 1990 como profesor visitante de derecho en la University of Chicago, y durante el verano de 1988 la University of Washington School of Law fue muy generosa al suministrarme una oficina y pleno uso de sus facilidades a cambio de nada. En los últimos meses de este proyecto los recursos y apoyo del Joan Shorenstein Barone Center on the Press, Politics and Public Policy, la John F. Kennedy School of Government y la University of Harvard hicieron fácil la parte del proceso que normalmente es justamente lo opuesto.

Por grandes que sean mis deudas institucionales, no son ni remotamente comparables con las personales. Rita RENDELL me asistió en aspectos que van mucho más allá de mecanografiar las diversas versiones del manuscrito. Llevando a cabo alegremente una multitud de tareas usualmente tediosas, y manejando con calma las urgencias del momento, hizo posible que tuviese el tiempo para completar este libro. Larry ALEXANDER, Paul BULLEN, Don HERZOG, David LYONS, Mary Jane MORRISON, Stanley PAULSON, Richard POSNER, Joseph RAZ, Philip SOPER, Terrance SANDALOW, Marian SMILEY, Jeremy WALDRON y Nicholas WHITE distraerón parte de su tiempo de trabajo para efectuar comentarios sobre el manuscrito entero, y Heidi FELDMAN, Brian LEITER, Margaret RADIN, Virginia WISE y Richard ZECKHAUSER ofrecieron críticas muy útiles respecto de partes de él. En la primavera de 1990, la University of San Diego School of Law auspició un simposio centrado en mi trabajo sobre las reglas, y en esa ocasión los comentarios de Larry ALEXANDER, Jules COLEMAN, Ruth GAVISON, Kenneth KRESS, Michael MOORE, Gerald POSTEMA y Margaret RADIN suministraron críticas que fueron de una ayuda extraordinaria. Me han resultado asimismo de gran utilidad los comentarios vertidos sobre borradores de artículos y ensayos que mantienen una relación ancestral con este libro, y las extensas conversaciones a través de los años con Stanford LEVINSON, Donald REAGAN y muchos otros. No hay duda de que muchas de las ideas de este libro fueron generadas en los intercambios anteriores y en un incontable número de otros, y a estas alturas resulta difícil determinar cuáles de mis ideas son mías y cuáles debo en gran medida a otras personas. No obstante, si mi idealismo respecto del propósito de la investigación académica se encuentra justificado, entonces quizás en última instancia ello no tenga importancia.

## PROSPECTO

El plan de este libro es el siguiente. El capítulo 1 es más bien una *mélange*\*, en la que se ofrecen algunas definiciones y distinciones tentativas y se centra esta investigación en la naturaleza de las reglas prescriptivas dentro del terreno filosófico y jurídico vinculado a ella. Pese a que este capítulo ha quedado, por necesidad, insatisfactoriamente desarticulado, las cuestiones de las que se ocupa por lo menos pueden prevenir a ciertos lectores de distraerse en pensar en tópicos potencialmente vinculados que no se hallan comprendidos en el alcance de este proyecto.

Habiendo despejado así parte de los obstáculos en el camino, el capítulo 2 introduce el tema central del libro: la importancia de contemplar a las reglas como generalizaciones probabilísticas duras, que pueden por ello producir, al ser seguidas en casos particulares, decisiones que resultan subóptimas o incluso lisa y llanamente erróneas. En primer lugar considero a las generalizaciones descriptivas para enfatizar la posibilidad de que centren la atención en lo irrelevante y soslayen lo relevante, y luego mostrar cómo las reglas prescriptivas también incorporan y por ello se apoyan en generalizaciones descriptivas que conservan esas características potencialmente conducentes a errores. En consecuencia, desde la perspectiva de sus justificaciones subyacentes, las reglas prescriptivas son actual o potencialmente (y aquí introduzco la idea de la textura abierta en el análisis) sub y sobreincluyentes.

No obstante, que las reglas prescriptivas puedan resultar sub o sobreincluyentes es sólo el principio de la historia. En el capítulo 3

---

\* En francés en el original. (N. de los T.)

se distinguen los modelos de generalización conversacional y atrincherado. De conformidad con el primero, las generalizaciones sub o sobreincluyentes son adaptables en tanto las necesidades del momento lo exijan, pero de acuerdo con el segundo, tales generalizaciones resisten semejante maleabilidad continua. La toma de decisiones basada en reglas puede consecuentemente ser entendida como una forma de toma de decisiones en la que tales generalizaciones atrincheradas suministran razones para las decisiones en tanto generalizaciones, independientemente de las razones ofrecidas por sus justificaciones subyacentes.

Si la fuerza de las reglas reside así en el fenómeno del atrincheramiento, lo que en efecto sostengo, entonces se hace necesario localizar las fuentes de ese atrincheramiento. Éste es el tema del capítulo 4, en el que se examina la relación entre reglas, formulaciones de reglas, lenguaje y significado, y en el que se concluye que el significado de la formulación real o potencial de una regla es más fundamental para comprender su poder de lo que comúnmente se supone. Procedo a analizar la concepción del lenguaje que subyace a esta conclusión, explicando en el curso de la exposición tanto la limitada relevancia de las observaciones de WITTGENSTEIN sobre el seguimiento de reglas, como los errores de quienes, al confundir semántica y pragmática, no pueden explicar el funcionamiento del lenguaje ni el de las reglas. Este capítulo genera una definición más precisa de la toma de decisiones basada en reglas, concentrándose en la relación entre una instanciación y su justificación subyacente. Concluyo que la toma de decisiones basada en reglas existe cuando la instanciación es atrincherada y suministra una razón para la decisión incluso cuando ella no sirve a los fines establecidos por su justificación subyacente.

El capítulo 5 sigue, entonces, con la distinción entre la toma de decisiones basada en reglas y la particularista, concentrándose en el carácter subóptimo de las reglas y mostrando cómo la limitada especificidad y maleabilidad de las reglas ínsitas en este enfoque resisten los argumentos de David LYONS de la equivalencia extensional entre los procedimientos de decisión particularistas y los basados en reglas. También comparo mi enfoque de las reglas con varios otros, dedicando una sección al análisis ofrecido por Joseph RAZ, otra al particularismo sensible a las reglas que puede hallarse en la bibliografía consecuencialista de actos y la última a desafiar a la concepción tradicional de las reglas de experiencia.

En el capítulo 6 examino qué es precisamente lo que significa que una regla constituya una razón para tomar una decisión. La investigación comienza examinando la idea de un punto de vista interno, sugerida en formas diferentes pero conectadas entre sí por HART, KELSEN y WITTGENSTEIN. Lo que emerge es una diferente forma de concebir el peso de una regla, su aptitud para resistir la fuerza de otras razones

para decidir que indican resultados contrarios. Adicionalmente, concentrar la atención en la internalización muestra tanto la importancia como las limitaciones de una explicación basada en sanciones del proceso de internalización.

De estos primeros seis capítulos surge una representación clara pero en apariencia normativamente poco atractiva de la toma de decisiones basada en reglas. En el capítulo 7, sin embargo, pretendo mostrar lo que puede decirse en favor de este procedimiento de decisión subóptimo. Aunque rechazo argumentos formulados en términos de equidad, y cuestiono la importancia tradicionalmente asignada a la confianza y la eficiencia, ofrezco una defensa de las reglas que parte de centrar la atención en la desconfianza respecto de ciertas clases de decisores con relación a ciertas especies de decisiones y muestro cómo el origen de una de las virtudes capitales de la toma de decisiones basada en reglas está dado por un deseo de precaverse de los errores del decisor en la aplicación directa de las justificaciones subyacentes. Pero este análisis es sólo una transición hacia uno más completo, que considera a las reglas como mecanismos para la distribución del poder. Esa distribución entre los individuos e instituciones puede a veces basarse en una preocupación por la precisión y la prevención de errores, pero también puede basarse en determinaciones sustantivas sobre quién debería hacer qué en un cierto entorno con pluralidad de miembros o instituciones. Estas determinaciones sustantivas sólo ocasionalmente se refieren a la competencia en el sentido de aptitud, y con igual frecuencia constituyen una reflexión sobre consideraciones políticas, sociales y morales acerca de quién debe tomar qué clase de decisiones.

En los capítulos 8 y 9 desarrollo este argumento mediante una exploración más profunda de la relación entre el derecho y la toma de decisiones basada en reglas, una relación que hasta ese punto en el libro había sido sugerida pero no analizada. El capítulo 8 estudia la conexión entre las reglas y el *common law*, examina los presupuestos basados en reglas en la idea de los precedentes, considera los fundamentos filosóficos del desafío del Realismo Jurídico a la limitación basada en reglas y desarrolla la idea de prioridad local entre reglas en conflicto. Esta idea nos permite analizar el grado de dependencia de reglas en un sistema de toma de decisiones y conduce a una representación parcialmente basada en reglas de la toma de decisiones jurídicas a la que denomino "positivismo presuntivo". Estos mismos temas son enfocados desde un punto de vista diferente en el capítulo 9, donde concentro la atención en los problemas interpretativos y examino desde una perspectiva orientada por reglas el papel que desempeñan el propósito y la intención en la interpretación de las reglas. Vuelvo sobre el debate HART-FULLER e inspecciono tesis más recientes sobre la interpretación formuladas por Ronald DWORKIN, sosteniendo que la toma de decisiones jurídicas y la interpretación jurídica dejan mayor lugar

para un uso reconocidamente formal de reglas constrictivas de lo que comúnmente se acepta. Concluyo en el capítulo 10 volviendo al tema de las reglas y la distribución del poder, observando en el curso de la exposición que el efecto de las reglas puede ser ignorado o minusvalorado si dirigimos la atención sólo a los casos que un cierto rango de decisores de hecho decide. Como mecanismos para la distribución del poder, las reglas tienen su mayor eficacia no por determinar resultados en los casos incluidos en la agenda de ciertos decisores, sino por determinar desde el vamos el propio contenido de la agenda. Esto tiene consecuencias importantes para la teoría jurídica, puesto que permite apreciar que el interés contemporáneo en la decisión de casos difíciles es mucho menos importante que el papel que las reglas y nuestras actitudes hacia ellas desempeñan en la misma determinación de qué *es* un caso difícil y qué casos no terminan nunca en los tribunales.

# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN.

### LAS VARIETADES DE REGLAS

#### 1. LA PRESIÓN DE LAS REGLAS

“Velocidad máxima 55 millas por hora”. “No fumar”. “Párese a la derecha - Camine por la izquierda”. “Honrarás a tu padre y a tu madre”. “No apoyes los codos sobre la mesa”. “Prohibido arrojar basura”. “Nunca en domingo”. “No concluir una oración con una preposición”. “Nunca parta un infinitivo” \*. “Toque el Himno Nacional antes de comenzar el partido”.

Nos creemos libres, pero estamos rodeados de reglas. A medida que nos internamos en el laberinto de la vida, las reglas se vuelven obstáculos recurrentes, porque excluyen senderos que, de otro modo, nos resultarían atractivos y exigen otros que de lo contrario nos parecerían poco seductores. Nuestros planes de vida, tanto los grandes como los insignificantes, se ven tan a menudo obstruidos por reglas que la propia idea de un plan de vida independiente de toda regla resulta difícil de concebir.

¿Pero qué son estas cosas que con tanta frecuencia se interponen en nuestro camino y que tan a menudo nos empujan hacia donde no queremos ir? ¿Cómo es que las reglas ejercen un control tan grande sobre nuestras vidas y de qué manera lo hacen? Y, en definitiva, ¿qué *son* las reglas?

---

\* Reglas gramaticales del idioma inglés. (N. del T.)

Este libro no trata sobre todos los fenómenos a los que la gente asocia la palabra “regla”, sino sobre la clase más restringida de las *reglas regulativas*. Con el fin de aclarar el alcance de esta empresa, debo comenzar por distinguir a las reglas regulativas de otros tipos de reglas, centrando así la atención en el único tipo de reglas que considero lo suficientemente importante como para justificar un libro entero. Aunque no es conveniente comenzar un trabajo analítico con una serie de definiciones aclaratorias —ya que las definiciones precisas son más el producto del análisis que su antecedente— parece importante comenzar haciendo algunas distinciones tentativas que no obstante considero útiles.

En primer lugar, las reglas regulativas pertenecen a la clase de las reglas *prescriptivas*, que se distinguen de las reglas *descriptivas*. Estas últimas son utilizadas habitualmente para expresar regularidades o generalizaciones empíricas. “Los Alpes, por regla, están cubiertos de nieve en mayo”. “El vino alemán es más dulce que el francés”. Las reglas descriptivas a veces explican una relación matemática o lógica, como la regla de los signos de Descartes<sup>1</sup>. Pero sea matemática o empírica la regularidad identificada, lo característico de las reglas descriptivas es que no se las usa para modificar o encauzar conductas. En cambio, como ocurre con la *ley* de gravedad y los *principios* de la física, se las usa más para describir y explicar el mundo que para alterarlo<sup>2</sup>.

A diferencia de las reglas descriptivas, las reglas prescriptivas poseen comúnmente un contenido semántico normativo y se las usa para guiar, controlar o modificar la conducta de agentes con capacidad para la toma de decisiones. “No matarás”. “Los cinturones de seguridad deberán permanecer ajustados durante todo el viaje”. “Deberás acostarte a las diez en punto todas las noches a menos que yo diga lo contrario”. Incluso cuando asumen la forma de oraciones declarativas —“los perros circularán con correa en este parque”— las reglas prescriptivas no se usan para describir. “No se fuma hasta después de haber brindado por la Reina” no es un informe empírico del comportamiento

<sup>1</sup> El ejemplo es de LEWIS, *Convention*: 101.

<sup>2</sup> No niego que tanto las descripciones como las explicaciones afecten al mundo. Tales efectos, sin embargo, son diferentes de la aplicación directa de presión normativa.

ZIFF, luego de destacar debidamente la distinción entre reglas prescriptivas y meras regularidades, exhorta a abstenerse de utilizar la palabra “regla” cuando no existe “plan o directiva”. ZIFF, *Semantic Analysis*: 36-37. Aunque la distinción hoy corriente que propongo no difiere fundamentalmente de la de ZIFF, nuestras intuiciones lingüísticas están claramente en conflicto. ZIFF consideraría la frase “los Alpes, por regla, están cubiertos de nieve en mayo” como un error lingüístico, inconsistente con el uso ordinario de la palabra “regla”. Por el contrario, mis intuiciones lingüísticas, que tratan a *este* sentido de “regla” como sinónimo de “regularidad” y de uno de los sentidos de “ley” o “principio”, parecen equiparables a las de, entre otros, HART, *The Concept of Law*: 9-11, 54-55, y WINCH, *The Idea of a Social Science*: 57-65, 84-94.



en una cena formal. Las reglas prescriptivas no son empleadas para reflejar el mundo sino para ejercer una *presión* sobre él.

A veces se usa una regla prescriptiva para ejercer presión sobre un estado de cosas existente con anterioridad a su imposición. Considérese el típico cartel "pare", ubicado usualmente en lugares en los que la gente no se habría detenido sin la intervención de esta regla (el cartel). Las reglas dirigidas a los niños relativas al horario para acostarse o a la prolijidad son similares: se las usa en un intento por modificar algún patrón de conducta preexistente, tornando menos aceptable un curso de acción que, de otro modo, un agente podría haber elegido, o volviendo más aceptable un curso de acción que, de otro modo, no habría elegido. Otras reglas, no obstante, no se emplean para modificar la conducta sino para *impedir* esa modificación. Buscan reforzar patrones de conducta preexistentes a la regla, evitando que la gente se aparte de dicho patrón de conducta. A esta clase pertenecen los códigos de honor, tradicionales en universidades y entre los militares, ya que ellos no presuponen que antes de su existencia la gente acostumbrara ser deshonrosa. Estas reglas intentan en cambio conservar una norma, protegiendo al *status quo* contra las amenazas de desviaciones individuales o cambios generalizados. Pero en ambos casos, ya se trate de modificar un comportamiento preexistente o de prevenir esa modificación, las reglas prescriptivas se utilizan para ejercer presión contra las disposiciones de ciertos agentes a actuar de manera inconsistente con los mandatos de la regla<sup>3</sup>.

## 2. REGLAS IMPERATIVAS

La clase de las reglas prescriptivas debe ser, a su vez, subdividida. Una subespecie son las *instrucciones*, que se emplean para brindar orientaciones acerca de cómo obtener el éxito en alguna empresa o tarea. "Verifique el sazón antes de meter la comida en el horno". "Comience cada párrafo con una oración que exprese su idea central". "No gire la llave de arranque sin haber presionado tres veces el ace-

---

<sup>3</sup> Nada de lo que digo en este capítulo preliminar debería interpretarse como una insinuación de que las reglas en sí son necesarias e intrínsecamente prescriptivas, o que necesarias o intrínsecamente suministran razones para la acción. Tal como lo aclararé en los capítulos subsiguientes, los agentes que *efectivamente* participan en la toma de decisiones basada en reglas consideran que la existencia de *ciertas* reglas ofrece razones para la acción independientes de las razones para la acción suministradas por la existencia de las justificaciones subyacentes a dichas reglas. Es demasiado pronto para ahondar en la cuestión de por qué los agentes toman decisiones basados en reglas, y esta nota al pie sólo pretende desviar o al menos posponer las objeciones relativas a esta descripción preliminar. En consecuencia, diferiré el análisis de la relación entre una prescripción como acto de habla y una regla prescriptiva (que no necesariamente es el producto de un acto de habla prescriptivo), tal como la entiende un agente que toma una decisión basado en esa regla.

lerador". Estas reglas, llamadas a menudo "fórmulas" o "recetas", se caracterizan por ser *optativas* en un doble sentido. En primer lugar, las instrucciones sólo se aplican si un agente desea lograr el éxito en la tarea pertinente, y sólo si se trata de una tarea que puede plausiblemente evitarse. A diferencia del imperativo categórico kantiano, y de reglas como "no estacionar de 9:00 a 18:00" y "no invocarás el nombre de Dios en vano", las instrucciones son hipotéticas, pues contienen una cláusula condicional explícita o implícita que limita la aplicación de la regla a quienes busquen el éxito en alguna empresa. "Si desea que una unión quede firme, aplique una delgada capa de pegamento en ambas superficies de la madera". "Si quiere evitar que su pelota de golf se desvíe a la derecha, péguale con la cara del palo cerrada". Por supuesto que la distinción entre actividades optativas y no optativas, entre lo categórico y lo hipotético, no debería llevarse al extremo. "No estacionar" podría interpretarse como "si no desea pagar una multa de veinte dólares, entonces no estacione aquí". De manera similar, cada uno de los Diez Mandamientos, de acuerdo con ciertas tradiciones religiosas, podría ser precedido por "si desea evitar el castigo eterno...". Aun así, resulta útil concebir como optativas en un sentido en el que no lo son las prescripciones categóricas, tanto a las reglas cuya cláusula condicional parece restringir su aplicabilidad a alguna clase de destinatarios comparativamente limitada, como a aquéllas respecto de las cuales parece probable que sus destinatarios piensen que existe una opción genuina entre participar o no en la tarea designada.

Las instrucciones, sin embargo, son también optativas en un segundo sentido, el cual se conecta con el tema central de este libro. Como destinatarios de instrucciones, las consideramos optativas en el sentido de que asumimos que su fuerza es congruente con la estimación que hacemos de la probabilidad de que producirán el resultado deseado. Si creemos que en *este* caso la instrucción *no* conducirá a ese resultado, la fuerza de la regla se desvanece y nos sentimos libres para ignorarla. Si creemos que un párrafo encajará mejor en el desarrollo de un razonamiento si se omite comenzar —tal como usualmente se hace— con una oración que exprese la idea central, o que este tipo particular de automóvil arrancará más rápidamente presionando una sola vez el acelerador en lugar de tres, cesa nuestra fidelidad a la regla y no consideramos que la existencia de una regla en contrario constituya un impedimento para hacer lo que es mejor en *esta* instancia. Y esto es así porque se trata de *reglas de experiencia* \*, que suministran guías útiles para el caso habitual, pero que ni siquiera para aquellos destinatarios que las aceptan ejercen presión normativa alguna en cuanto reglas. Tendré mucho más para decir respecto de las reglas de expe-

---

\* En inglés: *rules of thumb*. (N. del T.)

riencia a lo largo de este libro<sup>4</sup>, pero por ahora sólo es importante distinguir a las reglas de experiencia de otro tipo de reglas, que se emplean para aplicar presión normativa en virtud de su carácter de reglas y no meramente en virtud de su utilidad indicativa en una determinada ocasión.

Una regla que un agente (o quien debe hacerla cumplir) considera que ejerce presión normativa en tanto regla no es, por lo tanto, completamente optativa para ese agente. El hecho de que la regla exista se convierte en una razón para la acción, y la fuerza normativa de la regla no se agota en su valor para el caso concreto. Cuando se tiene esa actitud respecto de una regla, apartarse de lo que ella dispone es *violar* la regla incluso cuando parece que es mejor (y quizás incluso cuando *es* mejor) en este caso particular apartarse de la regla que seguirla. La diferencia entre “velocidad máxima 55 millas por hora” y “es peligroso manejar a más de 55 millas por hora” es que sólo la primera prohíbe manejar a una velocidad mayor de 55 millas por hora aun cuando fuese seguro hacerlo. Si fuera seguro manejar a más de 55 millas por hora dadas las circunstancias, la primera de esas reglas sería igualmente violada por quienes excediesen esa velocidad porque, y sólo porque, el mero hecho de que la regla sea una regla constituye una razón para no manejar a más de 55 millas por hora<sup>5</sup>.

Por consiguiente, debe distinguirse a las *reglas de experiencia*, que son guías útiles pero que ni siquiera cuando se las acepta suministran por sí mismas razones para la acción, de las *reglas imperativas*. Las reglas imperativas, cuando son aceptadas, establecen razones para la acción por el solo hecho de su existencia en cuanto reglas, y generan así una presión normativa incluso en los casos en los que las justificaciones (fundamentos) subyacentes a las reglas indican el resultado contrario. No pretendo con esto decir que sea necesariamente *incorrecto*, considerando todo lo relevante, violar incluso una regla imperativa. Aquello que tenemos razones para hacer es diferente de lo que, considerando todo lo relevante, *deberíamos* hacer. Aunque una regla imperativa suministra una razón para actuar de conformidad con lo que ella establece, otros aspectos de la situación pueden brindar razones para actuar de algún otro modo. Exceder el límite de velocidad con el fin de trasladar con urgencia a una persona gravemente herida al hospital es todavía *quebrantar* el límite de velocidad, sin importar cuántas otras razones para la acción puedan justificar su violación<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Véanse capítulos 3, 4 y 5, y especialmente el capítulo 5, punto 7, que siembra dudas y complica las afirmaciones vertidas en este párrafo.

<sup>5</sup> Acerca de las reglas como razones para la acción, véase Raz, *Practical Reason and Norms*, *passim*, y, más adelante, sección 4 y capítulo 6.

<sup>6</sup> La relación que aquí describo es semejante a una muy importante en la bibliografía sobre los derechos. Algunos teóricos trazan correctamente una distinción entre infringir un derecho, lo que puede a veces estar justificado, y violar un derecho, lo que constituiría una infracción

Esta concepción de la fuerza de las reglas imperativas es a menudo llamada *prima facie*, pero ese término puede llevar a confusión<sup>7</sup>. En primer lugar, sugiere que la razón que la regla suministra se desvanece cuando es superada por una razón más fuerte. Pero hay tan poco fundamento para suponer esto como para suponer que mi abrigo desaparece cuando lo atraviesa un viento helado. Ocurre sencillamente que la protección del abrigo, como la razón que la regla suministra, no siempre es suficiente. Aun así, la insuficiencia de la regla respecto de ciertos casos no es inconsistente con que resulte en el presente suficiente para muchos otros, ni tampoco con su aptitud para elevar el umbral de fuerza que *cualquier* razón en contrario debe alcanzar para prevalecer. En la medida en que el término *prima facie* oscurece esta fuerza actual, resulta más equívoco que útil. Más aún, el término *prima facie* sugiere una razón de peso sustancial. Algunas razones pueden tener mucho peso, pero no es necesario que tengan peso *sustancial* para calificar como razones. Las razones débiles son, no obstante, razones, capaces al menos en ocasiones de generar resultados diferentes de los que se habrían producido en su ausencia. En consecuencia, es mejor decir que una regla suministra una razón para la acción —siendo por ello una regla imperativa más que una regla de experiencia— cuando nos dice qué hacer, *ceteris paribus*, reconociendo al decir esto que una regla que es dispositiva *ceteris paribus* puede aun así tener poca fuerza frente a razones en contrario. Y mejor aún es prescindir de la distracción que cualquiera de estos términos provoca, contentándonos, en cambio, con afirmar la proposición —que parece suficientemente comprensible— de que identificar la capacidad de un factor para suministrar una razón para la acción es diferente de preguntarse qué es lo que, considerando todo lo relevante, debería hacerse.

El seguimiento de estos temas es parte del cometido de este libro, y no deseo adelantarme demasiado en esta etapa preliminar. Por ahora es suficiente con decir que, dentro de la clase de las reglas prescriptivas, las reglas imperativas difieren de las reglas de experiencia en virtud de la aptitud de las primeras, cuando son aceptadas por un agente o por quien debe hacerlas cumplir, de ejercer presión normativa o suministrar razones para la acción, simplemente debido a su existencia en cuanto reglas<sup>8</sup>.

---

injustificable, considerando todo lo relevante. Véase GEWIRTH, «Are There Any Absolute Rights?»: 2; NOZICK, «Moral Complications and Moral Structures»: 33-41, y THOMPSON, «Some Ruminations on Rights»: 47-48.

<sup>7</sup> Mi opinión sobre lo poco feliz de la expresión *prima facie* en este contexto ha sido influida por SEARLE, «*Prima Facie* Obligations», *passim*. Este uso de la expresión *prima facie*, que desafortunadamente constituye un lugar común hoy día, es atribuible a ROSS, D., *The Right and the Good*: 19-47.

<sup>8</sup> Usaré las expresiones “regla imperativa” y “regla regulativa” de manera más o menos intercambiable. Cuando centro la atención en la aptitud de una regla para suministrar una razón para la acción únicamente debido a su carácter de regla, privilegio la primera expresión;

### 3. REGLAS CONSTITUTIVAS Y REGLAS REGULATIVAS

Los filósofos comúnmente distinguen entre reglas regulativas y *constitutivas*. De acuerdo con esta distinción, sugerida por H. L. A. HART<sup>9</sup>, MAX BLACK<sup>10</sup> y JOHN RAWLS<sup>11</sup>, y asociada primordialmente con JOHN SEARLE<sup>12</sup>, las reglas regulativas gobiernan conductas previamente existentes —conductas definidas sin hacer referencia a la regla y, por ende, lógicamente previas a ella—. Los límites de velocidad constituyen un buen ejemplo, dado que la capacidad de conducir un automóvil a 65 millas por hora es independiente de cualquier regla que gobierne esa actividad.

Por el contrario, las reglas constitutivas crean la posibilidad misma de participar en una conducta de cierto tipo. Definen y, por ende, constituyen actividades que de otro modo no podrían siquiera existir. Las reglas de los juegos son, en este sentido, arquetípicas, puesto que la misma posibilidad de ganar una *mano* en un juego de cartas, hacer un *enroque* o convertir un *gol* es creada por reglas. La regla que establece, *inter alia*, que para poder enrocar un jugador de ajedrez no debe haber enrocado previamente, no solamente controla un proceso sino que lo constituye. Sin las reglas del ajedrez no se puede siquiera enrocar.

Aunque la distinción entre reglas regulativas y constitutivas es esclarecedora, también puede llevar a confusión, puesto que muchas reglas constitutivas poseen también su lado regulativo. Aunque instituciones tales como los juegos, las universidades, las sociedades comerciales y el lenguaje son establecidas por conjuntos de reglas constitutivas, tales reglas pierden su carácter constitutivo dentro de esas instituciones, y sirven en cambio para regular conductas previamente definidas. La regla tiene un doble aspecto: primero define la conducta y *luego* la regula. Tómese por ejemplo la regla que prohíbe cometer un *foul* en el fútbol. Aunque es posible golpear a una persona desde atrás sin hacer referencia a las reglas del fútbol, cometer un *foul* es diferente dado que es algo que resulta determinado por algunas de tales reglas. No obstante, las mismas reglas también *prohíben* cometer *foul*, y el aspecto prohibitivo de las reglas sobre *foules* opera de la misma manera dentro de la institución del fútbol que el modo en el que opera la regla que prohíbe conducir a más de 55 millas por hora fuera de dicha institución.

---

en los casos en los que el objeto de la discusión versa sobre otros aspectos de las reglas prescriptivas, la segunda expresión es menos confusa.

<sup>9</sup> HART, «Definition and Theory in Jurisprudence»: 33-35.

<sup>10</sup> BLACK, «The Analysis of Rules»: 123-125.

<sup>11</sup> RAWLS, «Two Concepts of Rules», y también DIGGS, «Rules and Utilitarianism»: 40.

<sup>12</sup> SEARLE, *Speech Acts*: 33-42. Un uso esclarecedor de esta distinción se encuentra en LEWIS, «Scorekeeping in a Language Game»: 236-244.

Por consiguiente, las reglas regulativas regulan la conducta dentro de conjuntos de prácticas definidas por reglas precisamente del mismo modo en el que regulan la conducta dentro de ámbitos cuya definición es menos dependiente de reglas. Las reglas que prohíben cometer *foul* en el fútbol se parecen a las reglas que prohíben conducir a velocidades superiores a un límite especificado, y las reglas que limitan los casos en los que se puede enrocar en el ajedrez se parecen a las reglas que limitan los casos en los que se pueden comprar bebidas alcohólicas. No pretendo con esto cuestionar la utilidad para ciertos propósitos de la distinción entre reglas constitutivas y regulativas<sup>13</sup>. Pero es un error suponer que las reglas regulativas no son parte del universo de las prácticas e instituciones creadas por reglas.

#### 4. LA LÓGICA DE NORMAS

Las reglas regulativas ejercen presión sobre la conducta humana, y en principio parece que dicha presión puede ser ejercida en dos direcciones: la conducta puede ser *prohibida* o *exigida*. Pero la lógica de normas no es bivalente, puesto que la negación de la prohibición no es sólo la obligación sino también la *permisión*. Dentro del universo de los enunciados deónticos, “tú puedes” es tan significativo como “tú debes” o “tú no debes”, aunque no es claro que “tú puedes” tenga fuerza normativa<sup>14</sup>.

La prohibición, la compulsión (u obligación) y la permisión no son, sin embargo, tres puntos discretos que agotan la totalidad del espacio

<sup>13</sup> RAZ sí cuestiona esta distinción (*Practical Reason and Norms*: 108-113), en parte con razones semejantes a las expuestas aquí, ya que RAZ ve en toda regla constitutiva también una regla regulativa, y demuestra que todas las reglas regulativas crean lo que de otro modo serían formas imposibles de conducta, a saber, la violación de una regla. Acepta la distinción entre descripciones de acciones normativas y naturales, pero no advierte que esto signifique garantía alguna para suponer que sobre tales bases se puedan distinguir tipos de *reglas*. Inclusive, si las reglas constitutivas de SEARLE también regulan y si las reglas regulativas crean acciones, entonces ¿qué distinción media entre convertir un *gol* y *comer*? La distinción, reconocida por RAZ en términos de tipos de descripciones de acciones y por SEARLE en términos de diferentes tipos de reglas, conserva importancia, ya que existen diferencias entre aquellos términos cuyo significado proviene de un sistema normativo discreto y aquellos cuyo significado no tiene tal origen. Consecuentemente, parte de la cuestión es terminológica, en tanto SEARLE está buscando una forma de marcar una distinción que resulta importante cuando intentamos definir “sociedad comercial”, “responsabilidad por daños” o “inconstitucional”. Pero, al igual que RAZ, creo que se oscurece más de lo que se esclarece si se concibe esto como una distinción entre clases de reglas.

<sup>14</sup> Ignoro todo un cuerpo de complicaciones. Por ejemplo, aunque tanto la obligación como la permisión implican la ausencia de prohibición, no es evidente que la ausencia de prohibición sea necesariamente *o bien* una permisión *o bien* una obligación. Véase VON WRIGHT, «On the Logic of Norms and Actions»: 103-104. En lugar de ello, la permisión puede significar algo deónticamente más fuerte que la mera ausencia de prohibición. Si esto es así, es probable que exista un componente normativo en una permisión y, en consecuencia, habrá también otra categoría deóntica que represente la *indiferencia*, semejante a un vacío deóntico.

deóntico. Por el contrario, el universo deóntico es un continuo en el que prohibición y obligación son los polos positivo y negativo de una escala continua que contiene la propiedad de *fuerza*<sup>15</sup>. Este continuo de fuerza no viene, sin embargo, de la lógica de normas sino, como analizaré en el capítulo 6, de las *sanciones* (ya sean positivas o negativas) correlacionadas con la observancia o la violación de las reglas, o de *actitudes* que los destinatarios tienen respecto de las reglas. La medida en la que lo último es función de lo primero es importante y también abordaré esa cuestión en el capítulo 6. De todos modos, resulta útil advertir desde el comienzo que la fuerza de una regla reside no tanto en su carácter lógico o su significado lingüístico como en las condiciones que rodean su aplicabilidad, su aceptación y la efectivización de su cumplimiento.

Considérese una regla, dictada por los padres a su hijo, que ordena: “debes limpiar tu cuarto todas las mañanas antes de ir a la escuela”. Esta regla parece tornar cierta conducta obligatoria, pero el sentido en el que la conducta es obligatoria queda en duda una vez que se compara esta simple regla con variaciones más complejas: «si no limpias tu cuarto todas las mañanas antes de ir a la escuela, nos harás enojar»; «si no limpias tu cuarto todas las mañanas antes de ir a la escuela, no comerás postre después de cenar»; «si no limpias tu cuarto todas las mañanas antes de ir a la escuela, serás golpeado sin piedad». Al menos para el niño, que de lo contrario sería poco propenso a considerar a la regla como una razón para la acción, la última de estas reglas hace que la conducta ordenada sea *más* obligatoria que las otras dos. En la última, desde la perspectiva de los mismos destinatarios, la opción del incumplimiento está menos disponible que en los otros dos casos.

Podría parecer que simplemente estoy confundiendo una regla con las sanciones que trae aparejada su violación. Pero considérese la regla de los ferrocarriles británicos que prohíbe, bajo pena de cinco libras de multa, el uso del freno de emergencia en ausencia de una genuina emergencia. Observando el efecto de dicha regla sobre su propia conducta, el personaje Bertie Wooster de P. G. Wodehouse opinaba que cinco libras era un precio bastante razonable por la emoción de detener violentamente todo un tren. Aunque presumiblemente Bertie habría preferido no pagar nada (y eso es discutible si parte de la emoción proviene de la propia ilegalidad del acto), difícilmente pueda creerse

---

<sup>15</sup> Visualizar las modalidades deónticas de prohibición y obligación como un continuo resulta consistente con el punto de vista de quienes interpretan a las normas imperativas, comprendiendo tanto a las prohibiciones como a las obligaciones, como radicalmente diferentes de las permisiones, y con el de aquellos que interpretan a las normas imperativas como el fenómeno deóntico central. Véase HILPINEN, «Normative Conflicts and Legal Reasoning»: 194-195; *id.*, «Conflict and Change in Norm Systems»: 37.

que habría considerado a esta regla, prohibitiva en su forma, como prohibitiva en los hechos.

Consideraciones similares rodean a la permisión y a la obligación. Las permisiones pueden variar desde la ausencia de prohibición, pasando por la aceptación reticente, hasta el vigoroso aliento de una conducta, y en verdad lo que en su forma es una permisión puede tornarse en una obligación en los hechos con el incentivo suficiente. Una regla que otorga al destinatario una opción entre cumplirla o no, pero que recompensa el cumplimiento con el pago de un millón de dólares, es una regla en la que la opción formal no está disponible en la práctica<sup>16</sup>. Y así como las sanciones pueden convertir a las permisiones formales en obligaciones, del mismo modo pueden convertir a las obligaciones formales en opciones, oscureciendo la distinción entre un precio y una pena. La obligación de no estacionar frente a una boca de incendio (a menos que se paguen veinte dólares) posee una interesante afinidad con la obligación de no llevarse una camisa de una tienda (a menos que se paguen veinte dólares). Hay diferencias, sin duda, y no pretendo sugerir que sea idéntico pagar un precio por hacer algo que está permitido y pagar una multa por hacer algo que está prohibido. Aun así, es importante destacar que las reglas existen dentro de complejos sistemas de comunicación y control que no pueden ser comprendidos sin hacer referencia a condiciones externas a las propias reglas.

Estas complicaciones plantean interrogantes cruciales acerca de la naturaleza de una regla y la fuente de su fuerza normativa. ¿Las reglas son entidades lingüísticas o fenómenos del comportamiento? ¿La fuerza de una regla yace en su significado, en sus sanciones o en la actitud de sus destinatarios? ¿Cómo se relaciona la naturaleza de una regla con las preferencias independientes de reglas de sus destinatarios? Gran parte de lo que sigue constituye un intento por enfrentar estos interrogantes, puesto que son de capital importancia para comprender el papel que juegan las reglas en el más vasto espectro de factores que influencia y de hecho constituye el proceso de toma de decisiones

<sup>16</sup> Deliberadamente eludo el debate en torno al grado en el que los incentivos pueden considerarse coercitivos. Entre quienes sostienen que las ofertas, recompensas, beneficios y otros incentivos son potencialmente coercitivos se incluyen BENDITT, «Threats and Offers»: 382, y HELD, «Coercion and Coercive Offers»: 54. Por el contrario, entre quienes creen que la coacción se limita a las amenazas, penalidades y cargas se cuentan BAYLES, «Coercive Offers and Public Benefits»: 139, y GARVEY, «Freedom and Equality in the Religion Clauses»: 198-207. Para un provechoso esclarecimiento del debate, véase LYONS, Daniel, «Welcome Threats and Coercive Offers», *passim*, y WESTEN, «“Freedom” and “Coercion” —Virtue Words and Vice Words»: 569-589. En gran parte este debate es sobre las consecuencias, morales o jurídicas, de la atribución de coercitividad y, en consecuencia, de la falta de atribución de libertad para elegir. Mi análisis precede, no obstante, las cuestiones relativas a la atribución. Sólo deseo hacer notar que la aptitud de las reglas para influir sobre la conducta humana no depende solamente de lo contenido en el lenguaje de la regla.



humana. Inicialmente, sin embargo, pondremos en marcha nuestra empresa dándonos temporalmente por satisfechos con señalar que las reglas imperativas hacen a cierta conducta *más o menos elegible* de lo que habría sido en ausencia de la regla. Esto es lo suficientemente amplio como para comprender todos los casos de prohibición y obligación, e incluso quizás algunos de permisión, al tiempo que comprende también la posibilidad —que aún me resta discutir— de que la normatividad de una regla sea una dimensión variable más que una simple condición que se verifica o no.

## 5. REGLAS Y DERECHO

Vale la pena subrayar que no hay nada en el concepto de regla regulativa que sugiera la existencia de una afinidad natural con o una ubicación exclusiva dentro de los mecanismos políticos estatales de control social y resolución de conflictos. Por lo tanto, la relación entre las reglas y un “sistema jurídico” es contingente, puesto que la decisión de acuerdo con reglas no es sino una entre varias formas que puede asumir el proceso de toma de decisiones. Como resultado de ello, aunque las reglas que confieren potestades crean instituciones para la resolución de conflictos y otorgan competencia a ciertos funcionarios para resolver ciertas clases de conflictos, los conflictos podrían resolverse en gran medida sin referencia a reglas imperativas que impongan restricciones sustantivas sobre el contenido de las decisiones. Al haber sido investido con la potestad para resolver un conflicto, el juzgador estaría autorizado —como en la descripción de WEBER del *cadí*— a llegar a una conclusión por un procedimiento de final tan abierto como resulte apropiado a las circunstancias<sup>17</sup>. De manera similar, si la toma de decisiones basada en reglas es sólo una opción entre varias, no es necesario que se la repute fundamental para el control y coordinación social. En lugar de depositar tanta confianza en las reglas, los gobiernos podrían controlar y coordinar la conducta a través de los actos discrecionales de funcionarios gubernamentales subordinados cuyos juicios particularizados no estuviesen controlados por reglas<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> No estoy sugiriendo que dicho juzgador no requiera de una teoría sustantiva de la decisión. El *cadí* hace más que reaccionar a intuiciones desprovistas de toda información teórica sobre los resultados particulares. No obstante, tal como lo sostengo en los capítulos 2, 3 y 4, existe una diferencia fundamental entre un procedimiento de decisión que aplique de manera directa una teoría sustantiva de la decisión y uno que suponga la aplicación de reglas derivadas de esa misma teoría sustantiva.

<sup>18</sup> Nuevamente, se necesitaría de reglas atributivas de potestades para asignar autoridad a estos funcionarios subordinados, pero la necesidad de esas reglas es consistente con la distinción entre sistemas en los cuales las reglas que autorizan a los funcionarios subordinados para actuar no prescriben nada adicional sobre la sustancia de esas acciones y sistemas en los cuales las reglas no sólo crean autoridades, sino que tratan de orientar la sustancia del ejercicio de dicha autoridad. Esta distinción, a la que volveré en el capítulo 8, punto 1, sigue los pasos tanto

Al presentar estas alternativas convencionales a la resolución de conflictos y al control social basado en reglas no pretendo respaldarlas. Ni siquiera quiero sugerir que sistemas semejantes, totalmente carentes de reglas, sean socialmente posibles. Pero aunque estas alternativas sin reglas sean caricaturas, ellas sugieren expresiones menos extremas y más profundas del hecho de que no es necesario que buena parte del mecanismo que llamamos "sistema jurídico" opere de acuerdo con la concepción de las reglas que elaboro en este libro. Si suponemos desde el comienzo que el derecho simplemente es un sistema de reglas, especialmente de reglas imperativas, podríamos suponer que la toma de decisiones jurídicas se basa necesariamente en reglas. Ese enfoque, sin embargo, distorsionaría el análisis de las reglas, puesto que sería necesario entonces *definir* a las reglas de conformidad con los objetivos de un sistema jurídico. No obstante, algunos de esos objetivos pueden no verse favorecidos por una toma de decisiones atada a reglas. Esto no es en absoluto implausible y explica por qué los sistemas jurídicos modernos con frecuencia evitan el uso de reglas imperativas. Considérese el régimen sobre la guarda de menores, en el cual una pauta de final abierto que alude al "interés superior del menor" sirve de guía al juzgador mejor que cualquier conjunto de reglas más restrictivas; el sistema de la equidad, que también es parte del sistema jurídico e incorpora la flexibilidad y la particularidad como método; el proceso tradicional para dictar sentencia, en el cual la gama de factores que pueden tomarse como relevantes para la decisión es virtualmente ilimitada, y el creciente uso de procedimientos de arbitraje, mediación y conciliación, sustancialmente libres de reglas, como complementarios o sustitutivos del procedimiento formal de toma de decisiones. Éstos no son sino unos pocos entre los muchos ejemplos de formas de toma de decisiones jurídicas que difícilmente podrían ser caracterizadas como basadas en reglas. En consecuencia, voy a partir del supuesto de que la toma de decisiones gobernada por reglas no es meramente compatible con la toma de decisiones jurídicas, sino que constituye un subconjunto de ésta<sup>19</sup>.

Las reglas no sólo no permiten explicar por completo el funcionamiento de los sistemas jurídicos, sino que, por otra parte, explican muchas cosas que ocurren fuera de los sistemas jurídicos. De hecho, la toma de decisiones basada en reglas regulativas invade gran parte de nuestra existencia social. Por un lado, muchas instituciones formales, tales como las iglesias, los clubes y las asociaciones, están invadidas

---

de la distinción jurídica corriente entre derecho adjetivo y derecho sustantivo, como de la interpretación que hace PAULSON de KELSEN distinguiendo entre autorización formal y material. Véase PAULSON, «Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory», *passim*.

<sup>19</sup> Concentro aquí la atención sobre las reglas como directivas a los funcionarios, pero, tal como resultará claro en los capítulos subsiguientes, es importante reconocer que las reglas, incluyendo a las reglas jurídicas, son directivas destinadas a "sujetos" así como a funcionarios encargados de efectivizar su cumplimiento (y a veces de interpretarlas).

por tales reglas. Pero su influencia es en tal medida penetrante que muchas prácticas sociales menos formales, incluyendo las prácticas de la moral, el protocolo y la crianza de niños (y el gobierno de la familia en general), parecen operar, al menos parcialmente, mediante el uso de reglas regulativas. Tras una inspección más meticulosa puede resultar que ciertos fenómenos que parecen reglas, e incluso son llamados "reglas", no lo sean en absoluto. Pero lo que sostengo es solamente que las reglas regulativas se entrometen en muchos rincones de nuestras vidas y, por ello, resulta simplemente erróneo suponer que sólo conforman la peculiar comarca de esa porción de nuestra existencia que describimos como "el derecho".

Por lo tanto, analizar la idea de una regla regulativa es analizar una forma de toma de decisiones y de control que existe en numerosas áreas de la vida social. Una vez que hemos aislado esta forma de toma de decisiones y control, *entonces* resulta apropiado considerar si, y en qué medida, puede o debería ser empleada en las instituciones del Estado que habitualmente llamamos "el sistema jurídico". Pero este libro se desarrolla en el orden en el que lo hace precisamente porque el derecho no concierne sólo a las reglas, y porque mucho acerca de las reglas no concierne al derecho.

## 6. ALGUNOS PROBLEMAS TERMINOLÓGICOS

Muchos filósofos que han escrito sobre las reglas conspicuamente han evitado el uso de la palabra "regla". R. M. HARE, por ejemplo, se refiere a "principios", presumiblemente para dejar en claro que los preceptos de la moral no necesitan ser tan detallados como los contenidos en el Código de Rentas Públicas<sup>20</sup>. Dado que algunos entienden que la palabra "regla" implica cierto grado de precisión o especificidad, sustituirla por "principio" serviría para disipar el temido malentendido. Del mismo modo, en la medida en que "regla" sugiere una formulación canónica o fácilmente canonizable<sup>21</sup>, el uso de "principio" podría nuevamente evitar malentendidos. Las ventajas que ofrece el término "principio", al eliminar las connotaciones de necesaria formulación canónica o especificidad, sólo pueden obtenerse, no obstante, al precio de engendrar justamente la confusión opuesta. Así como el término "regla" sugiere a algunos la presencia de especificidad y formulación canónica, también el término "principio" sugiere para mucha (de la misma) gente la necesaria *ausencia* de estas características. Para

<sup>20</sup> HARE, *Moral Thinking*: 30-43; *id.*, «Principles»: 1-3. El mismo esfuerzo por evitar las connotaciones de necesaria especificidad que sugiere la palabra "regla" es aún más explícito en GAUTHIER, *Practical Reasoning*: 161.

<sup>21</sup> Véase ZIFF, *Semantic Analysis*: 35, quien supone que las prescripciones, para ser reglas, deben ser "estipuladas".

muchos un principio es un principio y no otra cosa precisamente porque es general en lugar de específico, y justamente porque no está formulado de manera canónica. No me resulta, sin embargo, más satisfactoria esta inicial limitación artificial a lo general y no canónico que una limitación artificial a lo específico y canónico. En consecuencia, reemplazar “regla” por “principio” no agrega claridad alguna, sino que sólo sustituye un conjunto de suposiciones discutibles por otro.

Las cuestiones relativas a la especificidad y a la existencia de una formulación canónica no son las únicas que rodean a la elección entre las palabras “regla” y “principio”. Algunos teóricos de las normas, entre quienes se destaca Ronald DWORKIN, distinguen a las reglas, a las que DWORKIN considera dispositivas si son aplicables, de los principios, los cuales pueden resultar aplicables aunque no sean concluyentes<sup>22</sup>. No obstante, como lo ha señalado Joseph RAZ, «normalmente no utilizamos la distinción regla/principio para marcar la diferencia entre razones *prima facie* y razones concluyentes o entre las pautas que las establecen»<sup>23</sup>. Más aún, la distinción que DWORKIN sí desea marcar entre lo concluyente (o categórico) y lo *prima facie*, o entre lo absoluto y lo superable, o entre lo cerrado y lo derrotable, atraviesa las distinciones entre lo específico y lo general y entre la formulación canónica y la no canónica. Las prescripciones generales *pueden ser* concluyentes y las específicas pueden ser superables. Ordinariamente se concibe a la Regla de Oro como general y categórica, pero las prohibiciones igualmente generales de la cláusula de protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (que ordena que ningún Estado podrá «denegar a ninguna persona dentro de su jurisdicción la protección igualitaria de las leyes») pueden resultar superadas en casos de “interés superior”. Los filósofos debaten si una obligación de “decir la verdad” es concluyente o superable, pero ninguno negaría que cualquiera de estas dos alternativas es conceptualmente posible. A la inversa, las prohibiciones específicas de las normas de la dieta judía son derrotables en casos de peligro para la vida o la salud, pero las prescripciones igualmente específicas de la mayoría de las leyes impositivas encajan mejor en la visión de DWORKIN de las reglas como concluyentes si resultan aplicables<sup>24</sup>. Es una tendencia empírica y no una verdad lógica concerniente a las reglas el que el

<sup>22</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*: 22-28, 72-80. Entre las críticas más importantes a la distinción de DWORKIN puede citarse RAZ, «Legal Principles and the Limits of Law», *passim*, y TAPPER, «A note on Principles», *passim*.

<sup>23</sup> RAZ, «Legal Principles and the Limits of Law» (versión revisada): 82.

<sup>24</sup> Esto no significa decir que quien tiene que tomar una decisión jurídica no pueda importar de alguna otra área del derecho una excepción en los casos en los que, por ejemplo, una amenaza a la vida o a la salud impida el cumplimiento de las leyes impositivas. Esto sólo muestra, sin embargo, lo equivocado que resulta incorporar en la *definición* de regla el modo en el cual diversas reglas se relacionan entre sí dentro de un *sistema* de reglas complejo. Véase, más adelante, capítulo 8, punto 4.

carácter de ser superables resulte más frecuente en las prescripciones generales. Por lo tanto, parece preferible conformarse con la distinción entre reglas concluyentes y superables, y abstenerse de sugerir que haya algo relativo a la generalidad o a la existencia de una formulación canónica que se relacione necesariamente con esa distinción.

A efectos de evitar tales confusiones, estipularé desde el comienzo que no voy a considerar ni a la especificidad ni al carácter concluyente, ni a la existencia de una formulación investida de autoridad como condiciones necesarias para la existencia de una regla imperativa. Por consiguiente, una prescripción no canónica, general y (para algunos) superable como “compórtate con los demás como desearías que los demás se comporten contigo” sigue siendo, de acuerdo con esta terminología preliminar, una “regla”. A medida que se profundice el análisis, algunas de estas inclusiones por definición se volverán más problemáticas. Pero no deseo dar por sentadas cuestiones importantes mediante el recurso de estrechar por adelantado y de manera artificial la definición de regla imperativa.

Aunque ciertos autores se valen de sustitutos terminológicos tales como “principio” para evitar la connotación de que las reglas deben ser específicas, canónicas o concluyentes, otros buscan un término que permita distinguir entre reglas prescriptivas y descriptivas. Es interesante advertir, sin embargo, que son pocas las expresiones que cumplen de manera eficaz con esta función de clasificación. Por cierto que no lo hace la expresión “principio”, puesto que nuevamente la misma palabra se usa tanto para referirse a regularidades empíricas —cuando se habla del Primer Principio de Newton o de los principios de la economía—, como a imperativos con fuerza normativa —cuando se habla de principios morales, a los que HARE y otros aluden con frecuencia—.

Casi la misma tolerancia lingüística para el uso tanto descriptivo como prescriptivo reside en palabras como “ley”, “precepto”, “máxima” y “norma”. Cada una de ellas puede ser usada con propiedad para referirse tanto a una regularidad empírica como a una exigencia normativa. Considérese la diferencia entre la ley de gravedad y las leyes de Texas, o la forma en que usamos la palabra “norma” para referirnos tanto a la forma *habitual* de comportamiento como a las prescripciones establecidas por una autoridad jurídica<sup>25</sup>. Podría ser que el hecho de

---

<sup>25</sup> La palabra “norma”, en su sentido prescriptivo, posee una dificultad especial debido a que a veces (usualmente en sentido técnico) se entiende que ella se refiere tanto a prescripciones generales como a órdenes específicas, como en el caso de “Jackie, ¡saca la basura ahora!” En parte porque en el uso prescriptivo de la expresión “norma” se confunden lo particular y lo general, y en parte, a pesar de tal característica, es el término elegido en la mayor parte de la teoría normativa contemporánea. Véase, por ejemplo, RAZ, *Practical Reason and Norms*: 49-50, y CHRISTIE, *Law, Norms and Authority*: 2-3. Pero como buena parte de mi argumentación se

que todas estas palabras, así como otras (considérese la diferencia entre “*debes* obedecer a tus padres” y “él *debe* estar llegando a la ciudad ahora mismo”, o entre “se *supone* que ella debe advertir al paciente de todos los riesgos antes de practicar la cirugía” y “se *supone* que el clima de marzo es ventoso”), tengan tanto un sentido descriptivo como uno prescriptivo, no fuese más que una notable coincidencia. Por otra parte, el uso de las mismas palabras para referirse a modalidades descriptivas y prescriptivas podría ser un remanente lingüístico de una ontología según la cual se creía que la mano activa de Dios era igualmente responsable de guiar nuestra conducta y establecer las regularidades de nuestra existencia. Pero existe una explicación alternativa aún más intrigante. Esta aparente ambigüedad podría sugerir que la distinción que corrientemente hacen los filósofos entre reglas descriptivas y prescriptivas, sin dejar de ser por ello una distinción, es al menos confusa en tanto y en cuanto sugiere que la reflexión sobre las reglas prescriptivas no puede beneficiarse de la consideración de las reglas descriptivas. De hecho, el enfocar la atención en las características compartidas entre las reglas descriptivas y las prescriptivas será el punto de partida de los argumentos centrales de este libro.

## 7. LOS LÍMITES DEL LENGUAJE ORDINARIO

Debería quedar claro ahora que esta obra no es un análisis del uso de la palabra “regla”. Existen razones, algunas de las cuales acabo de explicar, para preferir esta palabra a “norma”, “principio”, “ley”, “prescripción”, “precepto”, “máxima”, y a otros muchos candidatos, pero estas razones no reflejan un intento por capturar distinciones existentes en el lenguaje ordinario. Prestar atención a las distinciones presentes en el lenguaje ordinario con frecuencia resulta analíticamente esclarecedor, pero las técnicas de análisis del lenguaje ordinario, que ocasionalmente empleo en este libro, no son en absoluto excluyentes dado que el cometido de esta empresa no consiste en el análisis de una cierta palabra.

En consecuencia, mi objetivo inicial consiste en aislar una forma de toma de decisiones caracterizada por apoyarse en generalizaciones atrincheradas que resultan, no obstante, sub o sobreincluyentes en potencia. Al aislar esta forma de toma de decisiones trazaré una distinción más precisa que la reconocida por el lenguaje ordinario, aunque el uso ordinario de “regla” de hecho tiene mayor afinidad con lo que llamaré toma de decisiones basada en reglas que con otras formas de tomar decisiones. Pero si bien la distinción que delinee puede des-

---

centra en, e incluso depende de, la distinción entre lo particular y lo general, el uso de un término que suprime esa distinción se halla directamente en pugna con la perspectiva ofrecida en este libro.

tacarse a través de una extensión selectiva de la palabra “regla” —y aunque marcaré la distinción de este modo—, no deseo depender demasiado de mis intuiciones lingüísticas. No niego que ciertas formas de toma de decisiones, que mostraré que difieren de la toma de decisiones basada en reglas imperativas, también son ordinariamente concebidas como basadas en reglas y con frecuencia se las describe de ese modo. Pero los múltiples usos de la palabra “regla” son parte del problema y, por ello, el opinable uso estipulativo que le acuerdo a esa expresión es deliberadamente más restringido que el del lenguaje ordinario. Quizás sería preferible inventar un nuevo término a efectos de evitar la tensión entre el modo en el que usaré aquí la palabra “regla” y el espectro menos restrictivo de significados disponibles en el lenguaje ordinario. Pero describir la forma de toma de decisiones que intentaré aislar como, digamos, “basada en cuasireglas” no haría más que complicar lo que ya es un embrollo terminológico. En lugar de ello, me atenderé al término “regla” tal como lo he esclarecido aquí, y como habrá de esclarecerse en mayor medida a través de los capítulos siguientes de este libro.





## CAPÍTULO II

### LAS REGLAS COMO GENERALIZACIONES

#### 1. LO GENERAL Y LO PARTICULAR

La distinción entre reglas prescriptivas y descriptivas constituye un lugar común en filosofía<sup>1</sup>. Incluso se considera tan importante distinguir las reglas que prescriben conductas de aquellas que dan cuenta de una regularidad empírica, que con frecuencia se trata a los dos usos de la palabra “regla” como virtuales homónimos, con muy poco en común fuera de su ortografía. Newton GARVER, por ejemplo, considera que el uso de la expresión “regla” para dar cuenta de regularidades empíricas no tiene mayor relevancia para un análisis de las reglas que el uso de la misma palabra para referirse al listón de madera que usamos para trazar líneas rectas<sup>2</sup>. Max BLACK también considera fundamentalmente disímiles a las reglas descriptivas y a las prescriptivas, y toma a las primeras como reglas sólo en un sentido “degenerado”<sup>3</sup>.

No pretendo cuestionar esta distinción. *Hay* en efecto diferencias entre las reglas descriptivas y las prescriptivas, tal como las hay entre las leyes de la física y las leyes de Nebraska y entre los principios de la economía y los de la moral. Sin embargo, esta distinción oscurece una semejanza muy significativa entre las reglas descriptivas y las prescriptivas.

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, HARE, *The Language of Morals*: 1-31, y Ross, D., *The Right and the Good*: 1-3.

<sup>2</sup> GARVER, «Rules»: 231. (N. de los T.: En el texto se transcribe un párrafo de GARVER. Se ofrece un ejemplo análogo en castellano dado que una traducción literal carecería de sentido.)

<sup>3</sup> BLACK, «The Analysis of Rules»: 114.

Al emplear reglas descriptivas informamos o explicamos una regularidad o uniformidad. El uso de una regla descriptiva presupone, pues, una multiplicidad de casos, siendo lo que distingue a las reglas descriptivas de las observaciones singulares su carácter general en lugar de particular. Es verdad que ayer fui caminando a mi oficina, pero es verdad en un sentido diferente decir que *regularmente* voy caminando a mi oficina. Observar que “los Alpes, por regla, están cubiertos de nieve en mayo” no es lo mismo que observar una cumbre de los Alpes nevada. Afirmar la existencia de una regla descriptiva implica necesariamente generalizar. No existen reglas para casos particulares.

Es interesante advertir que la lógica del uso prescriptivo de la expresión “regla” es similar, siendo también las reglas prescriptivas necesariamente generales. Decimos que hay una regla que prohíbe a la gente pisar el césped si un cartel prohíbe a mucha gente a través del tiempo pisar el césped, pero no describiríamos como “regla” a una instrucción particular (a menos que se trate de un recordatorio de una regla preexistente) dada por un padre a un niño de no pisar este césped en este momento. La orden de un oficial de policía que grita “¡atrás!” es diferente de una regla que obliga a todos a mantenerse alejados de determinada zona, y el juego infantil “Simón dice” no se refiere a reglas (excepto a las reglas del juego mismo), sino precisamente a la no regularidad de las órdenes particulares.

Las reglas, *tanto* las descriptivas *como* las prescriptivas, se dirigen, pues, a *tipos* y no a casos particulares. A menos que queramos describir múltiples casos o prescribir múltiples acciones, sería sencillamente erróneo usar la palabra “regla”. El lenguaje ordinario destaca así una diferencia entre lo particular y lo general que resulta tan significativa para las prescripciones como para los informes sobre regularidades empíricas. Con el fin de explorar esta cuestión más a fondo debemos, sin embargo, comenzar con las generalizaciones descriptivas, para aplicar luego los frutos de dicho estudio al análisis de las generalizaciones prescriptivas.

## 2. GENERALIZACIONES DESCRIPTIVAS

Generalizar es involucrarse en un proceso que es parte de la vida misma. Cuando confrontamos la realidad comúnmente lo hacemos con individuos —esta persona, aquella construcción, estas rocas, esas palabras— pero nos aferramos al mundo organizando esos individuos dentro de agrupamientos mayores. Como resultado de ello, los individuos que percibimos no sólo son individuos, sino individuos que poseen cierta propiedad *x*, siendo instancias o casos de categorías más comprensivas<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Para los fines que persigo, tomaré a las expresiones “clase” y “categoría” como sinónimas.

Algunas de las categorías con las cuales (o dentro de las cuales) agrupamos nuestras percepciones particulares son clases naturales, como los leopardos y la plata. Otras son artificiales, como los autos, los libros y los teléfonos. Y a veces nuestras categorías son más institucionales que físicas, como los contratos y los partidos políticos, y trazan líneas en torno a y a través de los individuos físicos, para reflejar las elecciones cultural y temporalmente contingentes de una comunidad en lo social, moral, cultural y político. En consecuencia, las categorías varían en maleabilidad, pero por ahora mi interés se enfoca menos en la fuente o rigidez de las categorías que en la relación entre ellas. Más específicamente, quiero centrar mi atención en la *simultaneidad* de las categorías, es decir, en el modo en el que un individuo es miembro simultáneamente de numerosas categorías que se intersectan.

Las categorías que empleamos no son ni mutuamente excluyentes ni rígidamente distintas, sino que, por el contrario, se superponen y se anidan una dentro de otra, de modo tal que un objeto o evento particular comúnmente es miembro de muchas de ellas. En razón de esto, los objetos, acciones, eventos o percepciones particulares no pueden ser colocados mecánicamente en una única categoría, ya que ninguna de las categorías simultáneamente aplicables de las cuales cualquier individuo es miembro tiene prioridad lógica sobre las restantes. Por el contrario, al pensar y hablar elegimos tomar distancia de lo particular, y hacemos una nueva elección al escoger la categoría dentro de la cual ubicar a ese caso particular. Me referiré a la elección de transitar de lo particular a lo general como *generalizar*, y al producto de ese proceso como una *generalización*. Cuando generalizamos, no vemos a los individuos en forma aislada sino como ejemplos de un tipo o miembros de una clase.

Por eso la colección de sustancias químicas sentada ante mí no es sólo un perro, sino también un miembro de otras numerosas clases naturales y no naturales. *Este* perro, Angus, es simultáneamente un terrier escocés, negro, un animal, un mamífero, una mascota, un saco de pulgas, una posesión de mi amigo Herb y algo ubicado a 300 millas de Chicago. Pero la vida es corta y el espacio mental finito, de manera que si bien resulta quizás teóricamente posible referirse a un individuo identificando todas sus propiedades (todas las categorías de las cuales

---

apartándome así del uso en metafísica, desde cuya perspectiva se reserva la palabra "categoría" para aquellas clases que son últimas en cierto sentido. De modo similar, mi distinción entre lo particular y lo general pretende marcar la distinción entre caso y tipo, y entre individuo y especie, todas aproximadamente expresivas de la misma relación.

Al hacer referencia a nuestra percepción de los individuos no es mi intención negar que muchas de tales percepciones se ven intermediadas por conceptos. Más aún, no sostengo que el proceso de "organizar" percepciones particulares en categorías sea necesariamente activo o consciente, o incluso que lo particular sea lógica o temporalmente anterior a lo general. Sólo me apoyo en aquello que resulta relativamente no controvertido en cuanto a la distinción entre lo particular y lo general.

es miembro), en la práctica truncamos drásticamente esta lista de categorías al describir un individuo. Consecuentemente, la comunicación supone un incesante proceso de selección entre numerosas clasificaciones posibles, constituyendo todas ellas generalizaciones empírica y lógicamente correctas, pero de las cuales sólo algunas se ajustan a los propósitos del momento. Referirse a Angus como “un perro”, más que como “una posesión de Herb” o “un saco de pulgas” o “algo que está a 300 millas de Chicago” supone una elección no determinada por ninguna de las diversas propiedades de Angus, sino por el contexto discursivo en el que se lo describe<sup>5</sup>.

Cada una de las propiedades de un individuo lo *proyecta* en direcciones diferentes y potencialmente conflictivas. La clase de los individuos que se encuentran a 300 millas de Chicago y la clase de las posesiones de Herb pueden tener pocos miembros en común además de Angus. Generalizar en una dirección implica apelar a todos los restantes miembros de la clase que conforman *esa* generalización, mientras que generalizar en otra dirección sugiere una colección diferente de individuos. Decir que Angus le pertenece a Herb no es igual a decir que Angus es un terrier escocés, porque el mismo Angus se encontrará en compañía bien distinta según cuál sea la propiedad a la que se preste atención.

Además de elegir direcciones de generalización, los hablantes seleccionan generalizaciones más o menos excluyentes dentro de una misma dirección. La pertenencia de Angus a la clase de los perros y su pertenencia a la clase de las posesiones de Herb suponen generalizaciones en diferentes direcciones, por cuanto no existe relación alguna (más allá de la ocurrencia de Angus) entre las dos categorías. Otras generalizaciones, sin embargo, anidan una dentro de otra en una misma dirección. Considérese la diferencia entre referirse a Angus como un terrier escocés macho de tres años y referirse a él como un perro. La última generalización incluye a todos los miembros de la primera, por lo que constituye una generalización más amplia en la misma dirección, que admite miembros adicionales (por ejemplo, bulldogs y terriers escoceses hembra) pero no excluye a ninguno de la clase más restringida. La gama de elecciones con respecto al *grado de generalización* es por supuesto mayor, puesto que Angus también podría haber sido descrito como un terrier escocés macho de tres años, como un terrier escocés macho, como un terrier escocés, como un perro, como un mamífero o como un animal. A medida que pasamos de una clase

---

<sup>5</sup> Lo que se puntualiza en el texto puede considerarse como una variante del principio de que la explicación resulta subdeterminada por los casos particulares a explicar. Véase DUEM, *The Aim and Structure of Physical Theory*, y QUINE, *Word and Object*: 26-30, 78-79. Así como las múltiples observaciones particulares no determinan unívocamente su propia explicación, tampoco las múltiples propiedades de ningún caso particular determinan unívocamente su descripción.

anidada a la siguiente generalizamos en categorías de amplitud creciente, cada una de las cuales incluye a todos los miembros de sus clases constitutivas. Las generalizaciones son, por lo tanto, relativas, puesto que lo particular en un ámbito puede ser general en otro.

Elegir una dirección y un grado de generalización son actos subsecuentes respecto de la previa decisión de generalizar. Es posible siempre en teoría (al menos si se incluye la localización en tiempo y espacio), y habitualmente en la práctica, referirse a algún individuo con la suficiente riqueza de detalle como para que el individuo denotado resulte único. Esta descripción detallada de un individuo implicaría, sin duda, el uso de términos generales. Aun así, la mayoría de los individuos que concebimos existen en la intersección singular de un espectro de propiedades no singulares, cada una de las cuales es un término general, pero tales que todas ellas en conjunto describen el perfil completo de este y sólo este individuo<sup>6</sup>. Angus es un individuo, una colección de sustancias químicas en un cierto tiempo y lugar, e incluso dejando de lado la localización espacio-temporal resultaría extraordinariamente improbable que Angus fuese idéntico en todo aspecto a cualquier otra colección de sustancias químicas. Si tuviésemos que describir todas las propiedades de Angus, llegado cierto punto en el proceso de enumerar propiedades adicionales, sólo Angus encajaría en la descripción. Es raro que se especifique hasta tal extremo, pero aun así es útil reconocer que se encuentra disponible una descripción con aptitud para individualizar, ya que tal posibilidad nos recuerda que describir un individuo despojándolo de su singularidad es en sí misma una elección discursiva.

Dado que quien busca describir debe tomar estas decisiones de si va a generalizar y, de ser así, en qué dirección y hasta qué grado, la generalización es un proceso contingente. Al decir esto no pretendo comprometerme con una metafísica nominalista. Puede o no ser verdad que con la misma facilidad podríamos haber agrupado a los pájaros negros junto con los autos negros como miembros de la categoría "negros", y ubicado a los antílopes y a los tenedores de dos dientes dentro de la misma categoría "con dos puntas". Pero incluso si existen las clases naturales y aun cuando nuestro reconocimiento de ellas moldee y limite el proceso de generalización, la mayoría de las categorías de nuestra existencia conceptual no son ni naturales ni últimas. En consecuencia, el uso cotidiano del lenguaje presenta numerosas opciones de generalización a cada paso. El usuario puede incluso elegir no generalizar, desplegando en una descripción un número suficientemente grande de propiedades, de forma tal que un solo ítem quede descrito. Y cuando el usuario del lenguaje decide generalizar, entonces debe

---

<sup>6</sup> Debo la expresión "perfil completo" a YALBO, «Identity, Essence and Indiscernability»: 296.

elegir una dirección para la generalización y un nivel de generalidad, rechazando en el proceso una gama de descripciones igualmente precisa pero extensionalmente divergente del individuo identificado. La elección de una descripción correcta en lugar de otra resalta, en consecuencia, las propiedades elegidas para que se les preste especial atención.

### 3. LAS GENERALIZACIONES COMO SUPRESIONES

Las generalizaciones son, pues, selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente *suprime* otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes. Describir al *Queen Elizabeth* como un “barco” *simpliciter*, evocando asociaciones con barcos de guerra y buques cisterna, simultáneamente oculta de la consideración activa aquellas características que distinguen al *Queen Elizabeth* de los barcos de guerra y los buques cisterna, como sus casinos y sus salones de baile. Las propiedades que distinguen al *Queen Elizabeth* de otros barcos no son menos propiedades suyas que las que comparte con otros barcos, pero la descripción del *Queen Elizabeth* como un “barco” más que como, digamos, un “lugar de veraneo”, centraliza la atención en algunas de sus propiedades y suprime otras. La supresión es importante justamente porque no es una negación. Decir que el *Queen Elizabeth* es un barco suprime el hecho de que tiene salones de baile, pero no niega que tenga salones de baile. Cuando me refiero al jilguero que estoy señalando simplemente como un “ave”, suprimo las diferencias entre los jilgueros y los pingüinos, por muy reales que éstas puedan ser. La generalización como forma de discurso supone, en consecuencia, la supresión en ciertos contextos de diferencias que serían relevantes en otros. La generalización que un hablante elige, entre las numerosas disponibles, suprime diferencias que habrían sido destacadas por otros, del mismo modo que la generalización elegida evocará semejanzas que habrían sido soslayadas por otros<sup>7</sup>.

La supresión de propiedades a través de generalizaciones selectivas resulta particularmente llamativa cuando se describen hechos e ins-

<sup>7</sup> “Supresión” es quizás una expresión más fuerte de lo que aquí sería deseable, dado que el grado de implicancias negativas de aquello que se omite varía según el contexto. Si lo veo en la calle y lo elogio por el saco que está usando, no he suprimido el hecho de que usted es un maravilloso orador del mismo modo en que lo habría hecho si lo hubiese elogiado por su saco inmediatamente después de haber usted terminado de ofrecer una extensa conferencia. No obstante, lo que se omite resulta menos accesible, y la fuerza de la expresión que empleo para describir esta inaccesibilidad comparativa resulta más adecuada teniendo en cuenta lo que se expresa a continuación.

tituciones. La esquina de los oradores del Hyde Park en Londres puede ser descrita con la misma precisión, sea como un foro para la libertad de expresión, sea como una atracción turística, pero las dos generalizaciones dicen cosas distintas e incluyen un espectro ampliamente divergente de individuos. El accidente ocurrido en un cruce de calles que es un caso de responsabilidad por daños para un abogado, es a la vez una infracción de tránsito para un policía y una lesión cervical para un médico. Distintos observadores de un mismo hecho, al generalizar en distintas direcciones con diferentes propósitos, soslayan propiedades del hecho que podrían ser relevantes para otras personas, propósitos y momentos.

#### 4. LAS GENERALIZACIONES Y LA ESTRUCTURA DE LAS REGLAS

Ahora estamos en condiciones de analizar las reglas prescriptivas, una tarea que se hará más fácil descomponiendo tales reglas para observar su estructura característica y las partes que la integran. Cuando se observen los componentes de las reglas prescriptivas se verá que la generalización, con sus necesarias selecciones y supresiones, resulta tan importante para prescribir por medio de reglas como para el proceso de descripción.

Una parte de toda regla, que algunos autores llaman *protasis*<sup>8</sup> y otros denominan *hechos operativos*<sup>9</sup>, especifica su alcance, las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de la regla. Este componente de las reglas, al que me referiré como su *predicado fáctico*, puede ser interpretado como su *hipótesis*, puesto que las reglas prescriptivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con un "si *x*", donde *x* es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla. "Si una persona conduce a más de 55 millas por hora, entonces debe pagar una multa de cincuenta dólares". "Si no regresas antes de las diez en punto, entonces tus padres no volverán a permitirte usar el auto".

Las reglas también contienen lo que llamaré *consecuente*, que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el predicado fáctico<sup>10</sup>. "Si una persona conduce a más de 55 millas por hora, entonces debe pagar una multa de cincuenta dólares". "Si una persona es mayor de veintiún años, entonces puede comprar bebidas alcohólicas".

<sup>8</sup> GOTTLIEB, *The Logic of Choice*: 39, 43-47, y TWINING y MIERS, *How to Do Things With Rules*: 137-140.

<sup>9</sup> MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*: 43-45.

<sup>10</sup> Quienes se refieren al predicado fáctico como *protasis*, denominan *apodosis* a lo que yo llamo "consecuente". Por ejemplo, GOTTLIEB, *The Logic of Choice*: 36-39.

Habitualmente las reglas no se formulan de un modo tal que la separación del predicado fáctico del consecuente resulte tan nítida como en estos ejemplos. De hecho, una o la otra parte pueden no estar explícitas. De todos modos, cualquier regla puede ser reformulada de manera que asuma la forma canónica de un predicado fáctico hipotético seguido de un consecuente. “No pisar el césped” es equivalente a “si usted está pisando el césped, entonces se le pedirá que se retire”, y “caballeros sólo de traje” significa lo mismo que “si usted es varón y desea entrar en este restaurante, entonces deberá vestir traje”. Más aún, existe cierta potencial elasticidad respecto de qué hechos están ubicados en el predicado fáctico y cuáles en el consecuente. La regla inmediatamente precedente podría también ser formulada como “si usted es varón y desea entrar en este restaurante, y si no está vistiendo traje, entonces no puede entrar al restaurante”. De manera similar, casi cualquier regla puede ser formulada de forma tal que el consecuente sea sólo un operador deóntico desnudo, quedando en el predicado fáctico todo aquello que no sea el establecimiento de una obligación, prohibición, o permisión. Explicar cómo y por qué ocurre esto no resulta, sin embargo, relevante por el momento. Por ahora todo lo que importa es la distinción básica entre predicado fáctico y consecuente.

Una vez que se separa el predicado fáctico de una regla prescriptiva de su consecuente, puede verse al predicado fáctico como una generalización igual a las generalizaciones descriptivas examinadas previamente. Considérese nuevamente al terrier escocés Angus. “Angus no debe entrar en este restaurante en este momento” no es una regla sino una *orden*, un término que utilizo para referirme sólo a las prohibiciones y obligaciones *particulares* y no a reglas<sup>11</sup>. Su predicado fáctico —“Angus (este perro) en este restaurante (este lugar) en este momento”— no es general sino particular. Pero compárese esto con el predicado fáctico contenido en una regla como “No se admiten perros”. El predicado fáctico de esta regla puede ser formulado como “perro en restaurante” o, más explícitamente, “cualquier perro en este restaurante en cualquier momento”<sup>12</sup>. Nótese la diferencia entre esto y “Angus en este restaurante en este momento”. A diferencia de la

<sup>11</sup> El uso que le acuerdo a la palabra “orden” (*command*), para distinguir a las prescripciones particulares de las generales se parece al de AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*: 21-23. Este uso no es en absoluto universal. Compárese GOTTLIEB, *The Logic of Choice*: 115-119, quien emplea “orden” para referirse a cualquier prescripción, particular o general, en la cual el destinatario tiene vedada la posibilidad de indagar el propósito que subyace a la prescripción, y ROSS, A., *Directives and Norms*: 48-51, quien utiliza la expresión “orden” para referirse a cualquier prescripción particular o general que se halla respaldada por una autoridad personal. El uso de HART en *The Concept of Law*: 19-20, parece cercano al de Ross.

<sup>12</sup> Si esta regla estuviera en una ordenanza municipal en lugar de en un cartel frente a un restaurante, los tres componentes deberían ser generalizados, de modo que la regla prohibiría entonces el ingreso de *todo* perro en *todo* restaurante en *todo* momento.



orden, la regla depende de una generalización que prohíbe el ingreso de *todos* los perros en *todo* momento. Y la "totalidad" esencial de cualquier generalización persiste aun cuando las generalizaciones sean más restringidas. Una regla diferente podría prohibir sólo a los terriers escoceses, sólo a los terriers escoceses de tres años de edad o sólo a los perros que pesen menos de 30 libras, pero tales reglas aún se referirían, respectivamente, a *todos* los terriers escoceses, *todos* los terriers escoceses de tres años de edad, o a *todos* los perros que pesen menos de 30 libras. Independientemente de su alcance, el predicado fáctico generalizador de cualquier regla la vuelve aplicable a *todos* los miembros de una clase<sup>13</sup>.

## 5. GENERALIZACIONES PRESCRIPTIVAS

Aunque las reglas prescriben para *todos* los miembros de alguna categoría, tampoco aquí emerge unívocamente ninguna categoría a partir de un cierto individuo. Ir desde un hecho particular a una prescripción general requiere, por lo tanto, tomar decisiones del mismo tipo que las que se toman cuando se efectúa una generalización descriptiva. Establecer reglas en respuesta a un hecho particular, y, casi siempre, establecer reglas de cualquier tipo, supone el uso de generalizaciones elegidas de entre numerosos candidatos lógicamente equivalentes.

Supóngase que entro en un restaurante con Angus, quien entonces comienza a ladrar, a corretear, a saltar sobre los clientes y a comer restos de comida del piso. El propietario del restaurante, a fin de evitar que se repitan estos hechos, propone excluir no sólo a Angus ahora, sino a *todos los hechos futuros del mismo tipo*. Por consiguiente, el propietario debe generalizar a partir del hecho particular constituido por Angus ladrando, corriendo, saltando y comiendo en el tiempo  $t$  (y lugar  $p$ ). Angus es negro, de modo que el propietario podría establecer una regla que excluyera del restaurante a todo lo que fuese negro, excluyendo así no sólo a los terriers escoceses negros como Angus, sino también a los gatos negros, a los zapatos negros, a las corbatas negras, a los vestidos negros y al cabello negro. Una generalización semejante a partir del hecho desencadenante sería lógicamente impecable, puesto que dicho hecho puede describirse correctamente como un problema causado por un agente negro, y la exclusión de los agentes negros aseguraría que ningún hecho exactamente igual volviese a ocurrir jamás. Sin embargo, esta generalización lógicamente

<sup>13</sup> No me preocupa ahora la generalidad empírica de una generalización lógica. Resulta, sin embargo, importante tener presente que una generalización lógica no limitada como "todas las mujeres que son miembros de la Corte Suprema de los Estados Unidos", puede de hecho seleccionar un solo individuo.

legítima es absurda, y esto se debe a que el color negro de Angus es causalmente irrelevante respecto de la ocurrencia de los hechos que inspiraron inicialmente la decisión de excluirlo. Sabemos que el color negro de Angus es causalmente irrelevante o ilegítimo con respecto a ladrar, correr, saltar y comer debido a nuestro conocimiento del mundo, y nuestro conocimiento empírico justifica la conclusión de que estos actos, incluso cuando los comete Angus, no son consecuencia causal de su color.

Supóngase que la perturbación provocada por Angus a los clientes en el pacífico goce de sus cenas no fue consecuencia de sus ladridos, correteos, saltos o de que comiera del piso, sino en cambio resultante de reacciones alérgicas a su negrura recalcitrante. Supóngase que cuando ciertas personas se encuentran cerca de algo negro, estornudan, sienten comezón y desarrollan sarpullidos. Si la característica causalmente relevante para la ocurrencia del hecho fuera así el color negro de Angus en lugar de las molestias resultantes de sus ladridos, correteos y saltos, la generalización a partir de ese hecho hacia todo lo negro ya no sería absurda.

Por lo tanto, al igual que la descripción, la generalización prescriptiva comienza habitualmente con un individuo, lo toma como ejemplar de una categoría más general y luego busca aquella propiedad de ese individuo que es causalmente relevante para la ocurrencia de la categoría más general. De aquí en adelante me referiré a la categoría más general como la *justificación*, esto es, el mal que se pretende erradicar o la meta que se pretende lograr. De este modo, el deseo de eliminar posibles molestias a los clientes del restaurante constituye la justificación que lleva al propietario a generalizar a partir del hecho particular. (Las justificaciones pueden existir en niveles diferentes. Eliminar posibles molestias a los clientes puede, por su parte, estar justificado por la meta de incrementar su felicidad, lo que a su vez podría estar justificado por la meta de maximizar el bienestar del propietario <sup>14</sup>).

---

<sup>14</sup> Con el uso de un ejemplo utilitarista no pretendo sostener que toda justificación última sea necesariamente utilitarista o consecuencialista. Tampoco pretendo *negar* que toda justificación última sea consecuencialista. A lo largo de este libro me mantengo agnóstico en lo que respecta a cuestiones últimas de teoría moral, incluyendo la cuestión de si debe haber justificaciones últimas. Adopto esta postura porque gran parte de lo que tengo que decir sobre las reglas es aplicable a numerosos ámbitos de decisión no morales, y es igualmente aplicable a diversas teorías incluso dentro del ámbito de la moral.

Esto no significa negar que la reconstrucción que ofrezco de la justificación parece en gran medida lineal. De todos modos, me gustaría hacer algunas salvedades para el lector escéptico respecto de las justificaciones lineales. En primer lugar, decir que una justificación genera o subyace tras una regla no supone formular ninguna consideración temporal. Como en el ejemplo del restaurante, lo particular puede preceder temporalmente a lo general, y la regla puede preceder a su justificación más general, siendo esta última sólo construida cuando se aplica la regla o cuando su aplicación resulta problemática.

En lo que sigue habré de decir más sobre los diferentes niveles de la justificación, pero por ahora deseo atenerme a la simple relación entre una regla y su justificación de primer orden más inmediata).

La justificación determina así cuál de entre las muchas generalizaciones lógicamente equivalentes de algún hecho desencadenante en particular será elegida como el predicado fáctico de la regla resultante. La justificación de evitar las molestias a los clientes, por ejemplo, guía a quien crea la regla a generalizar a partir del hecho desencadenante particular de Angus ladrando, corriendo, saltando y comiendo. El color negro falla como predicado fáctico porque esa generalización no es causalmente relevante respecto de la presencia de distracciones molestas, pero ¿qué ocurre si generalizamos a partir de Angus, no hacia su color negro, sino hacia su condición de perro? Prohibir el ingreso de perros parece menos absurdo porque sabemos, sobre la base de nuestra experiencia, que la calidad de perro es causalmente relevante respecto de la ocurrencia de distracciones molestas de un modo en el que el color no lo es. Es especialmente probable que un agente que posee la propiedad de ser perro participe en alguna conducta molesta, mientras que un agente que posee la propiedad de ser negro no tiene, por el solo hecho de ser negro, mayores probabilidades de participar en conductas molestas que cualquier otro. Más aún, sabemos que es poco probable que las conductas molestas puedan ser encuadradas en una categoría de perros en función de su raza o edad y, por lo tanto, la condición de Angus como terrier escocés y el que tenga tres años, al igual que sus propiedades de ser negro, estar ubicado a 300 millas de Chicago y ser una posesión de Herb, son causalmente irrelevantes a la luz de la justificación de la regla. El predicado fáctico de la regla propuesta que prohíbe el ingreso de perros es, en consecuencia, una generalización a partir del hecho desencadenante particular que causó el problema en esta ocasión hacia la propiedad (o propiedades) del individuo que parece ser, *en tanto tipo*, causalmente relevante para la incidencia del problema, en tanto tipo<sup>15</sup>.

---

Más aún, gran parte de lo que digo es compatible incluso con modelos coherentistas de justificación. Si un resultado particular se considera justificado sólo en la medida en que resulte coherente con otros resultados particulares, el resultado único se encuentra no obstante en una relación con el todo coherente que es similar a la relación que lo particular posee con una justificación subyacente. E incluso si la relación entre un todo y sus partes es más circular que lineal (como en el caso del equilibrio reflexivo rawlsiano), la parte que resulta más estrechamente aplicable al caso bajo análisis todavía mantiene una relación con el todo que de nuevo recuerda en aspectos relevantes a la que media entre la regla y su justificación.

Gran parte de lo que digo aquí se verá más claro a medida que continúe la exposición, pero agregó estas salvedades ahora sólo en un intento por persuadir a quienes simpatizan con teorías antifundacionalistas o coherentistas de la justificación que puede resultar útil continuar con la lectura.

<sup>15</sup> Las complicaciones en la determinación de la clase normativa apropiada para cierto individuo son discutidas de manera esclarecedora en LYONS, David, *Forms and Limits of Utilitarianism*: 30-118; SINGER, *Generalization in Ethics, passim*, y HARRISON, «Utilitarianism, Universalisation and Our Duty to be Just»: 114-116.

Ni Angus ni el hecho que protagonizó son necesarios para la creación de reglas. Los acontecimientos particulares a menudo provocan la creación de una regla, pero no son necesarios. Con frecuencia el impulso que da lugar a su creación surge de una acumulación de experiencias o percepciones, y es esa acumulación y no un único hecho lo que desencadena un deseo de prescribir respecto de propiedades que tienen una propensión causal frente a ciertas justificaciones<sup>16</sup>. Pero ya sea que emane de un hecho único o de una evaluación empírica más difusa, el predicado fáctico de una regla consiste en una generalización percibida como causalmente relevante respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar. La prescripción de esa meta o la proscripción de ese mal constituyen la justificación que determina qué generalización conformará el predicado fáctico de la regla.

## 6. GENERALIZACIÓN Y PROBABILIDAD

Aunque sólo las generalizaciones causalmente relacionadas con la justificación de una regla califican como predicados fácticos legítimos para ella, esta conclusión se apoya en una concepción específica de la causalidad que debe ser explorada. ¿En qué consiste el que una generalización sea *causalmente* relevante respecto de una meta perseguida o de un daño a ser evitado? Considérese nuevamente a Angus cuando ladra, corre, salta y come en un tiempo *t*. La sola condición de perro de Angus no es condición suficiente para la ocurrencia de estos hechos molestos. Incluso sumándole la calificación de “en un restaurante”, la presencia de “un perro en un restaurante” no produciría necesariamente las conductas molestas. Algunos perros se comportan perfectamente bien, sin demostrar (cuando están correctamente entrenados) ninguna de las conductas temidas. Para que tales conductas se produzcan deben darse numerosos factores además de las calidades de “perro” y “en un restaurante”. Decir que la propiedad de ser perro, o incluso la de ser perro en un restaurante, es causalmente relevante respecto de la ocurrencia de comportamientos molestos parece por lo menos confuso sino lisa y llanamente erróneo.

La condición de perro de Angus no sólo no es una condición suficiente para la ocurrencia de los comportamientos molestos, sino que tampoco es una condición necesaria. Otros animales o niños pequeños podrían igualmente hacer ruido (aunque probablemente no ladrar), correr, saltar y comer restos de comida del suelo. La propiedad de

---

<sup>16</sup> Y, aunque para mis propósitos aquí el proceso inductivo de creación de reglas es más esclarecedor, no quiero sugerir que un proceso deductivo (véase HARE, *Freedom and Reason*) sea imposible. Muchas veces las reglas no surgen de casos particulares sino de otras reglas, aunque las reglas así generadas también comparten la misma característica de generalización contingente que discuto en esta sección.

ser perro no es, por lo tanto, en ningún nivel de justificación, una condición necesaria para la ocurrencia de los hechos que constituyen la justificación de la regla.

Si la condición de perro no es condición necesaria ni suficiente para la ocurrencia de comportamientos molestos en un restaurante, entonces ¿en qué sentido resulta relevante la condición de perro para esa consecuencia? Una posibilidad es que la condición de perro sea simplemente una forma abreviada de hacer referencia a un espectro más amplio de condiciones y propiedades, *todas* las cuales son individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la ocurrencia de la conducta molesta. Pero entonces la condición de perro ya no sería un predicado fáctico satisfactorio para la regla. Un predicado fáctico satisfactorio (causalmente relevante) sería más complejo y estaría compuesto por todas las propiedades y condiciones que en conjunto asegurarían la ocurrencia de la conducta temida. La regla “no se admiten perros” debería entonces ser descartada en favor de “en este restaurante no se admiten perros que se comporten mal y cuyos dueños no puedan controlarlos”<sup>17</sup>. Es probable que incluso esta regla, con su predicado fáctico más complejo, sea excesivamente simple y que una formulación precisa de todas las condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la ocurrencia de las consecuencias temidas sería sustancialmente más larga. Aun así, incluso esta especificación algo más compleja nos permite ver un notable contraste entre ella y el simple “no se admiten perros”.

Si la regla es “no se admiten perros” y no algo más complicado, entonces el predicado fáctico de la regla, la condición de perro *simpliciter*, no es una enunciación de las condiciones individualmente necesarias y conjuntamente suficientes para la producción de las consecuencias temidas. Más bien el predicado fáctico —perro en restaurante— representa un conjunto de hechos que se hallan en una relación de *causalidad probabilística* con la justificación<sup>18</sup>. Si “perro en un restaurante” es el predicado fáctico de la regla e “interrupción molesta

<sup>17</sup> Adviértase que éstas son reglas diferentes. El porqué esto es así (en lugar de ser la primera una forma abreviada de la segunda) podrá apreciarse con claridad hacia el final del capítulo 3.

<sup>18</sup> Mi discusión de la causalidad probabilística no es más sofisticada de lo necesario para el presente propósito. En consecuencia, ignoro muchas precisiones y complicaciones. Entre las obras clásicas que sigo se encuentran SUPPES, *A Probabilistic Theory of Causality*; CARTWRIGHT, «Causal Laws and Effective Strategies»; GOOD, «A Causal Calculus»; ROSEN, «In Defense of a Probabilistic Theory of Causality», y SALMON, «Probabilistic Causality». Las contribuciones modernas más importantes para la comprensión de la causalidad probabilística incluyen a EELS, «Probabilistic Causal Interaction»; PAPINEAU, «Probabilities and Causes», y SOBER, «Apportioning Causal Responsibility».

Para quienes estén convencidos de la plausibilidad de un enfoque determinista de la causalidad, la frase “causalidad probabilística” podrá parecer un sinsentido o un oxímoron. En tal caso, rechazar la frase y sustituirla, *mutatis mutandis*, por “la probabilidad de que una cosa causará otra” sería más fácil de aceptar sin detrimento del punto central que deseo resaltar.

en un restaurante” es la justificación de la regla, entonces “perro en un restaurante”, aunque no es condición necesaria ni suficiente para la ocurrencia de “interrupción molesta en un restaurante”, se encuentra no obstante causalmente relacionado con “interrupción molesta en un restaurante” de un modo probabilístico. Decir que existe una relación de causalidad probabilística entre una propiedad y una consecuencia no es lo mismo que decir que la ocurrencia de la propiedad es necesariamente seguida por la ocurrencia de la consecuencia, ni tampoco es decir que el acaecimiento de la consecuencia requiere la ocurrencia de la propiedad. Simplemente es decir que la incidencia de la consecuencia será mayor en una población que posee la propiedad en cuestión que en una población idéntica en todos los demás aspectos en la cual esta propiedad está ausente.

Esta concepción probabilística de la causalidad muestra que la regla “no se admiten perros” se basa en la creencia de que la condición de perro causa de manera probabilística conductas molestas. La regla se construye sobre la expectativa de encontrar una mayor incidencia de interrupciones molestas cuando se permiten perros que cuando no se los admite. Para decir lo mismo de un modo distinto, la relación probabilística requerida existe cuando la probabilidad de una interrupción molesta es mayor en presencia de un perro de lo que lo sería si no hubiera perros<sup>19</sup>.

De manera que una concepción probabilística de la relación entre causa y efecto y, por lo tanto, entre el predicado fáctico y la justificación

---

<sup>19</sup> No necesito ocuparme aquí del proceso consistente en determinar, como cuestión de hecho, que tal relación existe. Aun así, es importante advertir que dicho proceso distinguirá, si opera correctamente, casos de causalidad de casos de mera correlación. La distinción entre causalidad y correlación, sin embargo, no apunta a la validez conceptual de la idea de la causalidad probabilística, sino solamente a su identificación. Una investigación experimental controlada, o una aproximación no científica a tal proceso, puede, no obstante, producir conclusiones de causalidad probabilística expurgadas de la posibilidad de casos de mera correlación, como cuando los científicos concluyen que fumar causa cáncer, o cuando la gente común concluye que los caminos congelados causan accidentes.

Podría parecer que la causalidad, incluso la causalidad probabilística, es una relación más fuerte de lo que se requiere para explicar el surgimiento de reglas, ya que en muchas áreas de la vida le atribuimos a la mera correlación el carácter de condición suficiente para la creación de una regla. Tómese como ejemplo una ley que prohíbe la posesión de armas de fuego a quienes han sido condenados por un delito grave. La consideración empírica sobre la que se apoya tal regla no es que la condena por un delito grave sea *causa* de que la gente desarrolle formas antisociales de comportamiento, sino más bien que la condena por un delito grave *indica* de manera probabilística la existencia de otras ciertas características, las cuales sí poseen una relación causal con la propensión a cometer actos antisociales. Aunque parece, en consecuencia, que resulta común que las reglas se basen en meras indicaciones correlativas, incluso en tales casos existe una consideración causal detrás de la regla. El agente causal no se halla especificado en el predicado fáctico de la regla, sino que en lugar de ello la regla depende de la presencia de ciertas propiedades que se consideran indicativas de la existencia del agente causal. En casos como éstos la relación probabilística es doble. La propiedad identificada por la regla posee sólo una relación probabilística con la presencia del agente causal, y el agente causal posee sólo una relación probabilística con la incidencia de la justificación de la regla.

es compatible con el hecho de que algunas interrupciones molestas sean causadas por agentes distintos de los perros, y con que haya perros que no causen interrupciones molestas. El predicado fáctico representa, pues, un conjunto de hechos cuya existencia indica un incremento en la probabilidad de la ocurrencia de la justificación y cuya prohibición (efectiva) disminuirá consecuentemente la probabilidad (o incidencia) del mal contra el cual la regla va dirigida<sup>20</sup>. De manera similar, si se considera que la regla se ha establecido persiguiendo más una meta positiva que la disminución de un mal, la existencia de la condición representada por el predicado fáctico incrementará, cuando la relación probabilística exista, la probabilidad de la meta positiva a la que apunta la regla. La clave en ambos casos es la relación probabilística, que explica por qué “no se admiten perros” es una respuesta apropiada a los Angus del futuro, sin dejar de reconocer al mismo tiempo que no todos los perros causarán interrupciones molestas y que no todas las interrupciones molestas serán causadas por perros.

## 7. EL CARÁCTER SUB Y SOBREENCLUYENTE DE LAS REGLAS

El predicado fáctico de una regla no sólo es una generalización en el sentido de que incluye a todos los elementos de algún tipo. Cuando decimos de cierto enunciado, un tanto peyorativamente, que es “sólo una generalización” queremos significar que por más que el enunciado pueda ser verdadero para *algunos* o para *la mayoría* de los casos, no es necesariamente verdadero para *todos* los casos. En teoría, podríamos excluir tales generalizaciones probabilísticas de nuestra vida lingüística, empleando el lenguaje de la generalización cuando, y sólo cuando, la generalización representara, en la medida de nuestro conocimiento, una verdad universal. Pero para hacer esto, sin embargo, deberíamos hablar un lenguaje inconcebiblemente engorroso como para que sirviese a los propósitos del habla ordinaria. Las limitaciones de tiempo y del entendimiento hacen imposible restringir nuestras ponderaciones de causa y efecto o nuestras aseveraciones de verdades empíricas, a enunciados universalmente correctos, por lo que frecuen-

<sup>20</sup> No hay nada en esta concepción que exija que la relación probabilística sea la relación con la probabilidad más alta. La relación probabilística requerida se verifica cuando la probabilidad de la consecuencia es mayor, dada la presencia de la propiedad que dada su ausencia, y esta mayor probabilidad puede existir incluso si la probabilidad se incrementase en mayor medida con la presencia de otras propiedades. Así como es razonable concluir que fumar causa de manera probabilística (o, tal como las compañías tabacaleras lo presentarían, es un indicio de) enfermedades cardíacas, a pesar de que el incremento en la posibilidad de enfermedades cardíacas es mayor para, digamos, la obesidad que para el fumar, así también es razonable identificar la relación de causalidad probabilística entre la calidad de perro y las molestias, aun si la presencia de otros agentes podrían incrementar la probabilidad de molestias en una medida todavía mayor.

temente empleamos generalizaciones que son sólo probabilísticas. Decimos que fumar provoca cáncer, que los perros tienen pulgas, que la comida mexicana es picante y que los escoceses son tercos, sin suponer que al decir esto estamos afirmando verdades universales invariables<sup>21</sup>. Por el contrario, generalizamos de manera probabilística y no inexorable, admitiendo el uso de generalizaciones descriptivas en la medida en que sean estadísticamente justificables<sup>22</sup>. Pero las convenciones del comportamiento lingüístico cotidiano no requieren más que esta relación estadísticamente justificada entre causa y efecto o entre una propiedad y la clase en la cual ella se presenta, y uno no comete un error lingüístico al decir que el vino alemán es dulce, que en Noruega hace frío, que fumar provoca cáncer o que los filósofos son inteligentes. En la medida en que la generalización identificada (vino alemán, Noruega, fumar, filósofo) tenga algún valor predictivo o indicativo en términos de lo que interesa en última instancia (dulzura, frío, cáncer, inteligencia), la generalización es conversacionalmente permisible, aunque algunos vinos alemanes sean secos, en Noruega a veces haga calor, algunos fumadores no contraigan cáncer y algunos filósofos sean necios.

El predicado fáctico de una regla *prescriptiva* es comúnmente sólo una generalización probabilística de este tipo. Ya se trate de “no se admiten perros”, “velocidad máxima 55 millas por hora”, “los menores de veintiún años no podrán consumir bebidas alcohólicas” o “no matarás”, el predicado fáctico de una regla es una generalización probabilística respecto de alguna justificación (habitual aunque no necesariamente implícita). En la medida en que algunos perros no causan molestias, que algunas veces conducir a más de 55 millas por hora no es peligroso, que algunos menores de veintiún años pueden beber alcohol de manera responsable y que algunas muertes podrían ser moralmente justificables, la generalización del predicado fáctico de la regla es *sobreincluyente*. Comprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, *en tanto tipo*, esté relacionado de manera probabilística con la plausibilidad o incidencia de la justificación. El predicado fáctico de una regla posee una relación

<sup>21</sup> A veces se marca esta distinción a través de la diferencia que media entre una regla descriptiva y una *ley* descriptiva. Corrientemente se interpreta a las leyes de la ciencia como necesariamente universales y tanto los científicos como los legos parecen resistirse a utilizar la palabra “ley” a menos que este rasgo de universalidad esté presente.

<sup>22</sup> Digo “estadísticamente justificable” a fin de comprender, tal como se discutió arriba, tanto el caso de la causalidad probabilística directa como el caso de los *indicios* probabilísticamente justificados. “Estadísticamente justificable” se encuentra así vinculado con el sentido de “relevante” en el que una prueba es relevante para la aceptación de una proposición si la verdad de la proposición es más probable dada dicha prueba que sin ella. Esta relación es comúnmente identificada con el uso de las palabras “tender” y “tendencia”. Véase, por ejemplo, QUINTON, *Utilitarian Ethics*: 47-48, y URMSON, «The Interpretation of the Moral Philosophy of J. S. Mill»: 37.



probabilística con el objeto de la regla, pero esa relación deja abierta la posibilidad de que en casos particulares la conexión entre la justificación y la consecuencia esté ausente.

El ejemplo de la regla “no se admiten perros” nos permitió ver no sólo que algunos perros pueden no causar interrupciones molestas, sino también que algunas interrupciones molestas pueden ser causadas por agentes distintos de los perros. El predicado fáctico es, pues, *subincluyente* tanto como *sobreincluyente*. Así como el predicado fáctico puede a veces dar indicios de la presencia de la justificación en casos en que ésta se halla ausente, también puede ocasionalmente no dar indicios de la justificación en casos en que ésta se halla presente. En consecuencia, existe subinclusión cuando reconocemos que algunas personas por *sobre* los veintiún años podrían ser incapaces de beber en forma responsable y que los accidentes de tránsito son a menudo consecuencia de condiciones distintas del exceso de velocidad. Muchas reglas son de este tipo, pues incorporan predicados fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla<sup>23</sup>.

A diferencia de las generalizaciones *sobreincluyentes*, las *subincluyentes* no necesitan ser meramente probabilísticas para ser *subincluyentes*. “Todos los x son y” es compatible con que algunos no-x sean y. Pero, por supuesto, de esto se sigue *a fortiori* que la subinclusión puede existir aun cuando el predicado fáctico de una regla se relacione sólo de manera probabilística con la justificación. La existencia de la relación probabilística entre predicado fáctico y justificación es igualmente compatible con la existencia de casos en los cuales la justificación no es causada ni indicada por la generalización que constituye el predicado fáctico<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Debería remarcar aquí que no hay nada de *malo* en reglas que sean sub o *sobreincluyentes*, y que esos términos no deberían tomarse como indicadores de defectos que deben ser corregidos. En breve podrá apreciarse con claridad que *todas* las reglas son actual o potencialmente sub o *sobreincluyentes*, y a partir del capítulo 5, punto 7, y en gran medida en el capítulo 7, exploraré justamente por qué la toma de decisiones de acuerdo con reglas sub y *sobreincluyentes* es con frecuencia deseable. A diferencia de lo que ocurre con un tomate subdesarrollado, no hay nada inherente o necesariamente malo con una regla *subincluyente*.

<sup>24</sup> En consecuencia, el paralelo entre sub y *sobreinclusividad* es una función de la relación entre generalización y justificación, y no se sostiene como cuestión lingüística o lógica de carácter general. La proposición expresada por “los filósofos son inteligentes”, si se entiende que con ella quiere aludirse a todos los filósofos, resulta falsada por la existencia de un filósofo necio, pero no por la existencia de un carpintero inteligente. Salvo en ciertos contextos especiales, resulta plausible interpretar “filósofos” como “todos los filósofos” pero no como “todos y sólo los filósofos”. Esta falta de paralelismo lógico o lingüístico es potencialmente relevante cuando se piensa en reglas prescriptivas, ya que no es necesario que “no se admiten perros”, como la regla que surge de la preocupación por las molestias a los clientes, deba tratar los casos de perros no molestos y no-perros molestos como equivalentes. O, para presentarlo de una manera algo más técnica, la máxima estadounidense de interpretación jurídica *expressio unius est alterio exclusius* (la expresión de una cosa implica la exclusión de otra) es un punto de

Las reglas dependen, pues, de predicados fácticos que son (habitualmente) generalizaciones probabilísticas y subincluyentes respecto de las justificaciones de la regla<sup>25</sup>. Puesto que las generalizaciones son necesariamente selectivas, las generalizaciones probabilísticas incluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán irrelevantes y todas las generalizaciones, probabilísticas o no, excluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán relevantes. Por lo tanto, en algunos casos, los predicados fácticos volverán operativas características del caso que no sirven a la justificación de la regla y, en otros casos, no reconocerán características del caso cuyo reconocimiento *serviría* a la justificación de la regla.

Por consiguiente, dado que el predicado fáctico de una regla es (actual o potencialmente, como analizaré en la próxima sección) subincluyente o sobreincluyente (o ambas cosas) desde la perspectiva de la justificación de la regla, puede ser que a veces ese predicado fáctico no favorezca la justificación de la regla sino que la obstaculice. Si una regla se aplica incluso cuando su aplicación no sirve a su justificación y si una regla no se aplica incluso cuando su aplicación serviría a esa justificación, ¿es una mala regla? ¿O simplemente la hemos aplicado mal? ¿O es esto sencillamente un rasgo distintivo de las reglas? Volveré sobre estas preguntas después de las necesarias precisiones que introduciré en la sección siguiente.

## 8. LA TEXTURA ABIERTA DE LAS REGLAS

He venido analizando generalizaciones que desde su concepción son probabilísticas o subincluyentes en vez de universales o excluyentes. Cuando se usa descriptivamente a estas generalizaciones imperfectas, el usuario sabe desde el principio que no todos los individuos comprendidos en la generalización son consistentes con ella, o que algunos individuos no comprendidos en ella sí lo son, o ambas cosas a la vez. Cuando se las usa prescriptivamente, estas generalizaciones imprecisas pueden a veces indicar resultados distintos de aquellos que serían indicados por una aplicación directa de la justificación que subyace a la generalización.

---

vista sobre el paralelismo de la sub y sobreinclusión que admite alternativas. Pero todo esto anticipa lo que está por venir, y en esta fase sólo pretendo hacer notar el modo en el que las generalizaciones pueden ser tanto sub como sobreincluyentes cuando la sub y sobreinclusión se mide por y sólo por la justificación de la regla. Que esa medida sea la forma correcta de *interpretar* una regla es una cuestión bien distinta.

<sup>25</sup> Digo "habitualmente" a fin de tomar en consideración que en ocasiones se proyectan reglas con un predicado fáctico que puede parecer *entonces* perfectamente adecuado, ni sub ni sobreincluyente. Incluso en tales casos, sin embargo, un predicado fáctico actualmente universal es potencialmente sólo probabilístico o potencialmente subincluyente. Ésta es la lección que nos enseña la *textura abierta*, que será introducida en el análisis en la sección siguiente.

Esta preocupación por lo probabilístico o lo actualmente subincluyente, no obstante, parece a primera vista ignorar muchas generalizaciones que están construidas con mayor precisión. “Todos los presidentes estadounidenses han sido de género masculino” es verdadero para todos y no sólo para la mayoría de los presidentes estadounidenses y “los diamantes son más duros que la manteca” es verdadero para todo diamante y para todo pan de manteca. Esto contrasta con el enunciado sintácticamente similar “el vino alemán es más dulce que el francés”, que es verdadero sólo para la mayoría y no para todas sus extensiones. También existe una congruencia equivalente a la generalización universalmente verdadera respecto de la subinclusión, como ocurre con “personas de género masculino han sido presidentes estadounidenses”.

Así como es posible una generalización descriptiva que no sea ni sub ni sobreincluyente, también parece que puede haber predicados fácticos igualmente precisos en las reglas prescriptivas. Supóngase que se sabe que todos los seres humanos sufren de una violenta reacción alérgica a los perros, una reacción que no es producida por ningún otro agente que no sea un perro, y que interfiere con la digestión de un modo en el que ninguna otra reacción alérgica lo hace. Ahora bien, si la prevención de *esa* reacción fuese la justificación de la regla “no se admiten perros”, la regla no sería ni sub ni sobreincluyente. Se ajustaría perfectamente a su justificación, prohibiendo todo lo que causase el daño temido y nada que no lo hiciese.

Esta regla “no se admiten perros” parece ser un ejemplo de un tipo de regla —una que no es ni sub ni sobreincluyente— fundamentalmente diferente de los tipos que no se ajustan perfectamente a su justificación, como los que hasta aquí hemos venido considerando. Una mirada más atenta revela, sin embargo, que esta diferencia tiene menos consecuencias de lo que parece. Cuando se concibe a la relación entre la regla y su justificación como universal y excluyente, en vez de probabilística y no excluyente, esta percepción se basa en la conclusión empírica de que todos los perros y únicamente ellos causan este tipo de reacción alérgica en todos los seres humanos. Esta conclusión empírica se basa, sin embargo, en la percepción actual del mundo actual, pero algo en ese mundo podría cambiar mañana, o podríamos mañana descubrir algo previamente desconocido acerca del mundo de hoy. En cualquiera de estos casos, este nuevo conocimiento falsaría la precisión de la regla presupuesta previamente. Una raza de perros hasta ahora no descubierta, por ejemplo, podría no poseer el agente que produce la reacción, o podría encontrarse gente que fuese inmune a las reacciones que anteriormente se creía que afectaban a todos. Por remota que pueda parecer la perspectiva de estos hechos o descubrimientos imprevistos, la posibilidad existe, tanto como existe la posibilidad de excepciones adicionales hoy ni siquiera concebibles. En parte porque

los seres humanos son falibles, en parte porque tienen un conocimiento imperfecto de un futuro cambiante, y en parte porque el mundo mismo es variable, las reglas que se basan en una relación empírica entre generalización y justificación resultan vulnerables frente a descubrimientos o hechos futuros que falsarían lo que antes era considerado una verdad universal o excluyente. Por lo tanto, incluso respecto de las reglas que actualmente parecen no ser ni sub ni sobreincluyentes respecto de sus justificaciones subyacentes resta la posibilidad de que lo sean en el futuro. La más precisa de las reglas es potencialmente imprecisa.

Lo anterior no es más que una mera adaptación del fenómeno de la *textura abierta* identificado por Friedrich WAISMANN<sup>26</sup>. La *textura abierta* es distinta de la vaguedad. Por contraste con la vaguedad actualmente identificable, según WAISMANN, la *textura abierta* es la posibilidad de que incluso el término *menos vago*, el más preciso, se torne vago como consecuencia de nuestro conocimiento imperfecto del mundo y de nuestra capacidad limitada de predecir el futuro. La *textura abierta* es la posibilidad ineliminable de vaguedad, la contingencia inerradicable de que incluso el término aparentemente más preciso pueda, cuando se lo confronta con un caso no previsto al momento en el que el término fue definido, tornarse vago con respecto a ese caso. No importa cuán cuidadosamente persigamos el máximo de precisión en nuestras definiciones y, por lo tanto, en las generalizaciones que esas definiciones reflejan y crean, algún hecho no previsto siempre puede confundirnos. WAISMANN nos pide que reconozcamos que, aunque podamos haber creído que teníamos una definición precisa que

<sup>26</sup> WAISMANN, «Verifiability», *passim*. Para un desarrollo interesante de la idea, véase MARGALIT, «Open Texture», *passim*. HART aplica este concepto a las reglas jurídicas en *The Concept of Law*: 120, 124-132, pero la noción que emplea parece levemente más amplia y en cierto sentido menos provechosa que la concepción original de WAISMANN. HART identifica la *textura abierta* como un rasgo ineliminable del lenguaje y, por ello, de las reglas formuladas lingüísticamente, pero presenta a la *textura abierta* como equivalente a la zona de penumbra que rodea al núcleo de significado (establecido) de la mayoría de los términos. Es verdad que la mayoría de los términos que confrontamos tienen tanto un núcleo de significado claro y una penumbra de incertidumbre, pero algunos términos, sobre la base de nuestro conocimiento *actual*, parecen no tener ninguna genuina penumbra de incertidumbre. Aunque *hoy* no estamos seguros de si una bicicleta es un “vehículo” y si el *bridge* es un “deporte”, no tenemos la misma clase de inseguridad sobre ninguna extensión hoy conocida de la palabra “ornitorrinco”. Podríamos imaginar casos de penumbra incluso para esa palabra, dado que en ciertos contextos podría plantearse la cuestión de si un ornitorrinco muerto o una figura de un ornitorrinco es un “ornitorrinco”. Pero incluso esas posibilidades podrían determinarse por anticipado, aunque podría requerirse para ello de una oración o de un párrafo y no de una única palabra. No obstante, el argumento de WAISMANN es que, incluso después de haber hecho todo esto con nuestra mayor habilidad, previsión e imaginación, nuestra humana falibilidad y nuestro conocimiento imperfecto en torno al futuro pueden *todavía* confundirnos, volviendo vago aquello que previamente habíamos considerado absolutamente preciso. El modo en el que HART asimila lo actualmente conocido con lo actualmente desconocido oscurece una distinción digna de brindar una ayuda sustancial en nuestros esfuerzos por comprender la naturaleza de la toma de decisiones basada en reglas.

cubría todos los casos al establecer que si algo tiene las propiedades a, b, c y d, entonces es un x, y que si algo no posee cada una de esas propiedades entonces no es un x, aun así, al enfrentarnos con algo que tiene, digamos, sólo 2/3 de b, esta contingencia imprevista provoca una vaguedad donde hasta entonces no la había. La textura abierta es esta característica indeleble del lenguaje que es consecuencia de la oposición entre un lenguaje fijo y un mundo continuamente cambiante y desconocido.

La idea de WAISMANN fue captada perfectamente en el ejemplo del jilguero explosivo de J. L. AUSTIN: supóngase que hemos visto un pájaro que desde toda perspectiva era un jilguero —parecía tener todas las propiedades necesarias para ser un jilguero—, pero entonces explotó ante nuestros ojos<sup>27</sup>. “Simplemente no sabríamos que decir”, dice AUSTIN, y no sabríamos que decir porque el hecho de poseer (o no poseer) la capacidad de explotar nunca fue tomado en cuenta por la comunidad lingüística al desarrollar una definición limitada por el conocimiento existente en ella respecto del mundo y de los jilgueros que lo habitaban.

Tanto WAISMANN como AUSTIN se ocupaban de definiciones y, dentro de este ámbito, la opinión de que *todos* los términos poseen textura abierta resulta altamente controvertible. Desde el punto de vista, por ejemplo, de la semántica de mundos posibles, simplemente no es cierto que todos los términos posean textura abierta, y que conserven la posibilidad de resultar indeterminados a la luz de hechos empíricos hoy desconocidos<sup>28</sup>. Pero estas discusiones dentro de la teoría semántica no son especialmente relevantes aquí. Poco y nada en el análisis de las reglas regulativas concierne a si todos los términos son necesariamente de textura abierta, aunque gran parte de dicho análisis concierne a la postura no controvertida que esbozo aquí: que las generalizaciones empíricas, sean ellas de causa efecto o de otro tipo, que hoy consideramos universales o excluyentes, con frecuencia resultarán ser meramente probabilísticas o meramente ejemplificativas. Dejando de lado la verdad de sus afirmaciones más globales acerca del lenguaje, WAISMANN nos enseña que una definición aparentemente universal y de la máxima precisión puede resultar ser algo menos que universal. Esto nos permite advertir que las generalizaciones universales o excluyentes pueden con frecuencia resultar ser de otra índole. Cuando esto ocurre, el fracaso de una generalización previamente universal o excluyente frente a un nuevo conocimiento y el fracaso de una generalización probabilística o no excluyente en casos particulares son similares, pues ambos representan situaciones en las que una generalización ya no es adecuada para el caso en cuestión. Esta falta de adecuación puede

<sup>27</sup> AUSTIN, J. L., «Other Minds»: 88.

<sup>28</sup> Véase CARNAP, *Meaning and Necessity*, *passim*.

ser ocasionada por una generalización de la que previamente se sabía que era sub o sobreincluyente (o ambas cosas), o puede ser ocasionada por el fenómeno de la textura abierta. Cualquiera que sea la causa, no obstante, es precisamente en estos casos en los que se plantean las cuestiones fundamentales respecto de la función de las reglas.

### CAPÍTULO III

## EL ATRINCHERAMIENTO DE LAS GENERALIZACIONES

#### 1. EL MODELO CONVERSACIONAL

Hemos visto que generalizar no es necesariamente universalizar. En la medida en que las generalizaciones sobre *tipos* se basan en verdades que son más probabilísticas que universales —el queso suizo tiene agujeros—, ellas son sub y sobreincluyentes, abarcando casos en los que la generalización falla. Y a pesar de que hay momentos en los que las generalizaciones parecen universales y no probabilísticas, incluso generalizaciones aparentemente universales como éstas están sujetas al fenómeno de la textura abierta, pues queda abierta la posibilidad de que el acontecer de la experiencia revele que ellas no son aplicables en ciertas ocasiones. Cuando eso ocurre, una generalización previamente considerada universal se vuelve equivalente a aquellas que se sabía desde un comienzo que eran meramente probabilísticas.

Además de la generalización probabilística que no es verdadera en este caso y de la generalización universal que se vuelve probabilística cuando su textura abierta se manifiesta, existe asimismo un tercer tipo de “falta de adecuación”. Como las generalizaciones enfatizan de un modo selectivo algunas de las propiedades de un caso individual y suprimen selectivamente otras, los individuos comprendidos por una generalización son similares con respecto a la propiedad generalizadora pero probablemente diferentes en muchos otros aspectos. La totalidad de las posesiones de Herb, incluyendo a Angus, son similares en virtud de que todas son de Herb, pero son potencialmente diferentes en cual-

quier otro sentido. Todos los terriers escoceses, incluyendo a Angus, difieren en muchas de sus propiedades (como, por ejemplo, a quién pertenecen) excepto en la propiedad de ser terriers escoceses. Como los individuos comprendidos por cualquier generalización difieren con respecto a la mayor parte de sus propiedades excepto la generalizadora, la selectividad de la generalización puede producir una falta de adecuación en un caso particular. Algún hecho soslayado por una determinada generalización como irrelevante puede volverse relevante en ciertas circunstancias. En tal caso, algo acerca del *presente* falsa lo que previamente fue establecido como relevante pero, al soslayar ciertos aspectos, la generalización deja fuera de su alcance a la propiedad que ahora parece importante.

Denominaremos *experiencias recalcitrantes* a los tres tipos de generalizaciones inadecuadas: la primera, según la cual una generalización garantizada de manera probabilística es incorrecta en esta ocasión; la segunda, en la que una generalización supuestamente universal resulta no ser universal, y la tercera, en la cual una propiedad soslayada es ahora relevante. Éstos son los sucesos que nos hacen dudar en casos particulares de las generalizaciones que normalmente nos resultan de gran utilidad.

¿Qué ocurre cuando se produce una experiencia recalcitrante? ¿Cómo reaccionamos cuando una generalización estadísticamente justificable pero no universal se enfrenta con una situación en la cual aquélla no se sostiene? ¿A través de qué método nuestra vida lingüística adecua la necesidad de las generalizaciones a la realidad de las experiencias recalcitrantes?

Considérese en primer lugar el acaecimiento de experiencias recalcitrantes en nuestra *conversación*, que se caracteriza por la aptitud de los participantes para adaptarse casi instantáneamente a las confusiones, equívocos y preguntas que surgen en su transcurso. Idealmente, cada participante en una conversación reacciona a las necesidades del otro, y las necesarias imperfecciones y simplificaciones del lenguaje no representan más que impedimentos temporarios en la comprensión y la comunicación. El discurso en el modo conversacional es, en consecuencia, máximamente tolerante con respecto, por ejemplo, al carácter sub y sobreincluyente de aquellas generalizaciones probabilísticamente plausibles que no afirman verdades universales. Cuando en una conversación las circunstancias exigen mayor precisión de la que ofrece cierta generalización, los participantes pueden proporcionar la precisión o refinamiento requerido cómo y cuándo sea necesario. Cuando observo, por ejemplo, que conducir a más de 55 millas por hora es peligroso, nada me impide adicionar ciertas precisiones si la naturaleza de la conversación lo exige. Puedo añadir que conducir a más de 55 millas por hora no es peligroso bajo condiciones ideales, que ciertos conductores particularmente diestros pueden conducir sin peligro a



más de 55 millas por hora o que algunas veces es necesario conducir a mayor velocidad aun cuando sea peligroso hacerlo. Si resulta apropiado, también puedo afirmar que, bajo ciertas condiciones, conducir a una velocidad incluso inferior a 55 millas por hora puede todavía constituir una velocidad demasiado peligrosa o que otros aspectos de la conducción de vehículos más allá de los excesos de velocidad pueden ser igualmente peligrosos.

El modo conversacional de la comunicación, con su plasticidad de concesiones recíprocas, posee por ello tolerancia para las simplificaciones. Esta tolerancia es producto del modo en el que, en el marco de una conversación, pueden suponerse a partir del contexto ciertas precisiones implícitas (“no quiero decir que *todo* el que conduzca a más de 55 millas por hora esté en peligro”), o pueden incorporárselas cuando las circunstancias lo exijan. En ambos casos, no obstante, sea que se las suponga o incorpore, esas precisiones ocupan el área de sub y sobreinclusividad de una generalización. Es precisamente en la diferencia que media entre “la mayor parte” y “todos”, o entre “éstos” y “solamente éstos”, que la ductilidad de una generalización exige un suplemento contextual, por muy útil que una generalización semejante pueda resultar. La belleza singular de la conversación —cuando su funcionamiento es óptimo— consiste en su aptitud para suministrar las adiciones necesarias. De esta manera, en la conversación pueden simultáneamente emplearse generalizaciones no universales y, a la vez, evitarse las confusiones que provienen de considerar a esas generalizaciones ya sea como universales o como excluyentes.

Considérese el famoso ejemplo de WITTGENSTEIN: «Alguien me dice: “Enséñale a los niños un juego”. Yo les enseño a jugar a los dados y se me dice: “Yo no me refería a ese tipo de juego”»<sup>1</sup>. El interlocutor de WITTGENSTEIN ha utilizado una generalización —“juego”— que en esas circunstancias resulta sobreincluyente. Su extensión incluye ciertos casos —por ejemplo, jugar a los dados— que no se encuentran comprendidos dentro del alcance del propósito del interlocutor<sup>2</sup>. Aunque el interlocutor de WITTGENSTEIN presumiblemente se hallaba en otro lugar cuando la enseñanza del juego de dados se desarrollaba, malentendidos semejantes resultan con frecuencia remediados en la conversación. De hecho, eso es lo que parece haber sucedido en este ejemplo (aunque tal vez demasiado tarde), ya que el inter-

<sup>1</sup> WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, párrafo 70. No pretendo que mi uso de este ejemplo sea fiel al proyecto de WITTGENSTEIN. Véase BAKER y HACKER, *Wittgenstein: Understanding and Meaning*: 356-357.

<sup>2</sup> Nótese que la fuerza del ejemplo reside precisamente en el hecho de que jugar a los dados es una instancia de “juego” en el lenguaje ordinario. Para quienes se sientan tentados a concluir que el ejemplo demuestra que jugar a los dados en las circunstancias indicadas no es una instancia de juego, considérese lo insustancial de la siguiente variante: “Enséñale a los niños un pulpo”. Yo les enseño a jugar a los dados. “No quise decir esa clase de pulpo”.

locutor intentó corregir la sobreinclusividad observando que ciertas actividades comprendidas en la extensión de su instrucción no estaban, sin embargo, comprendidas en sus intenciones.

Si al hablar se nos exigiese incorporar todas las precisiones concebibles en cada momento, la conversación sería imposible. Una conversación se desarrolla con la facilidad que damos por sentada sólo porque sus participantes continuamente simplifican, abrevian y despliegan generalizaciones sub y sobreincluyentes<sup>3</sup>. Los participantes en una conversación pueden hacer esto porque tienen a su disposición los medios para remediar los efectos colaterales negativos de esa forma de hablar lógicamente dúctil. Lo que marca el carácter singular de la conversación, esto es, su plasticidad contextual, consiste precisamente en la aptitud para formular aclaraciones cuando —pero sólo cuando— ello resulta necesario.

La plasticidad de la conversación permite también lidiar con el fenómeno de la textura abierta. Considérese nuevamente el ejemplo del jilguero explosivo de AUSTIN. Quizás en un principio “no sabemos qué decir”, pero eso no nos compelería a permanecer callados frente a las especies recientemente descubiertas. Podríamos decir: «Ése es un jilguero explosivo. Debe haber dos clases de jilgueros, los explosivos y los no explosivos, y en el futuro deberíamos especificar a qué clase nos referimos». O, en lugar de lo anterior: «Ése es un jilguero en todo sentido excepto porque explota y, por lo tanto, necesitamos un nuevo nombre para él. Llamémoslo “explojilguero”». Y así sucesivamente. La cuestión es que nuestro lenguaje puede cambiar y de hecho cambia para adaptarse justamente a este tipo de observaciones no previstas. Nos quedamos sin habla, pero no por mucho tiempo<sup>4</sup>.

Finalmente, el modo conversacional es potencialmente sensible también a los problemas creados por la tercera variedad de experiencia recalitrante, esto es, aquellas supresiones que resultan ser equivocadas debido a la selectividad de la generalización. Si algún hecho relativo a un individuo, como el que Angus sea de propiedad de Herb, es soslayado al referirse a ese individuo como un “terrier escocés”, perma-

<sup>3</sup> Tal como se advirtió en el capítulo 2, no sostengo que la sub y sobreinclusión sean semánticamente equivalentes. Una generalización sobreincluyente es falsa con respecto a algunas de sus extensiones, pero una generalización subincluyente no es literalmente falsa con respecto a ninguna de sus extensiones. Puede incluso ocurrir, sin embargo, que en ciertos contextos decir *p* implique *solamente p*. En tales casos un hablante debe recurrir a especificaciones o precisiones conversacionales si desea evitar esa implicación.

<sup>4</sup> El propio AUSTIN reconocía esto. «Lo que el futuro siempre *puede* hacer es hacernos *revisar nuestras ideas* acerca de los jilgueros o los verdaderos jilgueros o lo que sea», AUSTIN, J. L., «Other Minds»: 89. Igualmente, cuando los científicos postulan una ley y luego, a través de observación o experimentación adicional descubren excepciones a esa ley, ella es entonces modificada para dar cuenta de los nuevos datos. La ley, tanto como la forma en la que se la enuncia, son así susceptibles de modificación continua a fin de reflejar adecuadamente el mundo, y el estilo del discurso científico tolera e incluso estimula esa reformulación continua.

nece no obstante disponible y puede ser recuperado si las circunstancias lo requieren. Si alguien pregunta: "Pero ¿de quién es este terrier escocés?", es posible responder "De Herb". De manera similar, los hechos destacados por una generalización pueden ser ignorados sustituyéndola por otras generalizaciones. Las generalizaciones hacen posible la conversación, pero la conversación hace posible que las generalizaciones sean herramientas para la comprensión más que obstáculos en su camino.

## 2. EL MODELO ATRINCHERADO

El modelo conversacional acentúa la adaptabilidad inherente en cualquier contexto en el que los usuarios del lenguaje de modo continuo aclaran, explican y enriquecen lo que dicen a fin de adaptarse a fallos en la comprensión, cambios en el mundo, o a cambios en su percepción de ese mundo. Las experiencias recalcitrantes, es decir, aquellas ocasiones en las cuales las generalizaciones sobre el pasado se revelan inadecuadas para las necesidades del presente, constituyen los hechos que desencadenan las adaptaciones que representan la característica primaria de un modelo conversacional puro.

Por muy atractivo que pueda ser el modelo conversacional como ideal, es difícil que constituya una versión cabalmente precisa de la realidad de la vida lingüística. En lugar de resultar continuamente maleables al servicio de circunstancias cambiantes, las generalizaciones se vuelven *atrincheradas* y el atrincheramiento de generalizaciones pasadas obstaculiza la posibilidad de un lenguaje infinitamente sensible y adaptable.

El atrincheramiento de las generalizaciones, que limita así la adaptabilidad y precisión del lenguaje, es en gran medida un fenómeno psicológico. Considérese, para tomar un ejemplo bastante remanido pero todavía útil, las numerosas palabras que existen en el lenguaje esquimal para referirse a diferentes tipos de nieve. Una vez que aprendemos de los esquimales y de su lenguaje (o de cualquier otra parte) que *existen* diversas especies de nieve, reconocemos que nuestra palabra "nieve", aplicable por igual a todas las clases de nieve, es una generalización que unifica distintos tipos de nieve y soslaya diferencias entre ellos. *Podríamos* desde luego cerciorarnos de haber especificado siempre, en los casos relevantes, las propiedades de la nieve que resulten distintas de aquellas que son necesarias para que la nieve sea tal<sup>5</sup>. Pero nuestras mentes raramente operan de un modo tan sutil. La gene-

<sup>5</sup> El argumento en el texto no depende de la aptitud de un término para ser definido mediante la referencia a propiedades esenciales. Incluso si "juego" es un término aplicable a un espectro de casos que no poseen ninguna esencia en común, sino que sólo media entre ellos un parecido de familia (WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, pág. 66), referirse al

ralización “nieve” hará comúnmente más difícil, aunque no imposible, pensar y hablar sobre la heterogeneidad de la nieve de lo que lo hubiera sido si la generalización “nieve” no estuviera tan atrincherada en nuestro lenguaje y en nuestro aparato conceptual. Los individuos que resultan suprimidos por generalizaciones psicológica y conceptualmente atrincheradas son susceptibles en la práctica de ser mucho menos asequibles que lo que el modelo conversacional puro supone. El atrincheramiento hace que las propiedades soslayadas por una generalización resulten menos aptas para ser recuperadas cuando se lo necesita, y las generalizaciones atrincheradas moldean de tal modo nuestra imaginación y captación que los recursos de nuestro intelecto que podrían concentrarse en propiedades diferentes se vuelven comparativamente inaccesibles.

La importancia del fenómeno del atrincheramiento se acrecienta cuando advertimos que la mayoría de las generalizaciones poseen final abierto. *Es* lógicamente posible generalizar con relación a un conjunto cerrado y conocido de individuos. “Todos los presidentes estadounidenses del siglo XIX fueron hombres”. “Las calles de Londres necesitan reparación”. “James Mill tuvo hijos inteligentes”. Aun así, generalizar sobre un conjunto de individuos temporal y espacialmente abierto resulta igualmente posible desde un punto de vista lógico y mucho más corriente. El término “terrier escocés” se aplica a los terriers escoceses futuros tanto como a los presentes; suponemos que las leyes de gravedad se aplicarán a las pelotas que arrojaremos en el futuro al igual que a las que hemos arrojado en el pasado y “los Alpes, por regla, están nevados en mayo” es un enunciado que se aplica tanto al próximo mes de mayo como al pasado.

Así, las generalizaciones comúnmente parten de lo que en su origen se consideraron similitudes relevantes y las proyectan en tiempo y espacio más allá de los individuos que sirvieron como arquetipo para la construcción de la generalización. A la inversa, las mismas generalizaciones soslayan diferencias potencialmente relevantes, proyectando también estas supresiones. En la medida en que las generalizaciones se vuelven atrincheradas, las inclusiones de las generalizaciones anteriores tornan más sencillo dar cuenta del futuro cuando éste es similar al pasado, pero las supresiones de las generalizaciones anteriores impiden dar cuenta del futuro cuando éste se aleja de nuestras expectativas previas.

---

solitario como un “juego” *simpliciter* soslaya su cualidad singular, del mismo modo que referirse al fútbol americano como un “juego” soslaya su violencia y llamar “juego” al *cricket* soslaya su complejidad. Lo que distingue a los términos que indican un parecido de familia (si es que realmente hay términos con tales características) es que nada *distinto* del término puede abarcar a sus diversas instancias, pero eso no significa que tales instancias no sean abarcables ni que el proceso de abarcarlas no soslayará diferencias entre los casos comprendidos.

### 3. EL ATRINCHERAMIENTO DE LAS GENERALIZACIONES PRESCRIPTIVAS

Disponemos ya de los fundamentos para trazar una distinción entre el modelo conversacional y el modelo atrincherado de las descripciones. En el modelo conversacional, las generalizaciones del pasado constituyen un método de síntesis útil y con frecuencia necesario que suministra una forma de organizar las complejidades de la existencia a la luz de las limitaciones del tiempo y del espacio mental. Sin embargo, bajo un modelo conversacional, estas generalizaciones resultan adaptables de manera continua a las necesidades del momento. En la medida en que las generalizaciones del pasado son probabilísticas e inaplicables al caso bajo análisis, o son universales pero resultan falsadas por cierto estado de cosas no previsto con anterioridad, o soslayan propiedades hoy relevantes, el modelo conversacional permite al hablante adaptarse a cualquiera de los tres tipos de experiencias recalcitrantes al tiempo de su acaecimiento.

En el modelo atrincherado, no obstante, ciertas posibilidades descriptivas que pueden existir en teoría resultan bloqueadas en la práctica por el modo en el que las generalizaciones existentes encauzan la comprensión y la observación hacia ciertas direcciones y las apartan de otras. Las generalizaciones canalizan nuestras percepciones y tornan difícil sortear los cauces de nuestro esquema conceptual preexistente. En la medida en que las generalizaciones disponibles resultan atrincheradas, ciertas opciones descriptivas nunca serán vistas, otras serán sustancialmente más difíciles de expresar y otras incluso se volverán menos comprensibles de lo que lo habrían sido si ciertas generalizaciones no hubiesen estado atrincheradas. El observador del jilguero explosivo de AUSTIN se queda sin habla básicamente porque apartarse de las categorías, definiciones y generalizaciones existentes frente a nuevas experiencias es sustancialmente más difícil de lo que supone el modelo conversacional puro.

La distinción entre los modelos conversacional y atrincherado es plenamente aplicable a las generalizaciones prescriptivas. Dado que todos los predicados fácticos son generalizaciones, las reglas aparecen o pueden ser reconstruidas en esquemas del tipo "todos los  $x$  deben (no deben) (pueden)  $\phi$ ". Para una regla prescriptiva —que prescribe más para lo que aún está por ocurrir que para lo que ya ha ocurrido— la generalización "todos los  $x$ " se proyecta hacia un futuro desconocido. No obstante, cuando la generalización de ayer se traslada al mañana pueden producirse cualquiera de las tres experiencias recalcitrantes identificadas más arriba. En primer lugar, la regla "todos los  $x$  deben  $\phi$ " puede basarse en la conclusión probabilística de que *la mayoría de los  $x$  deberían  $\phi$* . Cuando esta conclusión probabilística se consolida

dando lugar a la *regla* “todos los  $x$  deben  $\phi$ ”, deja todavía abierta la posibilidad de que el caso bajo examen sea uno de aquellos en los que un cierto  $x$  no debería  $\phi$ <sup>6</sup>. En segundo lugar, aunque podría haberse pensado al momento de crear la regla que todos los  $x$  debían  $\phi$ , podría ahora materializarse alguna variedad nueva e inesperada de  $x$  tal que para esta especie de  $x$  parezca que  $x$  no debería  $\phi$ , aunque esto no valga para ninguno de los  $x$  considerados previamente. Finalmente, podría presentarse una situación en la que alguna característica de un cierto  $x$ , soslayada por la generalización “todos los  $x$ ”, sea ahora relevante para determinar si este cierto  $x$  debe o no  $\phi$ .

Supóngase que se produce una experiencia recalcitrante en un modo prescriptivo semejante al modelo conversacional. En tal caso, cuando la experiencia recalcitrante se manifieste, la generalización que constituye el predicado fáctico de la regla prescriptiva se verá modificada para dar cuenta del problema. La presencia del  $x$  “minoritario” —en el caso de la generalización probabilística—, o la presencia de un  $x$  inesperadamente diferente —en el caso de la textura abierta—, o de una propiedad ajena a los  $x$  hoy relevante respecto de un  $x$  particular —en el caso de la supresión de propiedades potencialmente relevantes—, constituirán cada una de ellas una ocasión para *modificar* la generalización. A menudo se dice, en cambio, que se ha creado una *excepción* a la generalización previa en el momento en el que ésta se tornó problemática, generando efectivamente una nueva y más estrecha generalización<sup>7</sup>. Sea que esto se describa como una modificación o como una excepción, el efecto de tratar a las generalizaciones prescriptivas como se hace en el modelo conversacional es el mismo. La existencia de la generalización previa, en tanto generalización, no cons-

<sup>6</sup> O, a la inversa, éste podría ser un caso de subinclusión en el cual cierto  $x$  no *debe*  $\phi$ . Aunque esto varía de acuerdo con las convenciones de interpretación que rijan, una regla que exija a  $x$  hacer  $\phi$  es más susceptible de ser interpretada como “solamente  $x$  debe  $\phi$ ” de lo que un enunciado que establece que  $x$   $\phi$  es susceptible de ser interpretado como “solamente  $x$   $\phi$ ”.

<sup>7</sup> Aunque no se trata en este punto de algo crucial respecto del argumento en el texto, el modo en el que deliberadamente minimizo el fenómeno de las *excepciones* merece ser ampliado. Resto importancia a la idea de las excepciones porque una regla con excepciones es sin duda todavía una regla. La diferencia entre una regla sujeta a una excepción y una regla que opera del mismo modo pero sin nada que parezca una excepción es a menudo simplemente el producto de un accidente lingüístico. “No se admiten perros excepto lazarillos” parece distinto de “No cometerás adulterio” sólo porque hay una palabra —“adulterio”— para el intercambio-sexual-excepto-con-la-propia-esposa, pero no hay ninguna palabra para los perros-excepto-lazarillos. De manera que la diferencia entre una regla con excepciones y una regla simplemente más restringida es semántica y no estructural, y no hay ninguna diferencia de importancia entre modificar una regla e introducir una excepción. La diferencia que *sí* importa es la que media entre una modificación (o excepción) que se aplica sólo a los casos futuros y aquella que se aplica al propio caso que la originó. Como podrá verse con mayor claridad a medida que se desarrolle el argumento, esta diferencia resulta crucial para distinguir la toma de decisiones basada en reglas de otras formas de toma de decisiones no tan constrictivas.

tituye una barrera a lo que ahora debe *hacerse*, como tampoco la existencia de una generalización previa constituía una barrera en el modelo conversacional a lo que queríamos ahora *decir*.

Pero ahora confróntese este modelo conversacional maleable de reglas prescriptivas con un modelo atrincherado. En un modelo atrincherado de reglas prescriptivas, el acaecimiento de una experiencia recalcitrante, aunque entre en conflicto con la generalización previa en cualquiera de las formas precedentes, no nos conduce a reformular la generalización. Una generalización atrincherada, incluso de cara a una experiencia recalcitrante, gobernaría no obstante la decisión en tanto generalización<sup>8</sup>. El atrincheramiento provocaría que la experiencia recalcitrante fuese resuelta en favor del resultado indicado por la generalización y no en favor del resultado contrario, que parece más apropiado para el caso bajo análisis.

Considérese el efecto del atrincheramiento en cada tipo de experiencia recalcitrante. Para la primera de las tres clases, esto es, la generalización probabilística, la consecuencia es la conversión de una probabilidad en un universal. “Todos los  $x$  deben  $\phi$ ” constituiría la prescripción atrincherada aun cuando sólo la mayoría de los  $x$  debiera  $\phi$ . De presentarse uno de los  $x$  que no debería  $\phi$  en el modelo conversacional de generalización prescriptiva, el predicado fáctico “todos los  $x$ ” se vería modificado, dando lugar a un predicado fáctico revisado que indicaría que no se requiere que *este*  $x$  haga  $\phi$ . Pero en el modelo atrincherado, la opción de revisión y refinamiento del predicado fáctico al momento de su aplicación no está disponible. Cuando el atrincheramiento prevalece, “todos los  $x$ ” significa *todos los*  $x$ , y así, si aparece un  $x$ , éste debe  $\phi$  aun cuando no debería  $\phi$  si el predicado fáctico de la regla no fuese una generalización atrincherada<sup>9</sup>.

Con relación al segundo tipo de experiencia recalcitrante, esto es, el caso de la textura abierta, la regla “todos los  $x$  deben  $\phi$ ” puede

<sup>8</sup> Mi referencia a “gobernar” en el texto no debería ser tomada demasiado literalmente. Sólo cierta sutileza estilística se perdería si se la sustituyera, como se explicó en el capítulo 1, punto 2, con algo parecido a “brindar una razón en oposición a” o alguna otra formulación de efecto no concluyente.

<sup>9</sup> «Parece, entonces, que con respecto a cualquier regla *generalmente* útil, podemos afirmar que ella *siempre* debería ser observada, no sobre la base de que en *cada* caso particular resultará útil, sino sobre la base de que en *cualquier* caso particular, la probabilidad de que lo sea es mayor que la probabilidad de que decidamos correctamente que tenemos frente a nosotros un caso en el que resulta inútil. En síntesis, aunque podemos estar seguros de que hay casos en los que la regla debería ser quebrantada, nunca podemos saber cuáles son esos casos y, en consecuencia, no debemos quebrantarla nunca». MOORE, G. E., *Principia Ethica*: 162 (sect. 99). URMSON, a mi modo de ver correctamente, considera que este párrafo pone en tela de juicio la interpretación estándar de MOORE como un utilitarista de actos puro: «Moore's “Utilitarianism”», *passim*.

haber sido pensada como una prescripción universal, promulgada en la creencia de que todos los  $x$  hasta entonces conocidos o considerados deberían  $\phi$ . Pero ahora se descubre alguna nueva clase de  $x$  tal que no creemos que deba  $\phi$ , y que, de haberse sabido de ella al tiempo de decir "todos los  $x$  deben  $\phi$ ", habría conducido a una regla diferente, una cuyo predicado fáctico no comprendiera esta clase de  $x$ . En el modelo conversacional, la regla sería ahora modificada para excluir a este  $x$ , pero en el modelo atrincherado, el hecho de que hoy hayamos descubierto un  $x$  que no deba  $\phi$  resulta insuficiente para superar la generalización atrincherada, siendo el resultado que todos los  $x$ , incluso este  $x$ , deben  $\phi$ .

Finalmente, el  $x$  ahora ante nosotros puede también ser un  $y$ , y la calidad de  $y$  del  $x$ , soslayada por la generalización "todos los  $x$ ", podría ahora resultar relevante a fin de determinar si este  $x$  debe  $\phi$ . En el modelo conversacional, la supresión de la propiedad  $y$  es derrotable, y puede sacársela a la luz para que gobierne la decisión cuándo y cómo sea necesario. Pero en el modelo atrincherado, la calidad de  $y$  del  $x$  permanece soslayada, y el atrincheramiento de la generalización "todos los  $x$ ", con su consecuente supresión de  $y$ , hace que tal generalización gobierne la decisión incluso en aquellos casos en los que  $y$  parezca importante<sup>10</sup>.

#### 4. LAS REGLAS COMO GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS

Al extender el contraste entre los modelos conversacional y atrincherado de la descripción a la prescripción, puede apreciarse una dualidad en las posturas prescriptivas que admite ser ilustrada a través de un ejemplo concreto que servirá para embellecer un poco lo abstracto y simbólico de la discusión previa. Considérese de nuevo una regla como "no se admiten perros" colocada en la puerta de un res-

<sup>10</sup> Como puede ahora verse con claridad, este tercer tipo de experiencia recalcitrante es parasitario de los dos primeros. Podemos imaginar circunstancias en las cuales el creador de la regla sabe que está soslayando alguna propiedad ocasionalmente relevante, pero desea hacerlo de todos modos por razones semejantes a las que justifican el uso de generalizaciones probabilísticas, y también podemos imaginar circunstancias en las cuales el creador de la regla tiene la intención de soslayar sólo las propiedades no relevantes, pero ocurre, a semejanza esta vez del fenómeno de la textura abierta, que lo que siempre había sido considerado irrelevante es en este caso relevante. Como la supresión de lo relevante puede así dividirse en casos de no universalidad predeterminada y casos de textura abierta, la estructura de las experiencias recalcitrantes es quizás menos compleja de lo que se presenta en el texto cuando se la considera con relación a las generalizaciones prescriptivas. De cualquier modo, el tercer caso, que supone soslayar una propiedad que ahora se presenta como relevante, parece ser a menudo fenomenológicamente distinguible de los dos primeros, y se pierde poco presentando una estructura de las experiencias recalcitrantes que quizás sea ligeramente más compleja de lo necesario.



taurante. El predicado fáctico de la regla comprende a *todos* los perros, no solamente a aquellos cuyas acciones podrían acarrear la consecuencia que dio origen al dictado de la regla. La regla parece así literalmente vedar el ingreso al restaurante a todo perro, sin consideración de su tamaño, forma, raza o comportamiento. Veda el ingreso a los perros educados tanto como a los molestos, a los limpios como a los sucios y a los sanos tanto como a los enfermos. Más aún, el predicado fáctico incluye —y, consecuentemente, la regla prohíbe (o al menos en virtud de sus términos parece prohibir)— a los lazarillos, a los perros de policía en búsqueda de drogas ilegales o del rastro de un sospechoso, y a los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra<sup>11</sup>. Y si bien existen buenas razones para escindir de la aplicación de la regla a cada una de estas variedades de perros así como a muchas otras, la generalización de la regla es indiscriminada y comprende el universo íntegro de los perros, sean malos o buenos, fastidiosos o serviciales, molestos u obedientes.

El predicado fáctico de la regla “no se admiten perros” parece así soslayar un sinnúmero de diferencias fácticas potencialmente relevantes entre diversos tipos de perros. Tal como hemos descubierto más arriba, la relevancia resulta determinada por la justificación de la regla, pero esta regla soslaya diferencias que su justificación reconocería. Supóngase nuevamente que la regla se justifica sobre la base de la conclusión probabilística de que muchos perros tienen mala conducta, creando por ello disturbios que molestan a los restantes clientes del restaurante. Siendo la justificación de la regla el evitar molestias a los clientes, la regla resultante se funda en una generalización probabilística —poseer la propiedad de ser perro indica de manera probabilística la propiedad de ser molesto—. De todos modos, la regla originada en esta generalización probabilística —“no se admiten perros”— es sobreincluyente, dado que prohíbe el ingreso de *todos* los perros. La regla prohíbe el ingreso de lazarillos, los cuales (además de ser de utilidad) están especialmente entrenados para ser particularmente educados, quizás más educados que muchos niños y que ciertos adultos. Por otra parte, la regla “no se admiten perros” veda el ingreso tanto a los perros de policía en búsqueda de criminales como a los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra, aunque en cada uno de estos casos cierta propiedad de esos perros parezca relevante para determinar si deberían ser excluidos<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Incluyo el paréntesis en el texto para adelantarme a la preocupación de quienes consideren que he confundido el significado de una regla con el significado de sus términos. De hecho *tengo* la intención de confundir ambas cosas, pero ése será el resultado de los argumentos a desarrollar en éste y en los tres capítulos siguientes y no puede ser una simple afirmación aquí.

<sup>12</sup> Hay cierto sentido en el que estos dos últimos ejemplos (los perros de policía y los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra) parecen en principio diferentes del ejemplo de los lazarillos, pero las semejanzas son, tal como lo sostengo en la nota número 13,

Si se interpretara a la regla “no se admiten perros” de conformidad con el modelo conversacional, la aparición de un lazarillo, de un perro de policía o de los perros galeses de la Reina de Inglaterra en la puerta del restaurante provocaría una adaptación de la regla sobreincluyente *en ese acto*. Como todos estos hechos constituyen situaciones en las que la generalización de la regla no sirve a su justificación, si se concibe a la regla según el modo conversacional, ella debería ser adaptada al momento de producirse cualquiera de esos casos, al momento en el que la experiencia recalcitrante se volviese manifiesta. Y si la regla, concebida conversacionalmente, debiera ser modificada, clarificada o refinada al surgir una experiencia recalcitrante, sus aplicaciones nunca tendrían que discrepar con la justificación de la regla. El carácter sobreincluyente no sería más que un impedimento temporario, susceptible de corrección con respecto al propio caso en el que esa sobreinclusividad parezca problemática.

En el modelo atrincherado, no obstante, la generalización preexistente sería tratada precisamente así, de manera atrincherada. La generalización gobernaría la decisión de acuerdo con sus términos *aun en aquellos casos en los que esa generalización no sirviera a su justificación subyacente*. El ingreso de lazarillos, que indudablemente son perros, estaría prohibido siempre que el predicado fáctico —“perros”— se entendiera como atrincherado, a pesar de que no sea ése el resultado que generaría una aplicación directa de la justificación que subyace a la regla. Si tuviésemos que aplicar a este caso de manera directa la justificación “evítense las molestias a los clientes”, el lazarillo sería admitido en el restaurante en lugar de ser excluido. Del mismo modo, en un modelo atrincherado, los perros de policía y los perros galeses de la Reina de Inglaterra también serían excluidos, a pesar de que, una vez más, la aplicación directa de la justificación que origina y en la cual se basa la regla produciría un resultado diferente<sup>13</sup>.

---

más significativas que las diferencias. Para quienes se sientan dispuestos a cuestionar los ejemplos mismos, considérese un cliente entrando al restaurante con un pequeño perro escondido en una caja sellada y a prueba de sonido que contiene en su interior una provisión de alimentos, agua y aire suficientes para mantenerlo vivo y saludable, aunque desde afuera parece menos probable que la caja con el perro provoque molestias que un maletín o un libro de bolsillo.

<sup>13</sup> Las situaciones que involucran a los perros de policía y a los perros galeses de la Reina de Inglaterra son, en realidad, algo más complicadas. Los perros de policía y los perros galeses de la Reina de Inglaterra podrían ser indóciles y, consecuentemente, podrían molestar a los clientes del restaurante, a pesar de la existencia de *otras* razones en virtud de las cuales no deberíamos excluir ni a unos ni a otros del restaurante si tuviésemos que tomar una decisión completamente particularizada. De manera que la razón para no aplicar la regla puede ser externa tanto con respecto a la regla como con respecto a su justificación, en el sentido de que la prohibición *serviría* a la justificación de la regla incluso en el caso de que ello pudiera frustrar alguna otra justificación que fuese también importante para quien toma la decisión. No obstante, la justificación que subyace a la regla “no se admiten perros” podría ser más compleja que simplemente el evitar molestias a los clientes. Una justificación más compleja, que incorporase no sólo la finalidad de evitar las molestias a los clientes, sino también la finalidad

Los lazarillos, los perros de policía y los perros galeses de la Reina de Inglaterra representan casos de sobreinclusión, pero el atrincheramiento tiene consecuencias similares respecto de la subinclusión. Supóngase que alguien deseara entrar al restaurante con su oso. Si el predicado fáctico de la regla fuese tomado como atrincherado, los osos, al no ser perros y, por ende, no estar comprendidos dentro de ese predicado, no serían excluidos del restaurante (o al menos no serían excluidos en virtud de esta regla). La no exclusión de los osos, sin embargo, no sería con toda claridad el resultado indicado por la aplicación directa de la justificación que subyace a la regla. A diferencia del resultado generado por la regla que comprende sólo a los perros, el generado por la aplicación directa de la justificación "evitar molestias a los clientes" excluiría también a los osos, suponiendo que la probabilidad de indisciplina y las consecuentes molestias fuese al menos tan alta respecto de un oso como lo es respecto de un perro.

Podemos apreciar ahora por qué a menudo se describe a las reglas como sub y sobreincluyentes con respecto a las justificaciones que les dan origen<sup>14</sup>. Cuando la generalización que es parte necesaria de una regla resulta atrincherada, ella comprenderá (actual o potencialmente) individuos no comprendidos por la aplicación directa de la justificación que subyace a la regla, y no comprenderá individuos que sí estarían comprendidos por la aplicación directa de las justificaciones de la regla.

Es importante resaltar que esta sub y sobreinclusividad es, en gran medida, ineliminable; es el producto del atrincheramiento y no simplemente de cuán específica o cuán general pueda ser una regla. Advertido de la existencia de lazarillos, perros de policía y perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra, el propietario de nuestro restaurante podría entonces optar por modificar la regla de modo tal que no prohíba el ingreso de *todos* los perros, sino sólo de aquellos perros distintos de los comprendidos en las categorías recientemente mencionadas. "No se admiten perros-excepto-perros-lazarillos-perros-de-policía-y-perros-que-acompañan-a-la-Reina-de-Inglaterra". La regla es ahora diferente, aunque la categoría resultante luego de incorporar las excepciones sigue siendo una generalización y permanece tan sujeta a experiencias recalitrantes como cualquier otra. El pre-

---

de colaborar con la policía y demostrar respeto a la Reina de Inglaterra, podría justificar, por caso, la prohibición del ingreso al restaurante solamente de aquellos perros molestos que no cumplieran ninguna función pública de utilidad. Siendo ello así, todos mis ejemplos —al igual que incluso uno más simple en el que supiéramos que un cierto perro no resultó tener mala conducta— ilustrarían igualmente el modo en el que un individuo seleccionado por la generalización de la regla puede resultar ser uno que no habría sido seleccionado de haberse aplicado directamente la justificación (simple o compleja) subyacente de la regla.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*: 410, 446-448. «Pero las reglas logran claridad, certeza y determinación al precio de incluir ya sea más o menos casos en las categorías jurídicas definidas por las reglas de lo que el fundamento subyacente de la regla exige» (p. 447).

dicado fáctico de la regla modificada es una generalización acerca de todos los perros que no son lazarillos, ni perros de policía, ni los que acompañan a la Reina de Inglaterra, y *esa* generalización soslaya ciertas características de determinados perros en la nueva y más limitada categoría. Por ejemplo, el ahora restringido predicado fáctico excluye considerar si un cierto perro, que no sea lazarillo, ni de policía, ni de los que acompañan a la Reina de Inglaterra, tiene buen comportamiento y, en consecuencia, no es potencialmente molesto para los clientes. E incluso si el predicado fáctico fuese todavía más preciso y comprendiese a cada agente que fuera entonces considerado molesto y a ninguno que no lo fuera, el fenómeno de la textura abierta subsistiría, dejando abierta la posibilidad de que incluso una regla confeccionada de un modo preciso resulte ser sub o sobreincluyente con respecto a su justificación subyacente<sup>15</sup>.

Estamos, finalmente, en condiciones de distinguir dos modelos de toma de decisión. Aunque en muchos casos los dos modelos permitirán derivar decisiones idénticas, su diferencia emerge justamente en el momento en el que se presenta una experiencia recalcitrante. Cuando una regla aplicable no produce el resultado correcto (desde el punto de vista de su justificación), los dos modelos de toma de decisión difieren. En uno de los modelos, quien ha de tomar la decisión trata la generalización preexistente de una regla como si surgiera en una conversación, modificándola toda vez que no resulte fiel a su justificación subyacente. La generalización existente opera meramente como el indicador derrotable de una realidad más profunda. Resulta más transparente que opaca, y se espera que un decisor que opera de esta forma vea algo más profundo a través de esa generalización transparente cuando se presentan las experiencias recalcitrantes<sup>16</sup>. Desde este punto de vista, la generalización articulada —“perros”— es únicamente un indicador, pero cuando éste no señala aquello que sabemos constituye el resultado correcto a través de una consulta directa de la justificación,

<sup>15</sup> Algunas reglas, sin embargo, garantizan una máxima precisión frente a sus justificaciones al ser formuladas exactamente en los términos de sus justificaciones, como, por ejemplo, una regla que prohíba el ingreso a “todos los individuos molestos”. Una regla tal, que deja al descubierto su justificación, sí elimina la posibilidad de la sub y sobreinclusión con respecto a su justificación porque la regla esencialmente *es* la justificación. De todos modos, todavía podría aparecer algún agente molesto que pusiera en tela de juicio la categórica exclusión de todo agente molesto. Véase *infra*, capítulo 4, punto 5.

<sup>16</sup> Un buen ejemplo de este enfoque, acerca del cual tendré mucho más para decir en los capítulos 8 y 9, se encuentra en DWORKIN, *Law's Empire*: 16-17, donde DWORKIN describe esta realidad más profunda como la “verdadera” regla que el decisor debe descubrir o construir. No sirve de mucho, no obstante, imaginar una regla genuina que sea el sustento de una falsa, y prefiero apegarme a la distinción entre una regla y su justificación. Si se emplea mi terminología en lugar de la de DWORKIN, su posición podría interpretarse como si describiese y justificase al mismo tiempo un modo de toma de decisión, siendo una de sus características que la generalización constitutiva de una regla ofrecería poca resistencia —si es que ofrece alguna— a la justificación de la regla, toda vez que se presente una experiencia recalcitrante.

el indicador no ejerce por sí presión normativa alguna. Que algo sea un perro no constituye una razón para excluirlo de acuerdo con el cartel "no se admiten perros", a menos que la exclusión de ese perro sirva a las justificaciones que subyacen a la regla "no se admiten perros".

Por contraste, para un modelo alternativo de toma de decisión, el decisor trata a la generalización de una regla como atrincherada, esto es, prescribiendo (aunque no necesariamente de modo concluyente) la decisión que debe tomarse aun en aquellos casos en los que la decisión resultante no es la que se habría alcanzado por aplicación directa de la justificación de la regla. Bajo este modelo decisorio el decisor trata a las generalizaciones como algo más que meros indicadores, como si suministrasen razones para una decisión independientes de aquellas que son suministradas por la justificación subyacente a la generalización<sup>17</sup>. Es a esta última forma de toma de decisión, esto es, aquella que se basa en generalizaciones atrincheradas, a la que denomino —con lo que a mi juicio no es más que una mínima estipulación definicional—, una toma de decisión guiada por o basada en reglas<sup>18</sup>.

Ahora tenemos en su lugar a la distinción crucial de este libro. La toma de decisiones casi siempre proviene de una generalización prescriptiva, pero puede adoptar dos direcciones distintas. En una de ellas, el decisor trata conversacionalmente a la generalización prescriptiva, tomándola simplemente como un indicador maleable de su justificación subyacente. Sin embargo, cuando la toma de decisiones adopta la otra dirección, a la que llamo "basada en reglas", el decisor rechaza el tratamiento conversacional de las generalizaciones que constituyen el predicado fáctico de la prescripción. En lugar de ello,

---

<sup>17</sup> Como desarrollaré luego más extensamente, especialmente en el capítulo 6, punto 1, considero que la expresión "reglas como razones para la acción" o sus equivalentes se basan en la premisa de que las razones para la acción, en general, son *hechos*. En consecuencia, sería posible que un decisor tratase el hecho de la existencia de una regla, o el hecho de la existencia de cierta generalización, como una razón para tomar la decisión indicada por la generalización. Esto debería dejar en claro que la regla en sí misma no es una razón para la acción, sino más bien la consideración por parte de un decisor del hecho de la existencia de la regla como razón para la acción. Cuándo y por qué los decisores consideran, o deben considerar, el hecho de la existencia de ciertas reglas como razones para la acción es una cuestión que será tratada con detenimiento más adelante.

<sup>18</sup> Obviamente, mi definición es más restringida que la del lenguaje ordinario, dado que en éste se aplica la palabra "regla" a un espectro más amplio de fenómenos, que incluye una modalidad de toma de decisiones en la que las generalizaciones normativas son maleables al tiempo de su aplicación. De todos modos, habiendo distinguido un modelo de toma de decisiones en el que las generalizaciones existentes resultan susceptibles de modificación al tiempo de su aplicación de un modelo de toma de decisiones en el que no lo son (o, al menos, en el que la existencia de la generalización en tanto generalización dificulta las modificaciones), estimo que incluso para el lenguaje ordinario la palabra "regla" se ajustaría mejor al segundo modelo que al primero.

el decisor trata a esas generalizaciones como atrincheradas y considera al hecho de su existencia como constitutivo de una razón para la acción (o decisión) incluso cuando las experiencias recalcitrantes abren una brecha entre las generalizaciones y las justificaciones que las generaron.

## CAPÍTULO IV

### LAS FUENTES DEL ATRINCHERAMIENTO

#### 1. ATRINCHERAMIENTO Y AUTONOMÍA SEMÁNTICA

Detrás de toda generalización hay una justificación. A veces denominadas fines, a veces propósitos, o incluso a veces (confusamente) razones<sup>1</sup>, las justificaciones existen porque las generalizaciones normativas son habitualmente instrumentales y no últimas, siendo las justificaciones aquello para lo que resultan instrumentales. Los perros no son admitidos en un restaurante con el objeto de lograr un propósito más profundo, tal como evitar molestias a los clientes. Conducir a una velocidad que excede el límite establecido está prohibido a fin de procurar mayor seguridad. Y la regla del famoso ejemplo de H. L. A. HART “no se admiten vehículos en el parque”<sup>2</sup> no excluye a los vehículos porque sean intrínsecamente malos. Más bien, la exclusión sirve de modo instrumental a una razón subyacente, como por ejemplo prevenir el ruido o preservar el orden. Continuaré refiriéndome a este fin, propósito o razón como la *justificación* subyacente a la regla, una relación que no depende de si la justificación es temporalmente anterior a la regla.

Entre los aspectos más significativos de la relación entre la generalización y la justificación se encuentra el hecho de que una generalización *limita* el alcance de las propiedades que, de otro modo, serían

---

<sup>1</sup> Yo mismo he contribuido a la confusión a la que aludo. Véase SCHAUER, «The Jurisprudence of Reasons», que ahora desearía haber titulado «The Jurisprudence of Justification».

<sup>2</sup> HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals»: 607. Véase también *The Concept of Law*: 123.

indicadas por la aplicación de la justificación. Aunque determinar la causa de los disturbios en un restaurante es una tarea compleja y relativamente imprecisa, determinar qué es un perro es algo mucho más directo y exige la identificación de un conjunto mucho más limitado de propiedades. En ese sentido la generalización —perros— es una *simplificación*, y es también una *especificación*. Las generalizaciones *especifican* el resultado que usualmente se obtendría de la aplicación directa de sus justificaciones. En consecuencia, una generalización sirve para hacer más específica o concreta una justificación, del mismo modo que el resultado de un cálculo es más concreto o más específico que la fórmula que indica cómo realizarlo<sup>3</sup>. “No se admiten perros” es más específico que “no ocasionar molestias”. “Velocidad máxima 55 millas por hora” es más específico que “conduzca con precaución” y “no se admiten vehículos en el parque” más específico que “debe preservarse la paz y la tranquilidad”. Como las generalizaciones aplican y especifican sus justificaciones, me referiré a veces a la generalización que constituye una regla como la *instanciación* de la justificación subyacente a ella<sup>4</sup>.

El capítulo precedente concluyó con la distinción de dos modelos de toma de decisiones. Reelaborando nuestra terminología a la luz del párrafo anterior, la distinción entre los modelos conversacional y atrincherado de toma de decisiones parte de la premisa de que las instanciaciones pueden tener que enfrentarse con experiencias recalcitrantes cuando ellas indican resultados diferentes de los señalados por la aplicación directa de sus justificaciones subyacentes. En la forma de toma de decisiones que se desenvuelve según el modelo conversacional, esas experiencias recalcitrantes se resuelven en favor de la justificación, y la instanciación es modificada al momento de su aplicación para adecuarse a la justificación. En la toma de decisiones basada en reglas, no obstante, siguiendo el modelo atrincherado, la instanciación persiste y, para un decisor que sigue este método de toma

<sup>3</sup> Tornar más específica una justificación no consiste necesariamente en limitar su alcance. Aunque la palabra “específica” connota limitación, lo que se limita es el rango de factores a considerar, y no el tamaño de la clase incluida. Cuando las reglas son sobreincluyentes, como cuando toda una partida de manzanas es incautada porque algunas de ellas portan una enfermedad, el ámbito de cobertura de la regla es más amplio que el de la justificación, aunque el proceso de aplicación de la regla es más simple y más específico si se lo compara con el proceso de aplicación directa de la justificación.

<sup>4</sup> Una *instanciación* opera respecto de su justificación de un modo análogo al de una distinción tajante respecto de un continuo. A veces se necesita mayor precisión de la que pueden ofrecer predicados vagos como calvo, bajo u oscuro, y nuestra respuesta consiste en especificar un corte un tanto arbitrariamente en lo que de otro modo habría sido un continuo al que aplicaríamos el predicado o alguna variación de él. No obstante, cuando precisamos un predicado vago, de hecho creamos una regla. El predicado así refinado es probablemente tanto sub como sobreincluyente con respecto al predicado original: excluirá aplicaciones que plausiblemente habrían sido incluidas por el predicado original e incluirá aplicaciones que anteriormente habrían sido excluidas.



de decisiones, el hecho de la existencia de la instanciación suministra una razón para alcanzar una decisión de acuerdo con lo que ella exige, aun cuando la decisión indicada difiera de la que se habría alcanzado por aplicación directa de la justificación de la instanciación.

Quisiera ocuparme ahora de la cuestión relativa a la divergencia entre los dos modelos de toma de decisiones. Lógicamente, la posibilidad de una divergencia extensional entre la instanciación y la justificación presupone que la extensión de la instanciación puede determinarse sin referencia a la justificación que subyace a ella. Esto a su vez presupone que el *significado* de la instanciación no es coextensivo con el de su justificación subyacente. Si el significado de la instanciación es precisamente la aplicación de la justificación al caso bajo análisis, entonces nunca podría haber divergencia entre la instanciación y la justificación. Por lo tanto, el hecho de ubicar el concepto de regla en el punto de divergencia entre la instanciación y la justificación parte de la idea de que el significado de una instanciación no puede hallarse únicamente en su justificación. Esta misma premisa se apoya en una perspectiva de análisis del lenguaje que considero básicamente correcta, pero que, sin embargo, debería sacarse a la luz para examinarla más de cerca.

Cuando se concluye que el significado de una instanciación no está totalmente determinado por la aplicación de la justificación al caso analizado, se está interpretando necesariamente que el significado es algo más que el uso de un lenguaje particular, en un momento particular, por parte de un hablante particular, para lograr un propósito particular. A pesar de que el lenguaje es utilizado invariablemente con un propósito, el significado no puede reducirse a ese propósito, al menos no al propósito para el cual se emplea el lenguaje en una ocasión particular. Mi análisis del concepto de regla es incompatible con esa concepción particularista del significado y supone, por el contrario, que el significado del lenguaje no se explica por completo por apelación a los propósitos implícitos en virtud de los cuales el hablante emplea ese lenguaje, ni tampoco por referencia al contexto particular en el que es usado ese lenguaje. En otras palabras, la divergencia potencial entre una regla y su justificación supone que tanto el lenguaje como el significado son al menos parcialmente acontextuales. Pero, ¿es correcta esta suposición?

El contraste entre los modelos conversacional y atrincherado centra nuestra atención en la *autonomía semántica* del lenguaje, esto es, en la aptitud que poseen los símbolos —palabras, frases, oraciones, párrafos— para portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan sus usuarios en ocasiones particulares. El fundamento de la autonomía semántica podría explicarse en términos de reglas lingüísticas, de convenciones, de una referencia socialmente determinada o incluso de otras diversas maneras. Pero ni el nombre

ni la fuente del fenómeno son relevantes aquí. Pues cualquiera que sea la fuente de la autonomía semántica, y cualquiera que sea el nombre que le demos, hay al menos algo —no importa cómo se lo llame— que comparten todos los hablantes de un lenguaje y que les permite ser comprendidos por otros hablantes de ese mismo lenguaje, incluso en aquellos casos en los que el hablante y su interlocutor no tienen nada en común, salvo su lenguaje. Sea lo que fuere aquello que me permite entender *algo* de lo escrito en un periódico australiano de 1836, pero nada de lo que podría haber escrito en chino en 1991 algún académico del derecho estadounidense de cuarenta y cinco años de edad interesado en las reglas, se trata de algo que se localiza en la comprensión de los usos de los símbolos y que no resulta completamente reducible a lo que un hablante podría desear comunicar en una ocasión particular<sup>5</sup>.

Supónganse que voy al mar y estando allí advierto un grupo de caracoles arrojados por las olas sobre la playa formando un dibujo que se parece a algo semejante a G-A-T-O. Pensaré entonces en pequeñas mascotas peludas y no en dirigibles o en cebras, a pesar de que en este caso no hay ningún usuario del lenguaje. Mi capacidad para pensar en un gato cuando veo “G-A-T-O”, y el hecho de que todos los hablantes del español\* presentarían un espectro de reacciones muy próximas ante el mismo dibujo formado por los caracoles, demuestra la existencia del fenómeno que denomino “autonomía semántica”, esto es, el modo en el que el lenguaje porta algo en sí mismo, independientemente de quienes lo usan en ocasiones particulares.

Aunque esta perspectiva de análisis del lenguaje considera al significado como parcialmente *acontextual*, decir que el significado es acontextual es solamente decir que el significado de una expresión del lenguaje no está totalmente determinada por las circunstancias o por el contexto inmediato en el cual se utiliza ese lenguaje en una ocasión particular. Al referirme a esta característica del lenguaje como su acontextualidad, pongo énfasis en que el significado es más amplio que el contexto de una ocasión particular de uso. Sin embargo, la descripción de esta característica como “acontextual” no puede tomarse

<sup>5</sup> «El significado de una expresión no puede identificarse con el objeto al cual ella se refiere en una ocasión particular. El significado de una oración no puede identificarse con la afirmación que se realiza al utilizarla en una ocasión particular. Porque hablar acerca del significado de una expresión o de una oración no consiste en hablar acerca de su uso en una ocasión particular, sino acerca de las reglas, hábitos o convenciones que rigen su uso correcto en toda ocasión para referir o efectuar una aserción». STRAWSON, «On Referring»: 327. En igual sentido, véase ZIFF, «On H. P. Gricce's Account of Meaning»: 7, donde se hace referencia al carácter “proyectivo” del significado, y BAR-HILLEL, «Indexical Expressions», donde se distingue al significado (semántica) del propósito particular en una ocasión particular para el cual se usa el lenguaje (pragmática). La cuestión es tratada en su aplicación al lenguaje normativo en MOORE, M., «The Semantics of Judging»: 248, 274-278.

\* “Inglés” en el original. (N. del T.)

demasiado literalmente. Identificar el fenómeno del significado acontextual no implica negar que se presuponen factores contextuales incluso al atribuir la más mínima porción de significado a una expresión. Comprendo lo que alguien dice, no simplemente porque comprendo el significado literal de las palabras que usa, sino también porque interpreto esas palabras a la luz de numerosos presupuestos contextuales no contenidos en las definiciones de esas palabras. Pero cierto número de estos presupuestos contextuales, en cantidad suficiente para que la comunicación tenga lugar, son entendidos de un modo similar por el hablante y el oyente simplemente porque ambos habitan el mismo planeta y hablan el mismo lenguaje. La identificación del significado acontextual no implica rechazar la necesidad del contexto, sino reconocer que todos los hablantes de un lenguaje compartirán un gran número de presupuestos contextuales<sup>6</sup>. Estos aspectos del contexto podrían considerarse como un *contexto universal*, o *contexto básico*, precisamente debido a que, por muy contingentes —temporal y culturalmente— que sean estos componentes del contexto ampliamente compartidos, ellos son en gran medida invariables entre los hablantes del español\* en un momento dado. De este modo, el contexto universal debe distinguirse del contexto particular, es decir, de aquellos aspectos específicos de la ocasión en la que se usa el lenguaje, que incluyen los objetivos comunicativos que persigue el hablante al usar este lenguaje, pero que no se limitan a ellos. En consecuencia, la distinción que quiero trazar es la que media entre el contexto entendido por (y en parte constitutivo de) la comunidad lingüística en un momento dado y el contexto que constituye la ocasión específica de uso<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Aquí sigo a SEARLE, «Literal Meaning», *passim*. En igual sentido, MOORE, M., «A Natural Law Theory of Interpretation»: 304-307. No faltan detractores al enfoque de SEARLE (véase, por ejemplo, KATZ, «Literal Meaning and Logical Theory», *passim*), pero el desafío comúnmente proviene de quienes sostendrían que el significado es incluso menos dependiente del contexto de lo que SEARLE y otros suponen. Estos desafíos, en consecuencia, no ponen en tela de juicio mis afirmaciones en el texto, excepto en lo que respecta a si incluso mis limitados ajustes al contexto son del todo necesarios.

\* Tanto aquí como en varias ocasiones en adelante se ha consignado "español" en reemplazo del "inglés" del original. (N. de los T.)

<sup>7</sup> No hay nada aquí que dependa de la resolución de la disputa que concierne a una clase diferente de contexto. La polémica sustantiva y exegética que rodea al adagio de FREGE según el cual «solamente en el contexto de una oración las palabras tienen algún significado» (FREGE, *The Foundations of Arithmetic*: x, 71, 73, 116), importa preguntarse si los portadores del significado son oraciones o, en cambio, componentes sub-oracionales más pequeños. Poco o nada acerca de las reglas o de sus formulaciones depende de cómo se resuelva esta polémica, ya que ninguna interpretación del principio del contexto negaría que el significado existe independientemente del contexto particular en el que se usa una palabra u oración. «El principio del contexto no dice que una palabra puede tener un significado en un contexto y otro diferente en otro contexto: dice que sólo podría decirse que ella tiene algún significado cuando aparece en algún contexto... Es claro que se trata de un principio relativo a lo que significa que una palabra tenga significado, y no implica que su significado pueda variar legítimamente de una aparición a otra». DUMMETT, *The Interpretation of Frege's Philosophy*: 364. BAKER y HACKER, *Frege: Logical Excavations*: 197, parecen concordar con lo enunciado precedentemente, aunque niegan

El significado al que me refiero como “acontextual” puede también denominarse “literal” o “llano”. A menudo se lo llama “significado de la expresión”, para distinguirlo del “significado del hablante”. Quiero destacar que no hay nada en estas nociones que sugiera algo esencial, natural o inexorable sobre el carácter literal, llano o acontextual del significado de una expresión<sup>8</sup>. Sin embargo, no quiero negar que ese significado incorpore presuposiciones sustantivas de carácter moral, social y político que podrían y pueden aún ser diferentes. El significado literal puede variar y de hecho varía con el tiempo, cambiando a medida que cambia el lenguaje al que pertenece. No obstante, la capacidad que tiene un hablante del español de hablar con otra persona respecto de quien no se conoce nada es la mejor prueba del hecho de que, en un cierto momento, existe *algún* significado que puede discernirse accediendo sólo a aquellas habilidades y comprensiones definitorias de la competencia lingüística.

El significado acontextual de una expresión no agota completamente lo que un hablante *quiere significar* en una determinada ocasión de uso del lenguaje, o lo que un oyente percibe que éste ha querido significar<sup>9</sup>. El significado acontextual puede ser considerablemente magro en cualquier contexto comunicativo particular, y lo será especialmente en un contexto conversacional en el que los hablantes se encuentren frente a frente. Gran parte del contexto particular ornamenta y enriquece el proceso de la comunicación, posibilitando que los hablantes se comuniquen de un modo mucho más efectivo que si su discurso se restringiera al significado literal o acontextual. Aun así, el fenómeno del significado literal o llano sigue siendo el fundamento de la comunicación lingüística, y una teoría del significado completamente particularista, según la cual el significado de una expresión es enteramente una función de lo que se pretende que ella produzca en una ocasión particular, no puede explicar cómo es posible la comunicación. Si el significado de una expresión fuese enteramente una función del modo en el que fue usada *en ese momento* (como opuesto al modo en el que se la emplea en el lenguaje), sería imposible explicar cómo se transmite el significado, y por qué escogemos una palabra y no otra para lograr un objetivo comunicativo particular.

---

que esa explicación sea una fiel interpretación de FREGE. En consecuencia, mi argumento en el texto solamente exige que algún significado resida en una unidad que no sea más amplia que una oración, una conclusión que virtualmente nadie discute.

<sup>8</sup> Estas locuciones tampoco impiden la posibilidad de que existan sub-comunidades lingüísticas relevantes que empleen sus propios términos, o sus propios significados llanos o literales para los términos que tienen diferentes significados llanos o literales en la comunidad lingüística más amplia. Una regla que contiene la palabra “insecto” podría operar de modo diferente según se dirija a los entomólogos o a la gente común, pero la existencia de un significado técnico dentro de un determinado entorno no lleva a la conclusión de que el significado varía de una ocasión para la toma de una decisión a otra.

<sup>9</sup> Véase SEARLE, *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*: 26-29, 160-179.

Lo anterior parece un lugar común, o hasta banal, pero vale la pena hacer explícitas estas consideraciones lingüísticas en parte porque lo que a mí me parece obvio, para otros puede parecer obviamente confuso. Más específicamente, la resistencia a la tesis de la autonomía semántica tiene una presencia significativa en el universo de quienes escriben sobre teoría del derecho o teoría de las decisiones judiciales. El ejemplo más importante es Lon FULLER, quien argumentó en contra de HART que los términos (como “vehículo”) no pueden poseer ni siquiera un núcleo de significado que sea independiente de los propósitos específicos para los que se los emplea<sup>10</sup>. El atractivo de este punto de vista parece claro: si el significado puede diferir del propósito, entonces la aplicación de ese significado puede dar lugar a resultados inconsistentes con tal propósito, incluso hasta llegar al absurdo. Éste era el punto crucial del ejemplo de FULLER sobre el vehículo que forma parte de un monumento, cuya exclusión del parque parece inconsistente con cualquier propósito razonable que pueda encontrarse tras la regla “no se admiten vehículos en el parque”. Pero podríamos decir lo mismo acerca del cartel “no se admiten perros”, en tanto se lo confronta con un perro de buen comportamiento o incluso con un perro anestesiado. No obstante, sea lo que fuere lo que pudiera decirse sobre los perros de buen comportamiento o anestesiados, ellos siguen siendo perros y, en consecuencia, siguen literalmente comprendidos en el ámbito semántico de la prohibición “no se admiten perros”. Puede suceder que en tales circunstancias quien ha de tomar la decisión, por ejemplo un juez, deba rehusar a aplicar la regla o deba revisarla, pero la (discutible) conveniencia de semejante enfoque y la (discutible) conveniencia de evitar resultados absurdos ocasionales en un sistema jurídico no deberían disfrazarse bajo una implausible teoría del significado. El absurdo de excluir al perro lazarillo no lo convierte en algo distinto de un perro. Esta confusión entre lo que el lenguaje significa y lo que podríamos querer que nuestro sistema jurídico haga desfila a menudo ostentando el estandarte de WITTGENSTEIN, e incluso FULLER y sus seguidores consideran que sus desafíos se inspiran y encuentran sustento en WITTGENSTEIN. Pero incluso dejando de lado la intrínseca implausibilidad del argumento, reclutar a WITTGENSTEIN para sus filas resulta confuso, y se basa quizás en la ligereza con la que se toma prestado el eslogan “significado es uso”. Una cosa es decir que el significado de una palabra (o frase, u oración) es una función del modo en el que la comunidad de hablantes de un lenguaje la usa. Otra muy distinta es decir (y WITTGENSTEIN nunca lo dijo) que el significado es una función del modo en el que una unidad de lenguaje se usa en

<sup>10</sup> FULLER, «Positivism and Fidelity to law —A Reply to Professor Hart»: 176-177. En igual sentido, BOYLE, «The Politics of Reason»: 708-813; CORNELL, «Institutionalization of Meaning»: 1137-1138, y MOLES, *Definition and Rule in Legal Theory*: 176-206.

una ocasión particular por un hablante particular<sup>11</sup>. De hecho, si buscásemos un filósofo célebre cuyas afirmaciones menos cautelosas pudieran brindar apoyo a esta implausible teoría del significado, parecería que la cita apropiada sería William JAMES y no WITTGENSTEIN<sup>12</sup>. Sin embargo, aun considerando que esta teoría del significado se inspira en JAMES, DEWEY y el pragmatismo en general<sup>13</sup>, el uso de esa inspiración parece todavía erróneo, pues hay un abismo entre el pragmatismo y el pragmatismo relativo a una situación específica, y un abismo semejante entre una teoría pragmática del significado y una teoría particularista.

Un desafío algo más plausible se apoya en las teorías realistas del significado, comúnmente asociadas con filósofos tales como Keith DONELLAN, Saul KRIPKE, Leonard LINSKY y Hilary PUTNAM<sup>14</sup>. De acuerdo con este argumento, el predicado fáctico de una regla no debe definirse convencionalmente sino, en cambio, de acuerdo con la mejor interpretación actual de los términos involucrados. Con respecto a los predicados fácticos que se refieren a clases naturales o a productos artificiales, una teoría realista del significado parece compatible con lo que he estado sosteniendo, pues incluso una teoría realista no sostendría que los términos varían de acuerdo con la pragmática de su aplicación específica. La circunstancia de que el significado de palabras como "vehículo", "perro" o "agua" pueda variar cuando varía nuestra comprensión de su real naturaleza (o la de aquellos a quienes hayamos asignado parte de la carga de la tarea lingüística) no trae aparejada

<sup>11</sup> Véase ALSTON, «Meaning and Use», *passim*. Como se señaló previamente en la nota 8, no es necesario que la comunidad de hablantes del español sea la única comunidad relevante, y nada de lo que digo niega la posibilidad de que existan sub-comunidades lingüísticas dentro de la comunidad de hablantes del español. Pero aunque debemos reconocer la existencia de sub-comunidades lingüísticas que hablan su propio lenguaje técnico, casi siempre ocurre que ese lenguaje técnico es parasitario del lenguaje común. «El lenguaje técnico es... una parte de algún lenguaje como el español o el francés, una parte que se define únicamente por referencia a alguna disciplina u ocupación o actividad particular entre cuyos partícipes es corriente». CATON, «Introduction»: vii. Sin embargo, una vez que reconocemos la existencia de sub-comunidades lingüísticas, es tentador pensar en la posibilidad de que el entorno de todo acto de habla constituya su propia comunidad lingüística, y que los hablantes constantemente elaboran y reelaboran las reglas del lenguaje, al menos en lo que atañe a su aplicación a este contexto particular cuando hablan. Pero esta posibilidad, aunque sea cierta, tiene sus límites, porque sigue siendo el caso que el contexto comunicativo en el que las reglas del lenguaje son modificadas para esta ocasión sólo puede surgir si los participantes de la comunicación son miembros de una comunidad lingüística más amplia y así, desde el vamos, comparten un lenguaje cuyas reglas pueden entonces elegir modificar.

<sup>12</sup> Por ejemplo, JAMES, *The Meaning of Truth*: 23-24: «Antes de que pueda pensar que te refieres a mi mundo, debes afectar mi mundo; antes de que pueda pensar que te refieres mucho a él, debes afectarlo mucho, y antes de que pueda estar seguro de que te refieres a él como yo lo hago, debes afectarlo exactamente como yo lo haría si estuviera en tu lugar».

<sup>13</sup> Véase WINSTON, *Reseña Bibliográfica*: 754-755.

<sup>14</sup> Entre los ejemplos de estos desafíos basados en la teoría realista se cuentan BRINK, «Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review»: 112-24; KATZ, *Bad Acts and Guilty Minds*: 82-96, y MOORE, M., «A Natural Law Theory of Interpretation», *passim*.

la conclusión de que el significado de esos términos varía de un contexto específico a otro. Sin embargo, cuando el predicado fáctico incorpora un término que tiene claramente mayor carga teórica, tal como "vida", "muerte" o "causa", el desafío realista diría que esos términos presuponen los propósitos de una cierta empresa en la cual operan las reglas, tal como el derecho<sup>15</sup>. Si uno de esos propósitos consiste en evitar resultados inconsistentes con las justificaciones sustantivas subyacentes a una regla, entonces el significado de una regla que utiliza esos términos se confundirá con el significado de la justificación. No obstante, un resultado semejante no es en absoluto inevitable, y todo lo que pretendo aquí sostener es que *podría* lingüísticamente ser diferente. Al menos con respecto a términos tales como "vida", "muerte" y "causa", que en todo momento tienen significados fuera de cualquier entorno de decisión, resulta una verdad contingente y no necesaria que los significados que se les atribuye en ese entorno difieren de los que tienen fuera de él, y resulta una verdad contingente y no necesaria que incluso cualquier cambio de significado deba incorporar el deseo de evitar resultados absurdos. De este modo, aunque el desafío realista sea presentado de una forma mucho más sofisticada en manos de algunos de sus exponentes, posee los mismos defectos que el desafío particularista —no logra distinguir un contexto universal, que se reconoce variable, del contexto particular y, lo que es más importante, introduce en una teoría del significado lo que resulta ser una teoría sustantiva de los fines de un tipo particular de entorno de toma de decisiones<sup>16</sup>.

He desarrollado todo esto no sólo porque las objeciones a la autonomía semántica tienen una sorprendente persistencia, sino también porque la perspectiva de análisis del lenguaje que utilizo resulta crucial para mi análisis. La divergencia entre una regla y su justificación, que considero fundamental para comprender la idea de regla, sólo es posible si las generalizaciones formuladas pueden tener significados que difieran del resultado que generaría una aplicación directa de la justificación que subyace a la regla en una ocasión particular. Mi interés por las generalizaciones atrincheradas se centra en esta divergencia y, en consecuencia, se centra en la posibilidad de que una forma de

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, BRINK, «Semantic and Legal Interpretation (Further Thoughts)»: 189-190, donde se sostiene que los desacuerdos acerca del significado de ciertos términos de la constitución estadounidense tales como "debido proceso legal" (*due process of law*), "castigos crueles e inusuales" (*cruel and unusual punishment*) y "derecho a la intimidad" (*right of privacy*) no son desacuerdos acerca de los límites difusos de términos semánticamente determinados, sino más bien desacuerdos en los criterios que no pueden ser resueltos recurriendo al significado convencional no jurídico. El argumento es aún más claro con respecto a términos como "*habeas corpus*", "proceso ejecutivo" (*assumpsit*) y "decisión firme" (*final judgement*), los cuales sólo existen en el ámbito jurídico.

<sup>16</sup> Las teorías interpretativas que discuto en este párrafo son tratadas con mayor amplitud en el capítulo 9, punto 3.

toma de decisiones podría razonablemente guiarse más por el significado de la generalización formulada que por la óptima aplicación particularizada de la justificación que subyace a esa formulación.

## 2. REGLAS Y FORMULACIONES DE REGLAS

El lector atento habrá advertido que en la conclusión de la sección anterior dejé de referirme simplemente a las generalizaciones y en su lugar comencé a hablar de generalizaciones *formuladas*. En ese cambio hay un intento por centrar la atención en la *fuerza* del atrincheramiento. Luego de haber explorado la distinción entre el modelo conversacional y el modelo atrincherado, y luego de haber visto que la toma de decisiones de conformidad con generalizaciones atrincheradas es diferente de la toma de decisiones de acuerdo con generalizaciones continuamente maleables, debemos examinar más detenidamente el fenómeno del atrincheramiento. El atrincheramiento es lo que permite a una regla resistirse al impulso de modificación a la luz de experiencias recalcitrantes, pero ¿de dónde proviene este atrincheramiento y cómo opera? ¿Qué hay en lo que ahora denomino “regla” que evita que su generalización esté sujeta, como en el modelo conversacional, a ajustes al tiempo de su aplicación?

El examen de las raíces semánticas de la distinción entre los modelos conversacional y atrincherado nos permite considerar la posibilidad de que la fuerza del atrincheramiento y, por lo tanto, un componente esencial de la cualidad de ser regla, se encuentre más relacionada con su formulación verbal de lo que comúnmente se supone. De este modo, si la formulación de una generalización o instanciación es importante para el atrincheramiento de esa instanciación, entonces la formulación de una regla es igualmente importante para aquello que hace que una regla sea una regla.

Esta sugerencia parece encontrarse en cierto modo en tensión con la visión generalmente aceptada de las formulaciones. Muchos de quienes han escrito sobre reglas prescriptivas, incluyendo a Max BLACK, David SHWAYDER, G. H. VON WRIGHT y G. J. WARNOCK, distinguen a las reglas de sus formulaciones, afirmando que el no trazar esta distinción revela una confusión fundamental<sup>17</sup>. Existen ciertas proposiciones irreductibles que inspiran este punto de vista. “No se admiten vehículos en el parque”, “los vehículos están prohibidos en el parque” y el cartel “vehículos mantenerse fuera” colocado en la entrada del parque son tres formulaciones diferentes de una regla y no tres reglas

<sup>17</sup> BLACK, «The Analysis of Rules»: 100-102; SHWAYDER, *The Stratification of Behavior*: 241-242; VON WRIGHT, «The Foundation of Norms and Normative Statements»: 68; *id.*, *Norm and Action*: 93-106, y WARNOCK, *The Object of Morality*: 36.



diferentes. No cambiamos una regla al traducir su formulación del inglés al alemán, ni tampoco reducimos una regla al escribirla en letras más pequeñas<sup>18</sup>. Podemos preguntar qué es la Regla de Oro, pero preguntamos algo muy distinto cuando preguntamos cuántas palabras contiene.

Ejemplos como éste aclaran que las reglas y sus formulaciones *son* distintas, pero esa diferencia puede ser trivial en lugar de importante. Las tres formulaciones de la regla "No se admiten vehículos en el parque" son sintácticamente diferentes, pero lo que hace de ellas tres formulaciones de una regla y no tres reglas diferentes es precisamente el hecho de que son semánticamente equivalentes. Ahora bien, esto no tiene necesariamente que ser así. *Podríamos* decir que reglas semánticamente equivalentes pero formuladas de manera distinta son reglas diferentes; pero esta concepción de las reglas parece extraña, pues no centra la atención en la conducta sobre la cual la regla trata de influir sino en algo distinto. En cambio, comúnmente distinguimos diferentes reglas de acuerdo con lo que hacen más que por cómo lo dicen y, en consecuencia, las tres reglas indicadas son una misma regla precisamente porque todas tienen el mismo significado. A la inversa, cuando dos formulaciones diferentes son semánticamente divergentes con respecto a cualquier aplicación particular, cuando generan resultados diferentes al menos en un caso (actual o potencial), parece adecuado describirlas como formulaciones de dos reglas diferentes.

Considérese nuevamente la formulación de la regla "no se admiten perros". A partir de la justificación de prohibir el ingreso de agentes ruidosos y molestos, la regla "no se admiten perros" instancia esa justificación sobre la base de la conclusión probabilística de que muchos perros son ruidosos y molestos. Como hemos visto, si se trata como atrincherada a la formulación de la regla "no se admiten perros" resultante, ella excluye del restaurante tanto a los perros lazarillos de buen comportamiento como a los perros ruidosos y molestos, y esto es así porque la extensión de la expresión "perro", tomada literalmente, es más amplia que la extensión de la expresión "perro ruidoso y molesto", tomada literalmente. "No se admiten perros ruidosos y molestos" es simplemente una regla diferente respecto de "no se admiten perros", ya que la primera (según sus términos) permite la entrada de ciertos perros que serían excluidos por la última. Si en virtud de la regla "no se admiten perros" debiésemos excluir sólo a los perros ruidosos y molestos, y ello porque la justificación tras la exclusión de todos los perros consistiese en el deseo de excluir a los perros ruidosos y molestos, estaríamos de hecho desatrincherando la generalización, y provocando así la fusión de la regla con su justificación subyacente. Esto

<sup>18</sup> BAKER y HACKER, *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity*: 41. Asumo en el texto una noción de traducción más simple que la que resultaría aceptable para otros propósitos.

puede con frecuencia, o incluso siempre, constituir un proceso sensato de decisión. Pero lo deseable de este proceso de decisión no debería oscurecer la diferencia entre un proceso de decisión maleable y uno en el que la generalización, sin importar cuán sub o sobreincluyente pueda ser, es atrincherada. La toma de decisiones a partir de generalizaciones atrincheradas difiere de la forma de toma de decisiones en la cual las generalizaciones pueden ser adaptadas para adecuarse a sus justificaciones subyacentes, pues el significado de la formulación crea el atrincheramiento y, de este modo, brinda a la toma de decisiones basada en reglas la característica que la distingue de la toma de decisiones particularista.

Así, a pesar de que con frecuencia es importante distinguir a las reglas de sus formulaciones, las consecuencias derivadas de esa distinción son limitadas y fácilmente exagerables<sup>19</sup>. Las reglas se relacionan con sus formulaciones como las proposiciones con las oraciones. Si cambiamos la oración “el gato está sobre el felpudo” por “el gato está bajo el felpudo” hemos cambiado la proposición subyacente y, de un modo similar, si cambiamos el significado de la formulación de una regla, hemos cambiado la regla. Por lo tanto, ahora es posible ver que las reglas se basan más en sus formulaciones que en lo que subyace a ellas<sup>20</sup>, pues lo que resulta susceptible de atrincheramiento es el significado de la formulación. En consecuencia, la pregunta acerca de si existe una regla (para un cierto decisor o en un cierto contexto de toma de decisiones) parece consistir ahora en si se trata como atrincherado al significado de la formulación de una regla (por ese decisor o en ese contexto).

### 3. LOS FUNDAMENTOS DEL SEGUIMIENTO DE REGLAS

Parece así que seguir una regla es explicable en términos de una relación binaria entre una conducta comprendida en la extensión de la formulación de la regla y la conducta que tiene lugar. Pero esto

<sup>19</sup> Así DWORKIN en «*Law's Empire*»: 16-17 parece considerar la formulación de una regla como un indicador transparente de la “verdadera” regla, aun en circunstancias en las que el significado de la formulación difiere del significado de la “verdadera” regla. Compárese la siguiente afirmación de SEARLE, *Minds, Brains and Science*: 46, «[S]iempre que seguimos una regla, somos guiados por el contenido actual o el significado de la regla. En el caso del seguimiento de reglas por seres humanos, los significados causan el comportamiento. Por supuesto, no causan el comportamiento por sí mismos, pero ciertamente juegan un papel causal en la producción del comportamiento... Decir que estoy obedeciendo [una] regla es decir que el significado de esa regla, esto es, su contenido semántico, juega algún tipo de papel causal en la producción de lo que realmente hago».

<sup>20</sup> Para una sugerencia compatible con lo expresado, véase BAKER, «Following Wittgenstein: Some Signposts for *Philosophical Investigations* §§ 143-242»: 59-61.

no constituye todavía una explicación satisfactoria de qué es *seguir* (y también quebrantar) una regla. Aunque resulta superficialmente plausible considerar al seguimiento de reglas como constituido por la congruencia entre la conducta comprendida en la extensión de una regla y la conducta que se lleva a cabo<sup>21</sup>, esta explicación resulta incompleta en varios sentidos. Lo más importante es que un modelo simple de congruencia no parece tomar en cuenta una serie de cuestiones acerca del seguimiento de reglas que comienza con el planteo heurístico de desafíos aparentemente escépticos a la posibilidad misma de seguir una regla. Estos desafíos, cuya presentación más importante se encuentra en las diversas reflexiones de WITTGENSTEIN sobre el seguimiento de reglas (principalmente en *Philosophical Investigations* y *Remarks on the Foundations of Mathematics*), no son desafíos del propio WITTGENSTEIN, ni siquiera de sus intérpretes<sup>22</sup>. Más bien, WITTGENSTEIN nos ofrece un interlocutor escéptico —similar al Trasímaco de PLATÓN— con el propósito de contestarle, aunque existe un gran debate en torno a cuál era la respuesta de WITTGENSTEIN, y otro igualmente grande acerca de cuál es la respuesta correcta, sea o no ella la de WITTGENSTEIN.

Considérese un ejemplo basado en —pero no idéntico a— los que usa WITTGENSTEIN en *Investigations* y en *Foundations of Mathematics*: la pregunta “¿qué número sigue en la serie 1000, 1002, 1004, 1006, —?”<sup>23</sup>. Es parte del planteo wittgensteiniano, así como es parte de lo que ha pasado a ser un lugar común en la teoría matemática, que no hay una única respuesta correcta a esta pregunta. Puede construirse una regla que vuelva correcta a cualquier respuesta a la pregunta<sup>23</sup>. Por ejemplo, la regla “si  $n$  es menor que 1006, sume 2, pero si  $n$  es igual o mayor que 1006, sume 13”, podría explicar todos los miembros de la serie existente, pero generaría y justificaría la respuesta 1019 y no la respuesta 1008. La cuestión central aquí, por supuesto, es que algo distinto de los números anteriores en la serie es lo que hace que 1008 sea correcto y 1019 incorrecto, y lo que se discute es qué es ese “algo distinto”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Véase LEONARDI, Reseña Bibliográfica: 621-622.

<sup>22</sup> Entre los trabajos más importantes en la tradición reciente se encuentran BAKER y HACKER, *Scepticism, Rules and Language*; FOGELIN, *Wittgenstein*; HOLTZMAN y LEICH (eds.), *Wittgenstein: To Follow a Rule*; KRIPKE, *Wittgenstein on Rules and Private Language*; MCGINN, *Wittgenstein on Meaning*; WRIGHT, *Wittgenstein on the Foundations of Mathematics*, y ANSCOMBE, «Wittgenstein on Rules and Private Language». Como podrá advertirse con claridad, no es necesario para mis propósitos resolver esta cuestión o incluso tomar partido entre las posturas rivales en el debate moderno.

<sup>23</sup> De hecho, fue LEIBNIZ quien planteó esto primero: «[S]i alguien traza una curva ininterrumpida, que ora es recta, ora circular y ora de alguna otra índole, es posible encontrar un concepto, una regla o una ecuación común a todos los puntos de la línea, en concordancia con el cual todos los cambios deban tener lugar... Así, podemos decir que, sin importar cómo pudo Dios haber creado el mundo, habría sido siempre regular y en un determinado orden general», *Discourse on Metaphysics*: 304.

<sup>24</sup> Nadie más que el escéptico sostiene que no hay nada que sirva para este propósito,

Mas supóngase ahora que la misma pregunta —“¿qué número sigue en la serie 1000, 1002, 1004, 1006, —?”— fuese acompañada por la instrucción verbal “siempre sume 2”. Si “siempre sume 2” es una *instrucción* incorporada en la pregunta, entonces 1008 se convierte en la respuesta correcta y 1019 es simplemente errónea. “Si  $n$  es menor que 1006, sume 2, pero si  $n$  es igual o mayor que 1006, sume 13” es una regla admisible que se extrae de la serie en sí misma, pero no es una interpretación admisible de “siempre sume 2” y, por lo tanto, no es una regla admisible si “siempre sume 2” es uno de los parámetros que determina qué resultados son admisibles.

A primera vista parece que lo que acabo de decir yerra por completo el blanco. El escéptico interlocutor de WITTGENSTEIN se pregunta ¿por qué “siempre sume 2” es inconsistente con “si  $n$  es menor que 1006, sume 2, pero si  $n$  es igual o mayor que 1006, sume 13”? ¿Por qué la palabra “siempre” no podría significar “en todos los casos, excepto en aquellos en los que se trate de una serie que termine con un número igual o mayor que 1006, en cuyo caso todas las instrucciones inconsistentes con “sume 13” son inválidas”? La razón por la que no podría ser así, por supuesto, es nuevamente el centro del debate acerca de qué es lo que suministra el punto de referencia para seguir o quebrantar una regla *del lenguaje*, donde la caracterización misma de esa pregunta fundamental torna circular y una petición de principio el hecho de responderla en términos de existencia de reglas del lenguaje. Las prácticas o el acuerdo de la comunidad —para referirme (sin apoyarla) sólo a una posible respuesta al escéptico— son lo que, y sólo lo que, hace que “siempre” signifique siempre, así como son las prácticas o el acuerdo de la comunidad lo que, y sólo lo que, hace que “+” se refiera a la adición y no a la *cuadición*. No obstante, sólo cuando algo, no importa qué sea, *ha* determinado que “siempre” significa siempre, puede *entonces* la palabra “siempre” usarse para referirse a siempre. Esto es, las preguntas sobre los fundamentos del lenguaje y de la matemática, aunque se tomen como preguntas escépticas, no sugieren que las técnicas del lenguaje o de la matemática no existan, ni siquiera que tales técnicas no puedan suministrar por sí mismas los fundamentos para prácticas distintas de las del lenguaje o la matemática. Una práctica de seguimiento de reglas articulada *en* el lenguaje no resulta entonces problemática debido a la dificultad de explicar por qué el lenguaje funciona del modo en el que claramente lo hace. Nuestra dificultad, para usar el ejemplo de KRIPKE, en explicar *por qué*  $68 + 57$  es igual a 125 y no a 5 no significa que la respuesta correcta a la pregunta  $68 + 57 = ?$  no sea hoy 125. Y si  $68 + 57$ , de hecho, hoy

---

dado que «si fuera *siempre* posible suministrar una regla para justificar cualquier respuesta, una regla que haga *correcta* cualquier respuesta, entonces la idea de “incorrección” no tendría sentido y, por lo tanto, no tendría sentido alguno operar de acuerdo con una regla», STOCK, «Leibniz and Kripke's Sceptical Paradox»: 326.

en esta cultura, es igual a 125, entonces *ese* hecho puede suministrar la base, hoy en esta cultura, para cierto número de otras prácticas, tales como la construcción de puentes, el cálculo de balances bancarios y la obtención de cambio en el supermercado.

En consecuencia, la pregunta respecto de las reglas distintas de las reglas del lenguaje no se refiere a por qué funcionan estas últimas, sino a si las reglas del lenguaje, que *sí* funcionan (sea que podamos o no explicar cómo lo hacen), permiten que *otras* reglas funcionen. Si presuponemos que las reglas del lenguaje tienen capacidad para generar significado, entonces la pregunta “¿qué número sigue en la serie 1000, 1002, 1004, 1006, —?” complementada con la instrucción formulada “siempre sume 2”, es crucialmente diferente de la pregunta “¿qué número sigue en la serie 1000, 1002, 1004, 1006, —?” sin esa directiva lingüísticamente formulada. Adicionar en el lenguaje la instrucción específica elimina el problema que existe cuando se carece de la instrucción lingüística, o dentro de un ámbito en el que tales instrucciones resultan inimaginables. Así, la pregunta sobre si “no se admiten perros” excluye a los perros lazarillos no es una pregunta cuya respuesta requiera una referencia directa a las prácticas de la comunidad, aun conforme a KRIPKE y WRIGHT. Por el contrario, la regla se basa en, y remite a quien sigue la regla al significado de la frase “no se admiten perros”, una frase cuyo significado existe independientemente de la cuestión de si la comunidad cree que los perros lazarillos deben ser admitidos en este restaurante.

El hecho de que una teoría de las reglas prescriptivas formuladas *se base en* la existencia del lenguaje y, por lo tanto, no genere por sí el mismo tipo de preguntas que generan las teorías que procuran explicar la existencia del lenguaje, no significa que esta forma de investigación wittgensteiniana no nos resulte de relevancia. Por el contrario, el escéptico imaginario de WITTGENSTEIN nos obliga a preguntarnos qué se requiere para restringir o, al menos, para guiar el comportamiento futuro. Y el mensaje es ahora claro: la capacidad de explicar las restricciones *de una regla no formulada o no formulable* es una tarea difícil, y por completo distinta de la tarea de explicar la restricción potencial de una regla formulada. Todos concuerdan en que si *cualquier* respuesta a la pregunta “¿qué número sigue en la serie 1000, 1002, 1004, 1006, —?” es correcta, entonces no existe regla alguna. Supóngase, de modo análogo, que en el pasado se ha excluido de un restaurante a un terrier escocés, un bulldog y un cocker spaniel. Cuando surge la pregunta acerca de si un mastín irlandés ha de ser excluido, los casos del pasado no fuerzan lógicamente a preferir la primera de las siguientes tres reglas sobre la segunda o la tercera, cualquiera de las cuales podría explicar todas las decisiones anteriores: “no se admiten perros”; “no se admiten perros pequeños”; “no se admiten animales que pesen menos de 60 libras”. La formulación revestida de autoridad

de la regla es suficiente para privilegiar la primera sobre las otras y, en consecuencia, una formulación revestida de autoridad de una regla nos permite decir que ciertos actos son conformes con la regla y otros no. La regla “no se admiten perros”, cuando se la formula, actúa exactamente como lo hace “siempre suma 2” cuando se la formula, basándose en la capacidad del lenguaje para excluir algunos candidatos que, de otra manera, podrían haber sido elegidos como sucesores en la serie.

Todo esto significa afirmar que la formulación de una regla aparece como una condición suficiente (o, más precisamente, como exploraré con mayor profundidad en el capítulo 5, al menos una de un conjunto de condiciones suficientes) para que la regla posea aptitud para guiar conductas y, en consecuencia, para que la gente sea capaz de seguir (o quebrantar) reglas. Es posible, sin embargo, que la formulación de una regla no sea una condición necesaria para el seguimiento de reglas. Si las reglas no formuladas del lenguaje y la matemática pueden no obstante seguirse o quebrantarse, aunque no estemos seguros exactamente del por qué, entonces también sería posible que otras clases de reglas no formuladas guíen conductas de un modo análogo. Pero esto sería adelantarnos. En esta sección hemos visto que las reglas formuladas pueden guiar conductas porque la formulación suministra el contenido semántico en virtud del cual podemos decir que se sigue o quebranta una regla. Sin embargo, este contenido semántico puede tal vez no provenir de la formulación de una regla canónicamente inscrita, sino de algo diferente. Y es a esto a lo que me abocaré en lo que sigue.

#### 4. FORMULACIÓN Y CANONICIDAD

Aunque la fuerza de una regla se encuentra más estrechamente ligada al significado de su formulación de lo que comúnmente se supone, no deja de ser importante distinguir la idea de la formulación de una regla de la inscripción canónica de esa formulación. Aunque una regla no puede tener contenido semántico si no existe alguna formulación revestida de autoridad de esa regla —algún modo de determinar que la regla es “no se admiten perros” y no “no se admiten agentes molestos”—, una formulación revestida de autoridad puede tener tal carácter sin una expresión canónica y textual en forma escrita.

Como ya debería resultar claro, las generalizaciones se toman atrincheradas en virtud de la fijación de su significado, pero el significado puede fijarse en formas diferentes del establecimiento de un conjunto único de palabras escritas de una única fuente. Hemos visto los problemas que se generan al tratar de explicar las limitaciones de las reglas no formulables, y también hemos visto que esos problemas disminuyen

cuando se consideran reglas específicamente formuladas que presuponen y se basan en la realidad del significado. Pero una vez que se advierte que lo que suministra la fuerza a esas reglas específicamente formuladas es su significado, puede considerarse la posibilidad de que las reglas formulables pero no formuladas canónicamente puedan tener la misma fuerza y operar, así, del mismo modo en el que lo hacen las reglas que han sido formuladas canónicamente.

Considérese el ejemplo de HART de la regla que exige que los hombres se quiten el sombrero en la iglesia<sup>25</sup>, o la regla que prohíbe fumar antes de brindar por la Reina de Inglaterra, o la regla en virtud de la cual no doy clases vestido con pantalones cortos ni siquiera en los días más calurosos. Ninguna de estas reglas tiene una formulación canónica. Aunque algunas reglas de etiqueta han sido compiladas y robustecidas por libros escritos por autores influyentes (Emily Post, Amy VANDERBILT, MISS MANNERS, etc.), estos textos difícilmente puedan considerarse canónicos en el mismo sentido en el que concebimos al derecho codificado, a los reglamentos oficiales de ciertos deportes y juegos, o a las prescripciones contenidas en la Biblia o en el Talmud. Quien sigue una regla de etiqueta, o quien critica a otro por haberla quebrantado, no recurre a ningún lenguaje revestido de autoridad como comúnmente se hace cuando se consideran las reglas del derecho, las reglas de un juego o las del Talmud. De todos modos, *hay* reglas de etiqueta, y aquellas a las que se refiere HART difícilmente puedan considerarse inexistentes. Todo el tiempo seguimos reglas semejantes, incluso aunque pudiésemos pensar que sería mejor no hacerlo. Pero si las formulaciones son tan cruciales para la idea de regla, ¿de dónde se deriva la fuerza de estas reglas no canónicas?

Centremos nuestra atención en la regla relativa a quitarse el sombrero en la iglesia, que puede traducirse como “(prohibidos) los sombreros en la iglesia”<sup>26</sup>. Si esta regla estuviera formulada canónicamente, podría imaginarse —como en el ejemplo de los perros en el restaurante—, un cartel en la puerta de la iglesia que dijera “no puede usarse sombrero en el interior”. Como hemos visto, un cartel así podría ser tomado como una regla imperativa, que atrincherara la generalización “(prohibidos) los sombreros en la iglesia” aun en aquellas circunstancias en las que ese resultado no fuese fiel a las justificaciones subyacentes a la regla. Lo que quiero ahora sugerir es que podría llegarse al mismo resultado aun en ausencia del cartel. Una comunidad de personas reputadas como seguidores de la regla, incluso sin cartel, podría no obstante tener en mente el mismo significado y todos sus miembros tratarlo como atrincherado. Esto podría suceder

<sup>25</sup> HART, *The Concept of Law*: 121-122.

<sup>26</sup> Con respecto a esta traducción, véase HARE, *The Language of Morals*: 17-31. Mi particular especificación deóntica del *néustico* de HARE es compatible con pero no atribuible a HARE.

debido a la convergencia de una serie de instrucciones lingüísticas, aunque no canónicas, como sucede cuando todos los padres, en un lenguaje levemente diferente, les dicen a sus hijos que no usen sombrero en la iglesia. Como resultado de ello, los niños al convertirse en adultos concebirán la regla de acuerdo con lo que sus padres les han enseñado, y el punto de convergencia semántica entre las diversas instrucciones, tal como han sido entendidas, podría entonces convertirse en la regla que la comunidad —formada por quienes de niños fueron así instruidos— impone ahora por medio de sanciones o de algún otro modo. Si, por ejemplo, las diversas instrucciones produjeran una condena uniforme para quienes usan sombreros dentro del edificio de la iglesia, pero no produjeran una condena igualmente uniforme para quienes los usan en los escalones de ingreso a la iglesia, estos estímulos de comportamiento podrían contribuir a reforzar las características convergentes de las distintas instrucciones y disipar las divergentes, de modo que el contenido semántico de la regla se entienda de manera más consistente. Como consecuencia de este refuerzo de algunas de las interpretaciones de la regla en desmedro de otras, si en cierto momento se le pidiera a cada miembro de la comunidad que escribiera la regla sobre el uso de sombreros en la iglesia, todos escribirían algo bastante parecido o, al menos, escribirían oraciones con un significado aproximadamente similar. Y en tanto podamos suponer que muchos de sus destinatarios y de los encargados de aplicarlas podrían articular la misma regla si ello les fuera solicitado, no hay razón para creer que la circunstancia de que aún no lo hayan hecho, o de que ninguno haya escrito una versión revestida de autoridad, descarta la existencia de la comprensión común del significado sobre la que reposa toda regla.

Aunque he estado hablando en el contexto de instrucciones alguna vez recibidas, el mismo proceso de generar comprensiones compartidas del contenido semántico de una regla podría desarrollarse por inducción. Si en virtud de la existencia de patrones comunes de percepción, los miembros de una comunidad agrupan los casos que observan más o menos de la misma manera, podrían llegar individualmente a asimilar reglas que son considerablemente semejantes en la comunidad. Si todos consideran que los cocker spaniel, los bulldog y los dálmata son ejemplos de la categoría perro y no de la categoría ser vivo que pesa menos de 100 libras, entonces todos escribirían “No se admiten perros” o algo parecido a esto si se les pidiera que escribieran la regla que explica la prohibición de cada una de estas tres clases de perros. Por cierto que aquí los problemas se hallan todavía más próximos a los que se plantean con respecto a las reglas del lenguaje y de la matemática, sólo que una vez más la aptitud para escribir cierta regla, si se lo solicita, hace que las cuestiones sean diferentes y en cierta forma más fáciles. Esto no significa negar que existan complejos interrogantes



wittgensteinianos cuando se pregunta cómo es que la generalización aceptada a partir de estos tres ejemplos es la categoría de los perros y no la de los animales que pesan menos de 100 libras, y la generalización que resulte aceptada también incorporará probablemente diversas determinaciones culturales que podrían ser diferentes. Pero si en cierto momento la mayoría de los miembros de la comunidad fuese capaz de crear inductivamente la misma regla a partir de los mismos casos, y se comportara como si la regla realmente existiera, entonces ella existiría para esa comunidad tal como existe una regla que posee realmente una inscripción canónica.

En consecuencia, en la medida en que cierto número de personas haya internalizado la misma regla, una regla con el mismo significado, y todos hayan tratado a ese significado como atrincherado, puede decirse que la regla existe para esa gente por más que carezca de una formulación canónica<sup>27</sup>. Por lo tanto, la regla que prohíbe usar sombrero en la iglesia existe (suministra una razón para la acción independiente de sus justificaciones subyacentes para cierto conjunto de personas reputadas como seguidores de la regla) en la medida en que “(prohibidos) los sombreros en la iglesia” sea tratada *como si* estuviera formulada canónicamente, y ello no exige que la formulación aparezca en la forma de marcas sobre un cartel, sobre una página impresa o en cualquier otra parte. Podríamos entonces decir que el fenómeno del atrincheramiento, más que a formulaciones inscritas, se refiere en última instancia a la comprensión común, cuando ésta posee un contenido semántico. Las formulaciones inscritas de reglas facilitan el desarrollo de esa comprensión común con un mismo contenido semántico, pero no son necesarias para ello y, por lo tanto, existe atrincheramiento en la medida en que un decisor trata a una generalización o ejemplificación como si suministrara por sí misma una razón para la acción, incluso cuando hay buenas razones en contrario. Esta generalización podría recogerse de las marcas sobre una página, y la formulación canónica podría fomentar el atrincheramiento mental, pero ello no resulta necesario<sup>28</sup>.

Aunque las reglas pueden entonces existir sin formulaciones inscritas canónicamente, el atrincheramiento de tales reglas puede resultar considerablemente más débil. Como hemos visto, las consecuencias del atrincheramiento son tales que la regla será actual o potencialmente sub y sobreincluyente con respecto a las justificaciones que la gene-

<sup>27</sup> Que un agente internalice una regla consiste simplemente en que tome a la existencia de la regla como una razón para la acción. El *porqué* un agente habría de tomar a la regla como una razón para la acción no es relevante por el momento, aunque pronto lo será.

<sup>28</sup> Y ésta es la razón por la que en ciertos ámbitos “terrier escocés, bulldog, cocker spaniel, —?” funciona como “1000, 1002, 1004, —?”. En ambos casos *hay* una regla —“agregue cualquier perro” y “sume 2”, respectivamente— aunque en ninguno de ellos la regla surge unívocamente de la propia serie.

raron. Cuando no se presenta ninguna experiencia recalcitrante que ocupe el área de sub o sobreinclusividad, la existencia de una regla regulativa no resultará problemática ni interesante. Cuando cierta aplicación particular de una regla no cae en el área de sub o sobreinclusión, el decisor podría sencillamente haber aplicado la justificación de manera directa y la regla resulta superflua. Las reglas se tornan interesantes, no obstante, cuando nos hallamos en la zona de sub o sobreinclusión, cuando cierta aplicación particular de una regla genera un resultado distinto del que se habría generado a través de la aplicación directa de su justificación.

En estos casos interesantes, en los que la aplicación reside en el área de sub o sobreinclusividad, la presión que se ejerce sobre la generalización atrincherada puede ser enorme. Después de todo, es sólo la generalización y no su justificación subyacente la que se inclina más en dirección a la aplicación de la regla que a eludirla. Sólo la instanciación en tanto instanciación, y no algo más profundo, suministra una razón para decidir de acuerdo con la regla. Cuando en esos casos la formulación sólo existe en la mente y no sobre un papel, las presiones para eludir la sub o sobreinclusividad a través de una reformulación al tiempo de su aplicación serán considerables. Sin embargo, estas presiones son en teoría resistibles, y bien podría imaginarse a una persona diciéndose a sí misma: «aunque las razones en apoyo de la regla contra el uso de sombreros en la iglesia resultan inaplicables a esta situación, la regla tal como yo la entiendo se refiere a “sombrosos” *simpliciter* y, por lo tanto, debo sacarme el sombrero». En esos casos, la comprensión por parte del destinatario de una regla equivalente en significado a “no se permite usar sombreros en la iglesia” funciona como si estuviera canónicamente formulada, porque en ambos casos la proposición “(prohibidos) los sombreros en la iglesia” se encuentra suficientemente atrincherada como para resistir los intentos por cambiar su significado, sustituyéndola al momento de aplicarla por “(prohibidos) los sombreros en la iglesia, salvo...”.

De este modo, aunque he intentado demostrar que la distinción entre una regla y su formulación es menos abismal de lo que comúnmente se cree, mi intención es localizar a la regla no tanto en su formulación canónica como en su significado atrincherado. Este atrincheramiento ordinariamente será el producto de la formulación de una regla en un conjunto determinado de palabras, y esos conjuntos determinados de palabras comúnmente harán que el atrincheramiento sea a la vez más probable y más duradero. No obstante, una forma verbal determinada, como el Código de los Estados Unidos de Norteamérica o las reglas oficiales del ajedrez, no constituye una condición necesaria para la existencia de la generalización atrincherada que es componente esencial de toda regla.

## 5. LOS ESTRATOS DE REGLAS

El divorciar la idea de una regla de su formulación canónica y más específica permite apreciar la curiosa posibilidad de que existan estratos acumulados de reglas, y contemplar el concepto de regla más como una *relación* que como una entidad aislada.

Hasta ahora he operado con un modelo de toma de decisiones que sólo comprende reglas formuladas o formulables y las justificaciones que subyacen a ellas. Esas mismas justificaciones subyacentes, sin embargo, no surgen de la nada ni puede concebirse en sentido alguno a la clase de justificaciones que he considerado como fundamental o última. Más bien, estas justificaciones comparativamente específicas (paz y tranquilidad en el parque, precaución al conducir, evitar molestias a los clientes del restaurante) son en sí mismas instanciaciones de justificaciones más profundas e incluso más abstractas. Por ejemplo, he tratado a la regla “no se admiten perros” como la instanciación de la justificación consistente en excluir del restaurante a los agentes ruidosos y molestos. Con respecto a esta justificación, la categórica exclusión de los perros es tanto sub como sobreincluyente, pero ella sirve, no obstante, a la justificación en la medida en que las propiedades problemáticas se encuentran de manera probabilística aunque no inexorable en los perros.

Pero la justificación consistente en excluir a los agentes ruidosos y molestos tiene a su vez su propia justificación, por ejemplo, incrementar el placer de los clientes del restaurante. Y si ahora preguntamos por qué debe valorarse *esta* justificación, la respuesta será que existe algo aún más profundo como justificación de esta justificación, tal como incrementar la rentabilidad del restaurante. Podría irse más allá y preguntar por qué debe perseguirse la rentabilidad, y así sucesivamente, hasta llegar al nivel de la justificación última<sup>29</sup>.

Una vez que se advierte que existen justificaciones en distintos niveles, puede apreciarse que lo que constituye una justificación con respecto a *su* instanciación, normalmente es también a su vez la instanciación de una justificación más profunda. Y así como las reglas formuladas, que conforman las instanciaciones más específicas, pueden considerarse atrincheradas o no, también las instanciaciones pueden (o no) encontrarse atrincheradas en diferentes niveles. En la medida en que una instanciación de cierta justificación resulte así atrincherada

---

<sup>29</sup> Empleo aquí un modelo de justificación múltiple que constituye un simple regreso lineal unidimensional. La justificación es ordinariamente más compleja que esto, pero lo que digo aquí se aplica a cualquier forma menos lineal de justificación, en las que las justificaciones existen en diversos niveles de generalidad, y se aplica también, tal como lo discutí con mayor amplitud en el capítulo 2, nota 14, a modelos coherentistas o constructivistas de justificación.

en cualquier nivel, y en la medida en que ella pueda servir como justificación de una instanciación de un nivel inferior, parece que las justificaciones pueden en sí funcionar como generalizaciones atrincheradas —reglas— con respecto a *sus* justificaciones generadoras.

Utilicemos nuevamente como ejemplo la regla “no se admiten vehículos en el parque”, tal como se desarrolló como punto central en el debate de HART con FULLER<sup>30</sup>. En respuesta a la afirmación de HART de que una regla como ésta tiene un núcleo de significado establecido y una zona de penumbra de incertidumbre que exige discrecionalidad por parte del decisor, FULLER ofreció un contraejemplo destinado a mostrar que la noción de “núcleo de significado” era incoherente si no se hacía referencia al propósito no formulado de la regla. Propuso considerar un tanque militar de la Segunda Guerra Mundial montado sobre un pedestal como parte de un monumento conmemorativo de la guerra<sup>31</sup>. El argumento de FULLER era que algo como un vehículo en un monumento podía quedar encuadrado en el texto de la regla y, no obstante, quedar fuera del alcance de su propósito, en cuyo caso el texto debía ceder ante el propósito. Puede entonces considerarse que FULLER argumenta contra el atrincheramiento de las generalizaciones, y las interpreta como derrotables cuando no sirven a los propósitos de sus justificaciones subyacentes<sup>32</sup>. La toma de decisiones basada en reglas, por otra parte, considera a la generalización “vehículos” como atrincherada, excluyendo así del parque incluso a vehículos como los incorporados a monumentos conmemorativos de guerra, cuya exclusión no sirve a las justificaciones subyacentes a la regla.

Supóngase, sin embargo, que la justificación de la regla “no se admiten vehículos en el parque” es la preservación de la paz y la tranquilidad en el parque. El argumento de FULLER para excluir del campo de aplicación de la regla al vehículo en el monumento se basa en la

<sup>30</sup> HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals»: 607, y FULLER, «Positivism and the Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart»: 669.

<sup>31</sup> El contraejemplo de FULLER vuelve levemente inadecuado al propio ejemplo respecto del punto central del debate, ya que es discutible que la presente falta de movilidad descalifique al tanque como vehículo. Pero esto es un defecto del ejemplo y no constituye la tesis central, dado que existen muchos términos generales cuya aplicación correcta no exige referencia alguna a la función o al éxito para alcanzarla. En consecuencia, permítaseme estipular por anticipado que *no* forma parte de la definición de “vehículo” el que el vehículo sea actualmente operable. Así como los leones enjaulados son no obstante leones, y así como los perros lazarillos son, no obstante, perros, también podemos estipular que los vehículos inmóviles son, no obstante, vehículos.

<sup>32</sup> FULLER también presenta sus argumentos como referidos al significado, y sostiene a veces (por ejemplo, 668-669) que el significado de un término no puede divorciarse ni del contexto específico en el que se lo usa ni de “alguna intención específica al usarlo”. Me he ocupado con anterioridad de esta tesis (capítulo 4, punto 1). Lo que ahora discuto es una caracterización alternativa de los dichos de FULLER, que reconoce que el significado es diferente de y puede consecuentemente entrar en conflicto con la intención del hablante, pero sostiene que en tales casos la intención o propósito debe triunfar sobre el significado acontextual.

primacía del propósito, en que aunque el vehículo en el monumento pueda estar comprendido en la regla formulada, está fuera del ámbito de la justificación de la regla. Pero esa justificación —preservar la paz y la tranquilidad en el parque— es en sí misma la instanciación de un propósito más profundo, como por ejemplo maximizar el placer de los residentes del pueblo en el que se encuentra el parque. Esto conduce a la posibilidad de que incluso la justificación de la regla deba ser considerada derrotable respecto de *su propia* justificación. Supóngase además, por ejemplo, que un residente del pueblo que acaba de ganar seis medallas de oro en los últimos Juegos Olímpicos regresa para ser honrado en una celebración. Supóngase también que va a ser acompañado por un presidente de los Estados Unidos extremadamente popular quien, a causa de una enfermedad infantil, no puede caminar. Se prevé un desfile motorizado y se elige al parque como el único lugar apropiado para llevarlo a cabo. ¿Debe permitirse el desfile?

En este caso no parece haber tensión entre la regla formulada y su justificación más inmediata. La presencia de los vehículos que forman el desfile, en tales circunstancias, más que incrementar, disminuirá el grado de paz y tranquilidad en el parque. En consecuencia, tanto la formulación como la justificación de primer nivel llevan a la exclusión del desfile del parque. Sin embargo, en el nivel siguiente esto puede considerarse como un caso en que la reducción de la paz y la tranquilidad, más que disminuir, incrementará el regocijo de los residentes del pueblo. Por lo tanto, éste es un caso en el cual la justificación de primer nivel —maximizar la paz y la tranquilidad— resulta sobreincluyente con respecto a *su* justificación —maximizar el placer de los residentes del pueblo—, porque aquí no puede sostenerse la generalización probabilística de que un mayor grado de paz y tranquilidad significa mayor placer. La cuestión es entonces idéntica a la que surgía cuando la formulación “no se admiten vehículos en el parque” entraba en conflicto con la justificación de primer nivel (paz y tranquilidad), sólo que con diferencia de un nivel. Aquí también preguntamos si la generalización que constituye la justificación de primer nivel es derrotable cuando no sirve a *su* justificación subyacente —la maximización del placer—. Si la justificación de primer nivel es tan derrotable como la formulación, entonces el factor paz y tranquilidad debería ceder en este caso ante el factor máximo placer. No obstante, si la justificación de primer nivel no es derrotable sino atrincherada, la disminución de la paz y tranquilidad provocada por el desfile suministra una razón para evitar el desfile, a pesar de que en este caso el mayor grado de paz y tranquilidad no sirva a la justificación más profunda de maximizar el placer.

De elegirse esta última alternativa, esto es, el tratar a la formulación como derrotable pero a la justificación de primer nivel como atrin-

cherada, la consecuencia sería que la justificación de primer nivel tendría el estatus de una generalización atrincherada —una *regla*— con respecto a la justificación que la genera. Y puede imaginarse que lo mismo podría ocurrir en niveles de justificación incluso más profundos hasta que ya no sea posible seguir. En consecuencia, si en cada nivel se considerara que la instanciación *no* es atrincherada con respecto a su justificación subyacente, el proceso de decisión rechazaría cualquier decisión en la que la aplicación de una instanciación discrepara de la decisión que se alcanzaría si la justificación de la instanciación se aplicara directamente. Por lo tanto, un proceso de decisión que tome a todas las instanciaciones como derrotables con respecto a su justificación del siguiente nivel resultará extensionalmente equivalente a un proceso de decisión en el que se aplican directamente a cada caso justificaciones últimas. La equivalencia extensional se evita entonces sólo cuando y en la medida en que en uno o más niveles de justificación se trata a la instanciación de una justificación como atrincherada a la luz de esa misma justificación.

Por consiguiente, puede reconstruirse la idea de una regla como una *relación*. Una regla existe (para cierto agente o dentro de cierto entorno de toma de decisiones) en la medida en que se trata a una instanciación de una justificación (por cierto agente o por el decisor en cierto entorno de toma de decisiones) como atrincherada, con el poder para suministrar una razón para la decisión incluso cuando esa instanciación no sirve a la justificación que la genera. La forma de toma de decisiones que podemos denominar basada en reglas, por lo tanto, existe en la medida en que las instanciaciones resisten los esfuerzos por penetrarlas en aras de sus justificaciones. Dado que las justificaciones y sus instanciaciones existen en múltiples niveles en el universo normativo, puede decirse también que las reglas pueden potencialmente existir en múltiples niveles en el mismo universo normativo<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Como la toma de decisiones basada en reglas sólo tiene sentido en el contexto de una relación entre una *instanciación* y su justificación, esta idea resulta inaplicable a las prescripciones *a priori*. Cuando la justificación se agota, también se agota aquella forma de toma de decisiones que es coherente sólo si existe una justificación que subyace a la prescripción. Por lo tanto, sea lo que sea lo que pueda decirse sobre las fuentes, efectos y rasgos de las reglas morales últimas, no voy a referirme a tal cosa en este libro. “Justificación” es, en consecuencia, una expresión técnica y estipulativa, de manera que a los fines que aquí persigo, las reglas pueden tener justificaciones moralmente injustificadas.

## CAPÍTULO V

### LA TOMA DE DECISIONES BASADA EN GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS

#### 1. UNA DISTINCIÓN CON UNA DIFERENCIA

Hemos distinguido dos tipos de toma de decisiones, siendo la distinción entre ambas una función del modo en el que las generalizaciones prescriptivas dirigidas a cualquier decisor resultan, normalmente, instancias sub y sobreincluyentes de justificaciones más profundas. De acuerdo con la primera especie de toma de decisiones, estas instancias funcionan como guías carentes de peso intrínseco para la aplicación de sus justificaciones subyacentes y, de tal modo, no ejercen ninguna presión normativa en los casos en los cuales los resultados que ellas indican difieren de los que surgen de la aplicación directa de esas justificaciones subyacentes. Pero de acuerdo con la segunda especie de toma de decisiones, se trata a estas instancias como atrincheradas, de modo que ejercen una presión normativa en tanto instancias, incluso en aquellos casos en los cuales su aplicación frustra la justificación (o justificaciones) que subyacen a ellas.

Ahora podemos poner un nombre a cada una de estas dos formas de toma de decisiones. Voy a denominar *particularista* a la toma de decisiones del primer tipo, dado que trata a lo que se presenta en forma de reglas como meras reglas indicativas (una expresión que someteré a un análisis más detallado en la sección final de este capítulo), carentes de peso propio, no permitiéndoles interferir con la consideración plena de todas las características relevantes (de acuerdo con la justificación o el conjunto de justificaciones aplicables) del suce-

so que requiere una decisión<sup>1</sup>. La toma de decisiones particularista se centra en la situación, caso o acto particular y abarca de este modo todo aspecto del acontecimiento particular que motiva la decisión que resulte relevante para tomarla. Por contraste, me referiré al segundo tipo de toma de decisiones como *basada en reglas*, porque excluye de la consideración algunas propiedades del hecho particular que un procedimiento de decisión particularista reconocería. La toma de decisiones basada en reglas se distingue de la particularista justamente porque algunas características del hecho, que de otra manera serían relevantes en la decisión, son actual o potencialmente ignoradas por la generalización sub y sobreincluyente que constituye el predicado fáctico de cualquier regla.

En la práctica incluso un procedimiento de toma de decisión particularista emplea generalizaciones prescriptivas, las que en un procedimiento como éste tienen la apariencia de reglas aunque se las trate sólo como guías transparentes. Así, ambas especies de toma de decisiones, la particularista y la basada en reglas, proyectan las generalizaciones del pasado sobre las realidades del futuro de ese pasado. Sin embargo, las dos difieren cuando un decisor, aplicando las generalizaciones del ayer al hoy, se enfrenta con una experiencia recalcitrante —una situación en la cual la aplicación de la generalización a la decisión actual parece frustrar más que servir a la justificación que subyace a la generalización—. En casos semejantes, la toma de decisiones particularista adapta la generalización a las necesidades del momento, ya que trata a la generalización previa como si no mereciera peso intrínseco alguno en el cálculo de la decisión. La toma de decisiones basada en reglas rechaza, en cambio, la revisión continua de las generalizaciones y, consecuentemente, les atribuye fuerza, incluso en aquellos casos en los que parece no merecerla.

Cuando se advierte que la decisión de conformidad con reglas es una decisión de acuerdo con una generalización (o instancia) atrincherada, es posible entender de una forma bien diferente el argumento de David LYONS según el cual la generalización utilitarista, así como una forma del utilitarismo de reglas, es extensionalmente equivalente al utilitarismo de actos<sup>2</sup>. Con respecto a la generalización utilitarista, LYONS llega a esta conclusión considerando que el punto central de

<sup>1</sup> El procedimiento que denomino "particularista" se encuentra bastante próximo a la idea de RAZ de actuar "según el balance de razones", *Practical Reason and Norms*: 36, y podría denominárselo "basado en actos", dado que es estructuralmente (aunque no axiológicamente) idéntico al utilitarismo de actos. Lo que llamo "particularismo" es entonces consistente con hablar de "X de actos", donde X es cualquier teoría, conjunto de teorías, justificación o conjunto de justificaciones. Prefiero, no obstante, evitar la expresión "basado en actos" porque ella ubica al proceso de decisión en forma más excluyente de la necesaria para este emprendimiento dentro del consecuencialismo ético, y porque existen diferencias entre la distinción que yo trazo y algunas que se trazan frecuentemente entre utilitarismo de actos y utilitarismo de reglas.

<sup>2</sup> LYONS, David, *Forms and Limits of Utilitarianism*, *passim*.



la generalización normativa queda reflejado en una pregunta como "¿qué pasaría si todos hicieran lo mismo?"<sup>3</sup>. LYONS centra entonces la atención en la idea de "lo mismo" y concluye, correctamente, que cualquier acción es susceptible de un número inmenso de descripciones lógicamente correctas pero extensionalmente divergentes (véase *supra*, capítulo 2, secciones 1 y 2). En consecuencia, no puede determinarse qué acciones son "la misma" por medio de una inspección no sustentada por una teoría, porque dos acciones pueden ser idénticas o diferentes dependiendo de cuáles de sus propiedades se tomen como constitutivas de su descripción<sup>4</sup>. A fin de determinar la descripción de una acción con el propósito de localizar el universo de las acciones similares se necesita, por lo tanto, una teoría que establezca la descripción *relevante* de esa acción. Una teoría semejante, según LYONS, puede ser suministrada (dentro del utilitarismo) sólo por el propio principio de utilidad. Ese principio nos indica qué características de cualquier acto son moralmente relevantes, y la descripción resultante de ese acto incluirá todas las características que son moralmente relevantes y ninguna que no lo sea. De este modo, el principio de utilidad genera una *descripción relevante completa* del acto bajo análisis, y otros actos serán "lo mismo" que aquél sólo en la medida en que ellos sean susceptibles de la misma descripción relevante completa. De esto resulta, no obstante, que la decisión indicada por la consideración de la utilidad de la clase de todos los actos descritos completa y relevantemente de manera equivalente será necesariamente idéntica a la decisión que se sigue de la consideración de ese solo acto. LYONS concluye, por lo tanto, que el utilitarismo de actos y la generalización utilitarista, al permitir derivar la misma decisión en todo caso, son extensionalmente equivalentes<sup>5</sup>.

Los críticos de LYONS han aceptado en gran parte la exigencia de que el acto desde el cual una persona generaliza debe ser descrito completamente en todos sus aspectos relevantes. Lo que entonces han pretendido demostrar es que, incluso bajo esta condición, la prueba de la equivalencia extensional falla<sup>6</sup>. Sin embargo, esta controversia es tangencial respecto del análisis de las reglas como generalizaciones

<sup>3</sup> Formulaciones como ésta se hallan bien asentadas en la bibliografía. Véase, por ejemplo, STOUT, «But Suppose Everyone Did the Same».

<sup>4</sup> "Acciono el interruptor, prendo la luz e ilumino la habitación. Sin advertirlo, también alerta a un intruso de que he vuelto a casa. Aquí no necesariamente he hecho cuatro cosas, sino sólo una de la que se ofrecen cuatro descripciones". DAVIDSON, «Actions, Reasons and Causes»: 4.

<sup>5</sup> Esta síntesis no hace justicia a la elegante e intrincada prueba de LYONS, pero desarrollar aquí el argumento de Lyons con mayor detalle no tendría objeto.

<sup>6</sup> La mayoría de estas objeciones se han centrado en la interrelación entre múltiples agentes, cuya consecuencia es que la descripción completa de una categoría de actos llevados a cabo por una clase de agentes es diferente de la descripción completa de un acto llevado a cabo por un único agente. Véase, por ejemplo, REGAN, *Utilitarianism and Cooperation*: 95-103; EZORSKY, *Reseña Bibliográfica*; GOLDMAN, «David Lyons on Utilitarian Generalization»; HORWICH, «On

atrincheradas, porque lo que aquí interesa es la exigencia de una descripción completa que tanto LYONS como sus críticos están igualmente dispuestos a asumir.

Aunque LYONS estuviese en lo cierto al concluir que un procedimiento de toma de decisiones basado en actos es extensionalmente equivalente a uno basado en generalizaciones a partir de actos descritos completamente, esa conclusión no implica una equivalencia extensional entre un procedimiento basado en actos y uno en el cual las generalizaciones a partir de un acto son deliberadamente incompletas. Considérese la ambigüedad de la expresión “lo mismo” en “¿qué pasaría si todos hicieran lo mismo?”. En un sentido, que es el que LYONS parece adoptar, la palabra “mismo” es descriptiva y se la emplea para referirse a una identidad que es lógica y temporalmente anterior al acto de identificación. Con frecuencia cuando decimos que dos individuos son “lo mismo” queremos decir, en un sentido quizás ingenuo, que sencillamente *son* el mismo caso. Sin embargo, en otro sentido la palabra “mismo” es *adscriptiva* más que descriptiva, y se la emplea para resaltar una decisión de tratar como similares incluso a aquellos individuos que son, al menos en parte, descriptivamente diversos. En este segundo sentido, la identificación de dos casos particulares como “lo mismo” constituye en sí el acto de determinar que los dos casos, que difieren en algunos de sus aspectos, serán tratados, sin embargo, como si esas diferencias no existieran. Y en este sentido adscriptivo de la expresión “mismo”, “¿qué pasaría si todos hicieran lo mismo?” no necesariamente significa que el universo expandido de actos relevantes deba ser idéntico, incluso dentro de una cierta teoría que determine lo que es relevante. La adscripción de equivalencia podría más bien servir para otros propósitos, y la identificación de otros actos como “lo mismo” podría ser consistente tanto con “¿qué pasaría si todos hicieran *algo que perciben como* lo mismo?” como con “¿qué pasaría si todos ejecutasen actos incluidos dentro de la misma categoría lingüística y conceptual atrincherada que el acto que Ud. se propone realizar?”. Estas dos preguntas generan una generalización a partir de un acto particular, pero en ninguno de los dos casos la generalización procede de lo que LYONS identifica como una descripción completa. Esto no muestra que estas formas de generalización sean intrínsecamente falaces. Lo que sí muestra es que hay formas de generalización distintas de la generalización a partir de una descripción completa. Las generalizaciones, como hemos visto, comúnmente suponen la supresión de características actual o potencialmente relevantes de algún caso particular, de modo que proceden de algo menos que la descripción completa que LYONS toma como axiomática. Cuando en los capítulos 2 y 3 examinamos la generalización incompleta como un

---

Calculating the utility of Acts»; KAVKA, «Extensional Equivalence and Utilitarian Generalization»; SILVERSTEIN, «Simple and General Utilitarianism», y SOBEL, «Utilitarianism: Simple and General».

instrumento para facilitar la comunicación, vislumbramos algunas de las razones para emplear generalizaciones incompletas. Y en el capítulo 7, cuando se exploren las diversas razones para tener reglas, podrán apreciarse fundamentos adicionales para considerar deseables a las generalizaciones a partir de descripciones incompletas. Lo que aquí interesa resaltar, no obstante, es solamente que una estrategia de generalización a partir de una descripción completa del acto desencadenante es sólo uno de dos posibles enfoques de las generalizaciones. Y que el otro enfoque posible, consistente en generalizar a partir de algo menos que una descripción completa del acto desencadenante, no parece plausible que resulte extensionalmente equivalente a un procedimiento de decisión centrado sólo en el propio acto desencadenante.

LYONS llega a la misma conclusión sobre la equivalencia extensional con respecto a una forma del utilitarismo de reglas, que instruye a los agentes a actuar de conformidad con aquellas reglas cuyo cumplimiento universal maximizaría la utilidad. Una regla semejante es, de acuerdo con la definición de LYONS, de una especificidad ilimitada, y LYONS nuevamente demuestra que un agente actuando de conformidad con tales reglas ideales de especificidad ilimitada siempre realizará el mismo acto que llevaría a cabo un agente que aplicase los principios utilitaristas de forma directa a todo acto. Aceptemos una vez más la corrección de la prueba de LYONS y, consecuentemente, supongamos que el utilitarismo de actos produce los mismos resultados que una decisión de conformidad con reglas de una especificidad ilimitada basadas en la utilidad<sup>7</sup>. Tampoco hay ninguna razón para restringir estos presupuestos a cuestiones relativas al utilitarismo. Generalizando la prueba de LYONS a todas las variedades de decisiones basadas en reglas, ha de aceptarse que un procedimiento de decisión que aplique directamente justificaciones últimas producirá necesariamente los mismos resultados que un procedimiento de decisión que aplique reglas de una especificidad ilimitada, a su vez basadas en esas mismas justificaciones últimas<sup>8</sup>.

Esta conclusión, no obstante, dice poco acerca de las implicancias de las generalizaciones atrincheradas de especificidad limitada en lo que a las decisiones se refiere. La equivalencia extensional, y la consiguiente congruencia de las decisiones basadas en actos y las basadas en reglas, se sigue justamente porque una concepción de las reglas

---

<sup>7</sup> Acepto esta conclusión porque no se pierde nada al hacerlo. Si un procedimiento de decisión basado en actos no es extensionalmente equivalente a uno basado en reglas de especificidad ilimitada, entonces los procedimientos de decisión basados en actos y los basados en reglas serán diferentes, que es todo lo que pretendo mostrar aquí. En consecuencia, aceptar la conclusión de LYONS, a pesar de las (a mi criterio, exitosas) objeciones contra ella, no implica costo alguno, pero ayuda a comprender la naturaleza de las decisiones basadas en reglas.

<sup>8</sup> Véase también BRANDT, «Toward a Credible Form of Utilitarianism»: 119-123, donde se discute una forma "falaz" de utilitarismo de reglas.

que admite su especificidad ilimitada, al igual que una concepción de las generalizaciones que presuponga descripciones completas, constituye un gran paso hacia la eliminación por definición de la posibilidad de cualquier diferencia. Por otra parte, LYONS no incorpora en su definición de regla la exclusión de maleabilidad constante. Por el contrario, su enfoque de las reglas es en gran medida estático, contemplándolas desde la perspectiva de un agente que considera simultáneamente qué regla adoptar y qué acción realizar. Al no tomar en cuenta consideraciones dinámicas, al menos el salto temporal entre la creación de una regla y su aplicación en una situación específica, LYONS de hecho permite que sus reglas sean construidas al momento de su aplicación, y que lo sean a la luz de la aplicación que enfrenta ahora el decisor. Pero esta construcción al momento de la decisión, que equivale a la maleabilidad constante, excluye lo que con frecuencia consideramos como una característica fundamental de la calidad de regla —la forma en la que algo desde el pasado controla el presente—. Si podemos hacer de una regla lo que sea que *ahora* queremos que sea, dejamos de incorporar el componente fundamental que distingue a las reglas de las decisiones sin restricciones. Las reglas son necesariamente *rígidas*, ya que resisten los esfuerzos actuales para moldearlas a las necesidades del momento. Al excluir esta rigidez en el nivel definicional, LYONS se encuentra comparando dos caracterizaciones diferentes de la misma forma de decisiones basadas en actos, en lugar de comparar reglas necesariamente rígidas con decisiones que no se apoyan en reglas<sup>9</sup>.

Además de eliminar por definición la separación temporal entre la creación de las reglas y su aplicación, LYONS empaña la diferencia entre las decisiones basadas en reglas y las decisiones basadas en actos, al estipular que las reglas pueden tener una especificidad ilimitada y no obstante seguir siendo reglas. Él admite, e incluso exige, que sus reglas sean especificadas en grado máximo en cuanto a su relevancia<sup>10</sup>. Sin embargo, esta concepción de las reglas, así como la paralela concepción de las generalizaciones, excluye una vez más como alternativa al utilitarismo de actos una forma de toma de decisiones según la cual se aplican reglas de una especificidad limitada, reglas diseñadas en sí mismas para adelantar premisas utilitaristas, de manera directa y opaca a casos particulares<sup>11</sup>. En el proceso de mostrar que

<sup>9</sup> Véase ALEXANDER, «Pursuing The Good-Indirectly»: 322.

<sup>10</sup> Para una consideración más detallada de la idea de especificación relevante, véase SINGER, *Generalization in Ethics, passim*, y HARRISON, «Utilitarianism, Universalisation and Our Duty to be Just»: 116-120.

<sup>11</sup> LYONS, de hecho, acepta que una forma de utilitarismo de reglas no es extensionalmente equivalente al utilitarismo de actos. Este utilitarismo de reglas no equivalente selecciona reglas sobre la base de su potencial *aceptación* más que sobre la base de los resultados que producirían bajo condiciones hipotéticas de *cumplimiento pleno*. Con respecto a esta versión del utilitarismo de reglas, no obstante, LYONS sostiene que su deseabilidad sólo puede explicarse recurriendo

las decisiones de conformidad con reglas de especificidad ilimitada es extensionalmente equivalente a las decisiones en virtud de su sola justificación, LYONS logra hacer progresar nuestra comprensión de lo que es una regla. Su demostración de que reglas constantemente maleables de especificidad ilimitada producen los mismos resultados que se alcanzarían si no hubiese reglas en absoluto nos alerta sobre la posibilidad de que esas reglas constantemente maleables y de especificidad ilimitada sean reglas sólo en su forma pero no en sus efectos. Por lo tanto, LYONS nos ayuda a ver que la exclusión de estas características de maleabilidad continua y especificidad ilimitada es necesaria para la definición del concepto de regla, o al menos necesaria para cualquier definición que preserve la distinción entre dos formas extensionalmente divergentes de decisiones. Puesto que una vez que se comparan las decisiones basadas en actos con las decisiones de acuerdo con generalizaciones que no son ni especificadas en grado máximo ni constantemente maleables, en otras palabras, una vez que se compara la toma de decisiones particularista con la toma de decisiones basada en generalizaciones atrincheradas, puede advertirse, como he intentado demostrar en el capítulo 4, que las dos no son en modo alguno extensionalmente equivalentes<sup>12</sup>.

Sin embargo, no deberíamos dar demasiada importancia al papel de la especificidad limitada para distinguir las decisiones basadas en reglas de las decisiones particularistas. Aunque atrincherar una generalización de especificidad limitada es una condición suficiente para la existencia de una regla, la especificidad limitada puede no ser vista como una condición necesaria. Supóngase que existiera una regla con un alto grado de especificidad, construida de tal manera que se incorporara en ella toda distinción y toda precisión relevante que fuese concebible. Una regla semejante podría decidir correctamente cualquier caso, desde la perspectiva de cualquier justificación o justificaciones subyacentes que hubiesen inspirado la creación de la regla y sus precisiones. Esta regla difícilmente podría tener una especificidad limitada, ya que por definición toda especificación relevante habría sido incorporada en ella. De todos modos, incluso una regla precisa

---

a valores no utilitarios como la justicia y la imparcialidad. Pero como otros han advertido (véase WOOLEY, *Reseña Bibliográfica*: 184), está lejos de ser claro que el principio de utilidad no pueda en sí mismo brindar fundamentos para la adopción de reglas simplificadas intencionalmente. Esto es especialmente cierto una vez que se distingue la pregunta acerca de lo que un agente debería hacer de la pregunta acerca de qué reglas deberían ser institucionalizadas y enseñadas. Sobre esta distinción, véase especialmente HARE, *Moral Thinking*, *passim*.

<sup>12</sup> HARE reconoce el papel desempeñado por la especificidad limitada y ofrece una teoría inmune a la objeción de LYONS. HARE, *Moral Thinking*: 35-53; *id.*, «Principles», *passim*. La especificidad limitada también está presupuesta en la versión de BRANDT del utilitarismo de reglas, y también sobrevive intacta a LYONS. BRANDT, «Toward a Credible Form of Utilitarianism»: 164-172. Véase, asimismo, GREENAWALT, *Conflicts of Law and Morality*, y ADAMS, «Motive Utilitarianism»: 480.

en grado máximo como ésa seguiría siendo vulnerable al fenómeno de la textura abierta. Podría todavía ocurrir que se presentase algún suceso nuevo y hasta entonces inesperado que provocara que ahora la aplicación de esa regla tan específica generase un resultado inconsistente con su justificación subyacente. En ese caso se plantearía la cuestión de si esa regla puede ser entonces modificada *al tiempo de su aplicación*. Si la regla pudiera modificarse de tal suerte, la forma de la toma de decisiones seguiría siendo extensionalmente equivalente a la toma de decisiones únicamente basada en la justificación. Pero si la regla no pudiera modificarse a fin de dar cuenta del caso no anticipado, entonces en ese caso habría una divergencia entre el resultado generado por la regla y el generado por la justificación subyacente. Por lo tanto, los modos maleables y no maleables de toma de decisiones no serían extensionalmente equivalentes, a pesar del hecho de que la regla original tenía una especificidad máxima.

Así, la característica que resulta tanto condición necesaria como suficiente para la existencia de decisiones basadas en reglas es la ausencia de maleabilidad constante más que la presencia de especificidad limitada. La maleabilidad limitada —aun más que la especificidad limitada— es en consecuencia fundamental para explicar la diferencia entre las decisiones basadas en reglas y las decisiones particularistas. Para cualquier relación de dos niveles (justificación e instanciación), las decisiones basadas en reglas existen sólo en la medida en que la instanciación resiste las modificaciones continuas al servicio de la justificación que las genera<sup>13</sup>. Si el hecho de la instanciación no opone resistencia,

<sup>13</sup> Tal como lo analizo en el capítulo 6, esta resistencia no necesita ser absoluta. No obstante, si no hay *ninguna* resistencia, no habrá instancias en las que los resultados generados por la regla difieran de los generados por la justificación. Para que las decisiones basadas en reglas no sean simplemente un nombre diferente de las decisiones particularistas, las reglas empleadas en las primeras deben preexistir a cualquiera de sus aplicaciones particulares y deben ofrecer cierta resistencia en esa aplicación. En consecuencia, para mantener la distinción entre las decisiones basadas en reglas y las decisiones particularistas se necesita resistir la tentación de considerar a las reglas como incompletas antes de su aplicación específica. BURTON, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, *passim*, y FARBER y FRICKEY, «Practical Reason and The First Amendment», *passim*. Esta tesis de la incompletitud, frecuentemente presentada como una interpretación de la razón práctica aristotélica, resulta curiosa. En la medida en que el predicado fáctico de cualquier regla subsume ciertos casos específicos, como “perro” subsume a Angus y “libro” subsume a esto, entonces ninguna regla es necesariamente incompleta. Así, una regla es completa para aquellos casos en los que alguna aplicación específica putativa es subsumida bajo la regla general. Véase SUSSKIND, *Expert Systems and the Law*, *passim*. (No considero que la expresión “subsumir” implique ningún grado mayor de derivación lógica que la quizás más débil noción de “extensión”.) Algunas de estas aplicaciones específicas, no obstante, harán que quien aplique la regla la cuestione. Si la regla es cuestionada mediante una modificación *posterior* a su aplicación, la permisibilidad de cuestionar y luego modificar la regla para el *próximo* caso no es analíticamente inconsistente con el hecho de que la regla ejerza una limitación en *este* caso. Pero si la aplicabilidad previamente asumida de la regla al caso es cuestionada mediante un rechazo de la subsunción de ese caso en ella, la regla se vuelve constantemente modificable y, en consecuencia, irrelevante para la toma de la decisión. A menos que para cierto número

entonces la decisión de acuerdo con la instanciación y la decisión de acuerdo con la sola justificación son extensionalmente equivalentes. La decisión de acuerdo con reglas, por lo tanto, se distingue precisamente porque, y consiguientemente cuando, se trata a las instancias en sí mismas como fundamentos para la decisión, más que como indicadores meramente derrotables de los resultados que probablemente se alcanzarían a través de la aplicación directa de sus justificaciones subyacentes.

Como lo expliqué en el capítulo 4, punto 5, las reglas podrían existir en diversos niveles en una jerarquía de justificaciones e instancias, reiterando un modelo de regresión lineal heurísticamente simplificado de decisiones. Un cierto entorno de toma de decisiones podría, por ejemplo, contener generalizaciones prescriptivas en cuatro niveles diferentes: *a)* una única justificación última; *b)* un conjunto de justificaciones de segundo orden que fuesen instancias de la justificación última; *c)* un conjunto adicional de justificaciones de tercer orden que fuesen instancias de las justificaciones de segundo orden, y *d)* otro conjunto más de justificaciones de cuarto orden que fuesen instancias (quizás canónicamente inscritas) de las justificaciones de tercer orden. En este entorno de toma de decisiones, podría ser que las instancias de cuarto orden fuesen transparentes con respecto a las justificaciones de tercer orden, sin que ejercieran presión normativa alguna cuando los resultados indicados por ellas difirieran de los resultados indicados por las justificaciones de tercer orden. De ser así, la relación entre el tercer y el cuarto nivel sería libre de reglas. No obstante, podría además ocurrir que en el mismo entorno de toma de decisiones, las justificaciones de tercer orden *sí* ejerciesen presión normativa como instancias de las justificaciones de segundo orden, y que las justificaciones de segundo orden *sí* ejerciesen presión normativa como instancias de la justificación última, de modo que en cada uno de estos niveles el nivel inferior ofreciese resistencia a la aplicación directa del nivel superior en aquellas ocasiones en las que la aplicación directa hubiese generado un resultado diferente del generado por la aplicación de la instanciación. Si ése fuese el caso, las decisiones basadas en reglas *existirían* dentro del entorno de toma de decisiones, pero no con respecto a las instancias más específicas en ese sistema. El sistema, como un todo, no sería libre de reglas, porque al menos en algún nivel dentro del entorno ciertos resultados de otro modo deseables estarían excluidos por la rigidez de las instancias de orden inferior<sup>14</sup>.

---

de casos al menos potenciales el peso de la regla en tanto regla sea suficiente para vencer incluso frente a una creencia en contrario acerca de cómo debe ser decidido este caso, la regla sería superflua. Si la creencia de un decisor sobre el caso derrota la fuerza de la regla en todo caso de conflicto entre ambas, entonces la regla sólo existiría como una regla indicativa, cuyos efectos serán analizados con mayor detenimiento en el capítulo 5, punto 7, y en el capítulo 8, punto 5.

<sup>14</sup> Mis observaciones siguen el punto de vista de quienes han efectuado comentarios relativos

## 2. LA ESTRUCTURA DE LA DIVERGENCIA EXTENSIONAL

Las decisiones basadas en reglas han de ser en consecuencia diferenciadas de las decisiones particularistas o “considerando todas las circunstancias relevantes”. Cuando la cuestión de las reglas se presenta como parte del debate interno en la tradición utilitarista, la noción de “considerando todas las circunstancias relevantes” no es problemática, porque la teoría del valor de cualquier versión del utilitarismo determinará qué es lo que ha de ser considerado cuando el mandato consiste en considerar “todo”. Sin embargo, la distinción entre las decisiones basadas en reglas y las decisiones particularistas no se restringe a formas alternativas de decisiones utilitaristas. *Cualquier* justificación, o cualquier teoría subyacente o marco de justificación (sin importar su grado de complejidad), seleccionará un conjunto de hechos como relevantes para la toma de decisiones en concordancia con esa justificación o teoría justificatoria e, inversamente, tratará a las restantes propiedades del mundo como irrelevantes para las decisiones.

La toma de decisiones basada en reglas es, por lo tanto, una forma de toma de decisiones que se presenta *dentro* de alguna teoría justificatoria y existe sólo en relación con ella<sup>15</sup>. Consecuentemente, dentro de una teoría justificatoria, la divergencia extensional implica que para cierto número de casos el resultado indicado por la aplicación directa de la teoría diferirá del resultado indicado por una regla que opera *dentro* de esa teoría. Una regla puede operar en una teoría justificatoria de

---

al papel de las “disposiciones” en las decisiones utilitaristas. Véase, por ejemplo, la discusión de MILL respecto de la relación de la justicia con la utilidad en el capítulo 5 de *Utilitarianism*, y también ADAMS, «Motive Utilitarianism», *passim*, y PETTIT y BRENNAN, «Restrictive Consequentialism», *passim*. Mis conclusiones son igualmente consistentes con los enfoques que destacan los diferentes niveles del pensamiento moral, con principios intermedios operando de un modo semejante al de las reglas. Véase HARE, *Moral Thinking*, *passim*, y BAYLES, «Mid-Level Principles and Justification», *passim*. También considero que HART hace una observación similar cuando, comentando sus debates con FULLER, reconoce que el significado de una regla jurídica podría no ser sólo una función de su formulación verbal, sino también de la finalidad que ella persigue sobre la que existe acuerdo. HART. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*: 7-8, 106.

<sup>15</sup> Emplearé la expresión “teoría justificatoria” para comprender tanto justificaciones específicas, tales como satisfacer a los clientes en un restaurante o evitar los riesgos en la conducción de automóviles, como sistemas comprensivos de justificación, incluyendo al utilitarismo pero no circunscritos a él.

Vale la pena repetir, no obstante, que mi análisis de las decisiones basadas en reglas presupone alguna justificación subyacente a una regla. Consecuentemente, mi enfoque concierne a un conjunto de problemas que no toca directamente reglas últimas y categóricas de tipo kantiano, aunque es en efecto cierto que tales reglas últimas pueden constituir las justificaciones subyacentes a las reglas de orden inferior que resultan instrumentales respecto de aquéllas. En este sentido, estas reglas instrumentales de orden inferior puede ser sub o sobreincluyentes frente a las reglas últimas de orden superior no consecuencialistas, pero nada de lo que digo aquí es muy pertinente respecto de las propias reglas últimas no consecuencialistas. Cuando termina la justificación, lo mismo acaece con la posibilidad de la sub o sobreinclusión.



dos maneras: las restricciones de las reglas existentes en una teoría justificatoria pueden ejercer su fuerza excluyendo de la toma de decisiones correspondiente a esa teoría factores que la teoría de otro modo habría considerado relevantes, o incluyendo en la toma de decisiones correspondiente a esa teoría factores que de otro modo ella habría considerado irrelevantes.

Contemplamos así a las reglas como un fenómeno esencialmente frustrante, ya que ejercen su influencia obstaculizando el camino. Ellas vedan el acceso a hechos que serían de otro modo, de acuerdo con una cierta teoría justificatoria, relevantes para tomar la decisión, y obstaculizan el camino con hechos que de otro modo serían irrelevantes. Por consiguiente, el efecto de las reglas consiste o bien en truncar o bien en expandir el conjunto de hechos que orientan las decisiones, y en hacerlo de una manera tal que puede parecer artificial. Una regla que establece un límite de velocidad de 55 millas por hora, a efectos de satisfacer la justificación de reducir los riesgos en la conducción de automóviles, elimina de la consideración con carácter presuntivo hechos que serían de otro modo relevantes en la determinación de lo que es riesgoso. Que el camino esté seco, por ejemplo, es relevante para determinar la seguridad pero irrelevante para determinar la velocidad. De manera similar, la regla que prohíbe fumar antes del brindis en honor de la Reina está basada presumiblemente en la justificación de abstenerse de interferir en el disfrute de la cena de los demás. Muchos factores podrían ser relevantes para determinar si un cierto acto de fumar satisface esa justificación (¿habían terminado todos de comer?, ¿había no-fumadores en la mesa?), pero la regla excluye la consideración de esos factores, sustituyéndolos por una focalización exclusiva en la realización del brindis.

En estos ejemplos las reglas tornan irrelevantes ciertos hechos que de otro modo serían relevantes, pero hay otros tantos casos en los que ocurre lo opuesto, en los que las reglas tornan relevantes hechos que de otro modo serían irrelevantes. En el caso del brindis, por ejemplo, la justificación de maximizar el disfrute de la cena para quienes están en la mesa podría no seleccionar como relevante para tal justificación la realización de un brindis en honor de la Reina, pero la regla torna relevante ese hecho que de otro modo sería irrelevante. De manera similar, la justificación de reducir los riesgos en la conducción de automóviles no parecería tomar como relevante la existencia de un cartel en el que aparecen ciertos números, pero la regla vuelve relevante el hecho de que un cartel que limita la velocidad a 55 millas por hora se encuentre en cierto lugar, lo que de otro modo sería irrelevante.

Los hechos sobre los que he estado discutiendo son hechos "brutos", que suelen ser distinguidos de manera fructífera de hechos que no se refieren a la estructura física del mundo, sino que versan sobre

la existencia de cierta regla o principio. En los entornos de toma de decisiones que involucran prescripciones múltiples, esta última variedad de hechos es de gran importancia. Las reglas manipulan este conjunto de prescripciones múltiples, y la aptitud de las reglas para truncar o expandir lo que de otro modo sería el conjunto de hechos relevantes funciona igualmente cuando los hechos eliminados o adicionados se refieren a la aplicabilidad de cierta regla. Una regla como “no pisar el césped” torna irrelevante a la Regla de Oro en una situación caracterizada como caminar sobre el césped, inhibiendo de antemano al destinatario de esa regla de considerar si caminar sobre el césped en estas circunstancias es una actividad que sería excluida por la Regla de Oro. Aunque la regla “no pisar el césped” fuera sólo la instanciación de la Regla de Oro, el acceso a la regla justificante estaría no obstante excluido por la regla que es su instanciación. Y aunque sea un principio comúnmente aceptado que “dos errores no hacen un acierto”, los sistemas jurídicos anglo-americanos poseen reglas que en ciertas circunstancias producen el efecto de tornar insustancial un argumento del tipo “dos errores no hacen una cierto”<sup>16</sup>.

Al igual que con los hechos brutos, el fenómeno de la exclusión de reglas que de otro modo serían relevantes también tiene su análogo incluyente, pues ciertas reglas tornan relevantes otras reglas o principios que, si no fuese por las primeras, resultarían irrelevantes. La regla de “obedezca la Constitución”, dirigida a un funcionario público norteamericano, vuelve relevantes para ese funcionario ciertas reglas, como la que exige que algunas acciones gubernamentales sean precedidas por la notificación a todas las partes afectadas y por la posibilidad de que planteen sus objeciones, que ese funcionario podría de otro modo no haber considerado relevantes a efectos de determinar qué hacer<sup>17</sup>.

Con respecto tanto a los hechos brutos como a los hechos relativos a la existencia de otras reglas, las reglas inhiben la consideración de lo que de otro modo sería relevante, y a veces obligan a considerar lo que de otro modo sería irrelevante. Al hacer esto ellos se interponen en el camino, y es justamente esta aptitud para interponerse en el camino lo que produce la divergencia extensional entre la toma de decisiones basada en reglas y la toma de decisiones particularista.

---

<sup>16</sup> Una de tales reglas es el principio *in pari delicto*, que excluye la acción de restitución en ciertos casos en los que el actor ha actuado con tanta mala fe como el demandado. Y, en el sistema de jurisprudencia de equidad, el principio de *manos sucias* cumple una finalidad semejante.

<sup>17</sup> Me refiero a la exigencia de “debido proceso adjetivo”, un cuerpo de reglas derivadas por los tribunales de la exigencia en las Enmiendas Quinta y Decimocuarta de que los Estados y el gobierno federal no priven a los ciudadanos “de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal”.

### 3. RAZ Y LAS RAZONES EXCLUYENTES

Aunque existen diferencias interesantes entre los hechos brutos y los hechos relativos a la existencia de otras reglas, ambos pueden ser razones para la acción. De acuerdo con ello, puede considerarse que las reglas actúan en sustitución de las razones que de otro modo serían aplicables a la decisión, una conclusión paralela a la alcanzada por Joseph RAZ<sup>18</sup>. No obstante, si examinamos detenidamente el análisis de RAZ, puede advertirse la razón por la cual éste resulta incompleto en importantes aspectos.

RAZ sostiene que, además de las razones primarias o de primer orden para la acción, nuestro aparato decisonal incluye comúnmente razones de segundo orden que suministran razones para actuar por una razón de primer orden o para abstenerse de actuar por una razón de primer orden<sup>19</sup>. Entre las razones de segundo orden se cuentan las que RAZ denomina "razones excluyentes", esto es, razones que excluyen razones de primer orden, suministrando razones para abstenerse de actuar por esas razones de primer orden. Para RAZ, una regla imperativa es la combinación de una razón de primer orden para realizar un cierto acto y una razón excluyente que elimina de la consideración razones de primer orden en conflicto. Así, las razones excluyentes obligan a quienes las aceptan a excluir del proceso de toma de decisiones ciertas razones que de otro modo serían aplicables.

El enfoque que ofrece RAZ de las reglas como comprensivas de razones excluyentes es en gran medida consistente con las conclusiones que acabo de señalar. La principal inconsistencia parece encontrarse en la manera en la cual RAZ concibe a las razones excluyentes como insusceptibles de ser superadas, al afirmar que una razón excluyente "siempre prevalece" en los casos de conflicto con una razón de primer orden. Aunque RAZ reconoce que un sinnúmero de condiciones cancelatorias o consideraciones que afectan el alcance de las razones pueden eliminar el conflicto directo entre la razón excluyente y la razón de primer orden, de todos modos sostiene que una razón excluyente no cancelada prevalecerá siempre dentro de su ámbito.

Este análisis de la fuerza perentoria de las razones excluyentes es inconciliable con mi explicación de la forma en la que las reglas pueden ser desplazadas incluso dentro de su ámbito de aplicación no

<sup>18</sup> RAZ, *Practical Reason and Norms*: 15-84; *id.*, *The Authority of Law*: 3-33.

<sup>19</sup> La distinción de RAZ entre razones de primer orden y razones de segundo orden para la acción posee una interesante relación (aunque no de identidad, RAZ, *Practical Reason and Norms*: 146-148) con las nociones de HART de reglas primarias y secundarias, HART, *The Concept of Law*: 77-96, pues las reglas secundarias de HART son definidas por el modo en el que determinan la fuerza, el alcance, el funcionamiento y la existencia de las reglas primarias.

cancelado, por apelación a la misma clase de hechos cuya consideración la regla parece excluir. Tómese el ejemplo que ofrece RAZ de Jill, quien adopta como regla para sí que siempre pasará sus vacaciones en Francia, excluyendo de tal suerte la posibilidad de actuar sobre la base de la razón que indica que los hoteles en cierta otra parte del mundo presentan ofertas especialmente buenas este año<sup>20</sup>. Hasta aquí no hay problema, pero supóngase ahora que Jill se entera de que un hotel en los Alpes austriacos, como parte de una promoción especial, ofrece habitaciones a diez dólares la noche, un precio drásticamente más barato que los cien dólares por noche que Jill pensaba gastar en Francia. De acuerdo con mi enfoque, Jill podría ver esto como un negocio tan obviamente bueno como para considerar que la exclusión de tomar en cuenta tales factores podría ser desplazada, aunque si tomara conocimiento de una promoción especial de setenta u ochenta dólares por noche, la diferencia entre esto y lo que ella pensaba pagar no sería tan drástica como para llevarla a quebrantar la exclusión anticipada de determinar cada año sobre la base del balance de razones (que incluye el precio pero no se limita a él) dónde pasar sus vacaciones.

RAZ, por el contrario, parece comprometido con uno entre dos puntos de vista, ninguno de los cuales parece reflejar en forma adecuada la verdadera naturaleza del razonamiento excluyente. Podría continuar insistiendo en que una exclusión debe "prevalecer siempre", de manera que en este caso, al ir a Austria, Jill simplemente habría rechazado la regla. Pero eso parece un error, pues Jill podría mantener la regla y rehusarse a recalcular en casos en los que la diferencia de precio es menor, pero estar, no obstante, dispuesta a desplazarla en casos en los que la diferencia de precio es particularmente drástica. Al igual que no ha rechazado la regla quien excede el límite de velocidad en una ruta para transportar a una persona herida al hospital, y puede muy bien seguirla en casos en que se presenten razones para dejarla de lado de menor peso, del mismo modo Jill podría no estar rechazando la regla sino actuando en este caso sobre la base de una razón particularmente drástica para no seguirla.

Alternativamente, RAZ podría sostener que lo que parece ser un desplazamiento se encuentra en realidad sencillamente fuera del alcance de la exclusión. La exclusión sería sólo una exclusión, por ejemplo, para considerar precios bajos de hoteles hasta cincuenta dólares la noche, pero no una exclusión para considerar el precio de los hoteles por debajo de esta cifra. Bajo este punto de vista, percibimos erróneamente un desplazamiento sólo porque nuestra comprensión del contenido de la regla es demasiado tosca. Una vez que advertimos diferencias más sutiles entre lo que está dentro y lo que queda fuera

---

<sup>20</sup> Raz, «Facing Up: A Reply»: 1156-1157.

de la regla, podemos apreciar que lo que muchas veces parece ser un desplazamiento es sencillamente un caso de conducta que no está dentro del alcance de la regla (o que queda comprendida en una excepción a la regla). Pero, nuevamente, esta explicación parece constituir una pobre representación de la naturaleza de la toma de decisiones reales. Aunque cualquier desplazamiento puede siempre ser reformulado como si estuviese fuera del alcance de la norma desplazada, comúnmente empleamos normas no absolutas que poseen un alcance amplio en lugar de normas complejas y de alcance estrecho, que incluyen ya en su seno todas las posibilidades de desplazamiento como incidencias, calificaciones y excepciones. Nuevamente, concebimos a la obligación de trasladar a una persona gravemente herida al hospital como un desplazamiento de la obligación de obedecer el límite de velocidad más que como una excepción a ella. De manera similar, cuando excluimos de la consideración ciertos factores lo hacemos en un nivel omnicomprendivo, empleando exclusiones amplias y crudas, pero manteniendo abierta la posibilidad de desplazamiento en virtud de factores especialmente exigentes pero quizás aún no previstos.

Si estoy en lo cierto al pensar que la disposición de Jill para tomar en consideración ciertos factores excluidos cuando y sólo cuando ellos resultan particularmente coercitivos constituye una explicación más fiel a la realidad de la toma de decisiones, entonces RAZ parece equivocarse al no poder reconocer la distinción entre la idea de exclusión y el peso de la fuerza excluyente. Dado que RAZ sí parece advertir la distinción lógica entre ambos, es claro que nuestra diferencia sobre este punto concierne en última instancia a una cuestión empírica y psicológica. Si una razón excluyente es susceptible de ser desplazada por una manifestación particularmente coercitiva de los propios factores que la exclusión descarta, entonces se vuelve necesario para el agente examinar la razón de primer orden excluida para determinar si ésta es una de las ocasiones en las cuales la fuerza de la razón excluyente resulta desplazada. Pero entonces podría parecerle a RAZ que, si el agente debe examinar la razón de primer orden y debe determinar si ha de regir este caso, entonces ella no ha sido excluida en absoluto. Mi explicación, no obstante, no ve esto como una situación psicológicamente imposible, sino que supone en cambio que puede existir una diferencia entre un examen cuidadoso de una razón de primer orden y un mero vistazo superficial y de rutina a ella. En la medida en que es posible que una razón excluyente le indique a un agente que examine sólo rápidamente, si es posible, la razón de primer orden excluida para ver si éste es uno de los casos en los cuales debería descartarse la exclusión de ese factor, ello constituye una diferencia en el procedimiento de toma de decisiones respecto de uno en el cual se espera del agente que examine toda razón de primer orden con el mismo cuidado. Jill podría, en mi análisis, mirar al pasar el precio

en el caso normal, confiando en la fuerza de la regla para no prestar mayor atención al efecto de un precio algo más bajo en su decisión final. Pero, si esa mirada casual revela un precio drásticamente bajo, entonces y sólo entonces sería ello considerado como un posible factor para desplazar la regla. La regla todavía tendría efecto, pues en esta descripción cierto número de ofertas que, sin ser extremadamente baratas, lo fuesen en grado suficiente como para inclinar el balance de razones si no hubiera regla, resultarían, no obstante, excluidas de la consideración debido a la regla. En consecuencia, una regla susceptible de ser desplazada de este modo no resulta carente de consecuencias, aunque esas consecuencias se manifiesten sólo en algunos y no en todos los casos dentro del alcance de la exclusión<sup>21</sup>.

Incluso dejando de lado la cuestión del desplazamiento, el análisis de RAZ de las reglas como razones excluyentes sigue siendo incompleto en diversos aspectos importantes. En primer lugar, no hay razones para suponer que las razones de segundo orden deben ser *excluyentes*, ya que, como hemos visto, ellas también pueden ser *incluyentes*. Las razones de segundo orden pueden actuar sobre el espectro de razones de primer orden no sólo disminuyéndolo, sino también complementándolo. Podría parecer que las razones de segundo orden sólo pueden operar por sustracción y no por adición respecto de la serie completa de razones que de otro modo formarían parte del balance de razones, pero las reglas también pueden orientar a un agente a considerar cosas que de otro modo habría o debería haber ignorado, como las consideraciones no utilitaristas para un agente que de otro modo sería utilitarista. El porqué y cuándo las reglas *deberían* actuar así es otra cuestión, pero parece claro que, si sólo nos interesa un examen de lo que las reglas *pueden* hacer, no debería ignorarse su capacidad incluyente<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> En todo esto se encuentra implícita una explicación de la toma de decisiones presuntiva, una explicación que se encuentra en el corazón de la discusión del *positivismo presuntivo* que acometeré en el capítulo 8, punto 6.

<sup>22</sup> RAZ reconoce sucintamente la posibilidad de razones de segundo orden positivas en *The Authority of Law*: 17, y en «Reasons for Action, Decision and Norms»: 132, al aceptar que puede haber razones de segundo orden que suministren razones para actuar por una razón. Aun así, es muy escasa la atención que se dedica en el resto de los trabajos de RAZ a esta clase de razones de segundo orden que suministrarían a un agente razones para actuar por una razón de primer orden que de otro modo habría considerado irrelevante. La asimetría en la atención que RAZ pone en las razones excluyentes en desmedro de las incluyentes parece ser una función de la tesis raziana de la dependencia (RAZ, *The Morality of Freedom*: 47-53), de acuerdo con la cual el conjunto de razones potenciales está circunscripto a aquellas que «ya se aplican independientemente a los sujetos de las directivas». Si el espectro de razones se encuentra limitado de tal suerte desde el vamos, entonces se sigue de ello que una razón de segundo orden sólo puede disminuir el tamaño de ese espectro así limitado. Pero si la tesis de la dependencia no es relevante, como no lo es en muchas otras áreas de la toma de decisiones, entonces no existiría fundamento para considerar que el espectro de razones previas a la regla que un sujeto posee constituya el espectro más amplio de razones que ese sujeto puede potencialmente emplear.

La concepción de RAZ acerca de las razones excluyentes también es incompleta en la medida en que no considera el problema de su generalidad. Su análisis es consistente con la existencia tanto de razones excluyentes generales como particulares. Cuando una persona (con autoridad) le dice a otra "no le escuches", refiriéndose a un tercero, esta orden particular parece ajustarse a la concepción de RAZ de una razón excluyente, puesto que la orden excluye de las razones para actuar consideradas por su destinatario las palabras proferidas por la tercera persona, que de otro modo serían relevantes. No obstante, la orden es específica respecto de la situación, y parece carecer de la dimensión de la generalidad que hemos venido considerando como fundamental para comprender la toma de decisiones basada en reglas. Advertir que una orden particular es una razón excluyente de segundo orden que carece de generalidad no significa que las reglas no sean razones excluyentes. Sólo significa que la conversa no se sigue necesariamente. Aunque todas las reglas sean razones excluyentes (o incluyentes) de segundo orden, no todas las razones excluyentes (o incluyentes) de segundo orden son reglas. "No le escuches" y "nunca escuches los consejos de un tonto" son razones de segundo orden excluyentes, pero sólo la segunda contiene la dimensión de generalidad que hemos visto que constituye una condición necesaria para la existencia de una regla.

Si no se traza la distinción entre razones excluyentes particulares y generales no es posible apreciar un aspecto importante con relación al estatus de las razones excluyentes. El problema del atrincheramiento no se presenta respecto de las razones particulares, sino sólo en el caso de generalizaciones sub y sobreincluyentes. En consecuencia, sólo cuando se consideran razones excluyentes generales y no particulares se plantea el problema de si esas razones han de ser tratadas como atrincheradas. Supóngase que una razón excluyente de segundo orden excluye un cierto número de razones de primer orden sobre la base de la dificultad en realizar ciertos tipos de cálculos bajo ciertas condiciones de restricción temporal. Podría, no obstante, presentarse una situación en la cual la razón excluyente fuese aplicable según sus términos, pero en la cual la justificación que generó esa razón excluyente resultaría inaplicable —quizás en *este* caso se requiere menos tiempo del que es necesario para otros casos del mismo tipo a efectos de hacer los cálculos—. Aquí no hay nada en la concepción de RAZ de las reglas como razones excluyentes que responda a la pregunta que nos preocupa: ¿suministrará la regla, esto es, la razón excluyente general, una razón para actuar de acuerdo con lo que exige la regla *inclusive cuando la justificación que subyace a la regla resulte inaplicable*? Dicho en otros términos, ¿se considerará que las razones excluyentes de aplicación general excluyen cuando las justificaciones para la exclusión no se verifican? La noción de RAZ de las reglas como razones excluyentes nos ayuda a comprender lo que las reglas pueden hacer, pero

no obstante resulta insuficiente para dar cuenta de este problema. Las reglas, por lo tanto, deben ser concebidas no sólo como compuestas parcialmente por razones excluyentes o incluyentes de segundo orden con alcance general y no particular, sino también como razones de segundo orden cuya generalidad está atrincherada incluso en aquellas circunstancias en las que la justificación que subyace a la razón de segundo orden es inaplicable.

#### 4. DOS TIPOS DE JUSTIFICACIONES

El giro hecho sobre el final de la sección anterior hacia la preocupación por la razón para tener una regla lleva a considerar una importante complicación de todo lo dicho hasta este punto. Hasta aquí he distinguido el resultado indicado por una regla del resultado indicado por la justificación que subyace a ella. Sin embargo, esa distinción —que sugiere que la toma de decisiones particularista o basada en la justificación no asigna ninguna función a las reglas— es demasiado simple. Para poder reconocer el modo en el que algunos decisores toman en cuenta tanto el valor a las reglas como las particularidades del caso concreto, es necesario trazar una distinción adicional entre dos tipos de justificación. Una de ellas, a la que denominaré *justificación sustantiva*, determina las razones que sustentan u objetivos que subyacen a la regla. Por consiguiente, las justificaciones que he estado considerando hasta ahora, tales como reducir los accidentes de tránsito, satisfacer a los clientes de un restaurante y asegurar la paz y tranquilidad en el parque, son todas justificaciones sustantivas. En cambio, otro tipo de justificación, a la que denominaré *justificación para la generación de reglas*, suministra el fundamento para especificar la justificación sustantiva *en forma de una regla*. Las reglas no surgen de la nada, sino que son creadas como una alternativa a una formulación directa y sin especificar de la justificación sustantiva de la regla en forma prescriptiva, una forma de toma de decisiones que deja que la justificación realice todo su trabajo normativo. Pero con frecuencia no se selecciona esta alternativa, y la justificación sustantiva se especifica en forma de una regla. Esa decisión de especificar la justificación sustantiva debe, no obstante, a su vez ser justificada, y esta última justificación, la justificación de tener una *regla*, es lo que denomino justificación para la generación de reglas.

La distinción entre justificaciones sustantivas y justificaciones para la generación de reglas pone de manifiesto lo que parece ser una omisión en mi análisis. La tesis de la divergencia extensional entre la toma de decisiones basada en reglas y la particularista se ha fundado en la suposición en apariencia extraña de que sólo las justificaciones sustantivas y no las generadoras de reglas subyacen a una regla. Por eso,



es tiempo de debilitar ese presupuesto y reconocer la existencia de justificaciones para la generación de reglas. ¿Qué pasa entonces si concebimos al decisor particularista como aquel que evalúa las razones para tener una regla al decidir si ha de aplicar la regla o sus justificaciones sustantivas? ¿Y si la toma de decisiones particularista puede tomar en consideración el valor de las reglas, es posible argumentar en favor de cualquier otra forma de tomar decisiones?

Si se admite la existencia de justificaciones para la generación de reglas como parte del espectro de justificaciones que subyacen a una regla, el decisor que consulte tales justificaciones subyacentes encontrará tanto justificaciones sustantivas como justificaciones para especificar tales justificaciones en forma de una regla. En consecuencia, un decisor que decida sobre la base del espectro total de justificaciones tendría derecho a concluir en ciertos casos que se exige obediencia a la regla aunque ella indique un resultado diferente del indicado por sus justificaciones sustantivas tomadas de manera aislada. No es preciso que la conclusión de que la regla debe ser seguida aunque sus justificaciones sustantivas hubiesen indicado un resultado contrario deba ser el resultado en todos los casos. A veces el decisor podría determinar que las justificaciones sustantivas superan en peso a las justificaciones para la generación de reglas cuando en cierto caso ambas apuntan en direcciones opuestas. Cuando las justificaciones para tener una regla pesen menos en el balance de razones que las justificaciones sustantivas aplicadas en las circunstancias, la decisión que resulte de consultar todas las justificaciones de la regla sería consistente con las justificaciones sustantivas, pero inconsistente con la propia regla.

Ahora parece que la tesis de la divergencia extensional está en peligro de colapsar. En este procedimiento de decisión, la aplicación del espectro completo de justificaciones de la regla no sólo parece altamente sensata, sino que también parece producir resultados consistentes con la regla en cada caso en el cual seguirla está justificado en función de las circunstancias. El resultado indicado por la aplicación directa de *todas* las justificaciones se corresponderá así con el resultado producido por la regla en todos los casos, excepto en aquellos en los cuales la misma razón para tener una regla resulte insuficiente para contrarrestar la fuerza de sus justificaciones sustantivas<sup>23</sup>.

A fin de analizar este procedimiento de decisión, es necesario tornar menos abstracta la idea de una justificación para la generación de reglas. Comúnmente se considera que las reglas sirven a los objetivos

---

<sup>23</sup> Este procedimiento de decisión también parece poner en tela de juicio la distinción de RAZ entre razones de primer orden y razones de segundo orden, puesto que ahora la regla, como cualquier otra razón de primer orden, ha de ser sopesada con todas las restantes razones de primer orden. Véase GANS, «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», *passim*, y MOORE, M., «Authority, Law and Razian Reasons», *passim*.

de certeza, confianza y posibilidad de predecir resultados (véase *infra*, capítulo 7, punto 2). Suponiendo que la justificación sustantiva para un límite de velocidad consiste en mantener la seguridad en las autopistas, por ejemplo, lo que justifica “velocidad máxima 55 millas” más que “no conduzca de manera riesgosa” es que se considera beneficioso advertir a los conductores sobre lo que pueden hacer sin incurrir en sanciones. La justificación para tener una regla es el reconocimiento de que la aplicación directa de la justificación sustantiva de la seguridad generaría excesiva incertidumbre en aquellos cuyas conductas han de ser reguladas. Supóngase ahora que bajo ciertas condiciones, conducir en cierta ocasión a cinco millas por hora por encima del límite de velocidad establecido por la regla es tanto o más seguro que conducir a la velocidad máxima o por debajo de ella. Aunque la aplicación directa de la justificación sustantiva que subyace a la regla produce en este caso un resultado diferente (no violación) de la que produce la aplicación de la regla (violación), esto podría no ser así cuando se toma en consideración la justificación generadora de la regla consistente en reducir la incertidumbre del destinatario. Cuando se toma esto en consideración, puede resultar preferible de acuerdo con el balance de razones ver aquí una violación, pues no hacerlo podría disminuir en tal medida el alcance de la posibilidad de predecir resultados para casos futuros que la pérdida exceda lo que se gana al alcanzar en esta ocasión el resultado correcto basado en la justificación sustantiva. Si los conductores debiesen ahora calcular continuamente si el suyo es un caso en el cual las justificaciones sustantivas para no conducir a una velocidad excesiva resultan aplicables, algunos conducirán por encima del límite de velocidad, concluyendo erróneamente que la velocidad a la cual conducen, aunque mayor que la establecida por la regla, no es mayor que la velocidad segura determinada por la aplicación directa de la justificación sustantiva de la regla. Y otros conducirán a veces demasiado lentamente, preocupados innecesariamente por no poder conducir con impunidad siquiera a la velocidad límite fijada<sup>24</sup>.

Tomando todo esto en cuenta, en consecuencia, el decisor particularista consciente del valor de las reglas (por ejemplo, el oficial de policía al decidir si hace detener al auto, el oficial de policía al decidir si ha de dejarlo ir con una advertencia o el juez al decidir si se ha cometido una infracción) puede ahora responder a la pregunta “¿se cumplirá con la justificación de la regla al aplicarla en este caso?”, tomando en consideración el efecto que producirá sobre las conductas futuras decidir de acuerdo con la justificación sustantiva más que de acuerdo con la regla. En ciertas circunstancias el resultado de esta

---

<sup>24</sup> La cuestión no se circunscribe aquí a la incertidumbre en el sentido de duda, sino también en el sentido de alentar un mayor grado de cuestionamiento a la regla del que de otro modo existiría. «Saber de una regla rota es saber que puede romperse». GOMBRICH, «The Logic of Vanity Fair»: 934.

consideración ampliada se corresponderá todavía con el resultado obtenido mediante la sola consideración de las justificaciones sustantivas de las reglas. Podría ocurrir, por ejemplo, que la probabilidad de que otras personas se enteren de este debilitamiento de la regla fuese insignificante y, en consecuencia, los beneficios de la posibilidad de predecir resultados persistirían incluso si la regla no fue aplicada rigurosamente en este caso. O quizás el carácter predecible podría sí verse disminuido, y no obstante en el caso concreto la disparidad entre la regla y la justificación sustantiva fuese tan grande como para que las consecuencias de esta disminución fuesen contrarrestadas por los valores que sustentan la justificación sustantiva. En otras circunstancias, no obstante, la inclusión de las justificaciones generadoras de la regla tendrían el efecto de eliminar la distancia entre regla y justificación, porque el espectro completo de justificaciones de la regla, al incluir ahora la justificación para tener alguna regla, indicaría el mismo resultado que el indicado por la propia regla, aunque la sola consideración de las justificaciones sustantivas de la regla habría indicado un resultado diferente.

Este procedimiento de decisión parece reconocer los valores formales de tener reglas y al mismo tiempo tomar en cuenta todos los factores relevantes en cada caso particular. Difiere así tanto de la toma de decisiones basada en reglas como de la particularista y podría por ello ser calificado como *particularismo sensible a las reglas*. Esta forma de toma de decisiones trata a las reglas como reglas de experiencia, en el sentido de ser transparentes respecto de sus justificaciones sustantivas, pero permite que su misma existencia y efectos como reglas de experiencia constituya un factor relevante para determinar si deberían dejarse de lado las reglas cuando sus resultados difieren de los resultados indicados por la aplicación directa de sus justificaciones sustantivas<sup>25</sup>. Y si ahora sustituimos al, en apariencia, poco plausible particularismo puro por este particularismo sensible a las reglas, parece que obtenemos un procedimiento de toma de decisiones que toma en cuenta las virtudes de las reglas sin elevarlas al mismo tiempo a una posición absurda de importancia puramente formal por la formalidad misma. Puede, en consecuencia, parecer que el particularismo sensible a las reglas, aunque lógicamente diferente tanto de un particularismo puro, en el que las ventajas de las reglas podrían no ser tomadas en cuenta en el caso individual, como del modelo puro de

<sup>25</sup> Ésta es la clase de toma de decisiones que se atribuye a BENTHAM, en POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*: 410, 446-448. También es la clase de toma de decisiones que tanto GANS como MOORE emplean para criticar la concepción de RAZ de las reglas como razones de segundo orden, pues en este enfoque las justificaciones para tener reglas ya no pueden hallarse en la distinción entre razones de primer y segundo orden, sino que se encuentran incorporadas en el espectro de razones de primer orden que un decisor debe consultar. GANS, «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», y MOORE, M., «Law, Authority, and Razian Reasons». Temas semejantes se exploran en DETMOLD, *The Unity of Law and Morality*.

toma de decisiones basada en reglas, en el que el valor de tener reglas es reputado inmune a la evaluación en el caso individual, es tan claramente superior a las alternativas que estas últimas carecerían de todo interés práctico.

Deseo sostener que en parte la aparente superioridad del particularismo sensible a las reglas es ilusoria, y que sí hay algo para decir en favor de un modelo más fuerte de toma de decisiones basada en reglas, en el que las ventajas de tener reglas se establecen en el nivel de la creación de reglas y no quedan abiertas para su reevaluación en el nivel de la aplicación de reglas. Desafortunadamente, es difícil elaborar este argumento sin interferir con el orden del análisis, porque el argumento exige anticipar la discusión del capítulo 7 acerca de las diversas razones para preferir la toma de decisiones basada en reglas. Más específicamente, sólo cuando se advierte que hay fundamentos para tener reglas *distintos de la posibilidad de predecir resultados* es posible observar que hay mucho para decir en favor de la toma de decisiones basada en reglas, inclusive cuando se la compara con el particularismo sensible a las reglas. De manera que, aunque el desarrollo completo del argumento debe postergarse, resulta útil ofrecer aquí un avance, aunque sólo sea para convencer al lector de que tomar seriamente el análisis de la toma de decisiones basada en reglas sigue valiendo la pena.

Si se considera que las virtudes de las reglas residen primordialmente en la tutela de la posibilidad de predecir los resultados, la confiabilidad y la certeza, entonces el particularismo sensible a las reglas parece dar cuenta de estas virtudes sin cometer el pecado de la adoración de las reglas. Esa conclusión no se sigue, no obstante, si lo que ha de decirse en favor de las reglas es algo bien diferente. Si en cambio contemplamos a las reglas no como instrumentos para favorecer la posibilidad de predecir resultados, sino más bien como mecanismos para la distribución del poder, entonces ya no resulta nada claro que sea necesariamente deseable conferir al aplicador de una regla el poder para determinar si de conformidad con el balance de razones es aconsejable seguir la regla en esta ocasión. Cuando se contempla a las reglas como mecanismos cuyas virtudes residen primariamente en quitar poder al decisor (y así lo sostengo en el capítulo 7), la diferencia entre el particularismo sensible a las reglas y la toma de decisiones basada en reglas se torna abismal<sup>26</sup>. Por lo tanto, si quien

<sup>26</sup> Tal como lo explico primero en el capítulo 6, punto 5, y luego lo desarrollo en los capítulos 7 y 10, la plausibilidad de la toma de decisiones basada en reglas también se incrementa si el punto de vista desde el cual se la evalúa varía. Desde la perspectiva del agente que ha de decidir qué hacer, resulta difícil de defender (aunque no creo que ello sea imposible) algo más apegado a las reglas que el particularismo sensible a ellas. Pero desde la perspectiva de cierta sociedad o entorno que ha de decidir qué instituciones establecer, y a quién conferir

diseña un entorno de toma de decisiones está preocupado porque ciertos decisores no tomen cierta clase de decisiones, parece psicológicamente contraintuitivo (aunque no sea lógicamente inconcebible) autorizar a los decisores para determinar en cada caso si éste es el tipo de decisión que no debería confiárseles. Si no se confía en un decisor para determinar *x*, entonces difícilmente se pueda confiar en él para determinar si éste es un caso en el que las razones para incapacitar al decisor para determinar *x* no se aplican o bien son superadas. Tampoco se trata únicamente de una cuestión de confianza o desconfianza. Si las reglas funcionan al servicio de una división de la responsabilidad entre agentes o instituciones, si desempeñan un papel en la distribución de la jurisdicción, entonces la toma de decisiones basada en reglas puede custodiar los límites entre las jurisdicciones de un modo en el que ningún otro procedimiento de toma de decisiones puede hacerlo. El permitir que un agente que opera en una jurisdicción determine si éste es un caso en el que debería invadir la jurisdicción para la toma de decisiones de otro es algo que se encuentra en sustancial tensión con la idea misma de separación de jurisdicciones.

Por ahora no voy a decir nada más sobre esta variedad de justificación, porque una exploración extensa de las diversas justificaciones para la generación de reglas interferiría con una cadena de argumentación destinada primero a distinguir los modos decisionales, más que a suministrar razones para preferir unos frente a otros. De todos modos, una vez que se advierte la posibilidad de justificar la toma de decisiones puramente basada en reglas, puede apreciarse asimismo por qué existe una distinción de crucial importancia entre el particularismo sensible a las reglas y la toma de decisiones basada en reglas. Donde el modo decisional predominante es el particularismo sensible a las reglas, nada queda eliminado de la agenda del decisor particular. Todo lo concerniente a este hecho, y lo que concierne a los efectos de esta decisión sobre otras decisiones, está abierto a la consideración del decisor particular. Como consecuencia de esta disposición para abarcar todo rasgo relevante del hecho que suscita la decisión, tradicionalmente se ha pensado que una forma de toma de decisiones parecida a lo que he denominado particularismo sensible a las reglas es consistente con un procedimiento utilitarista de actos en la toma de decisiones<sup>27</sup>. En el mismo sentido, es comprensible la razón por la cual Gerald POSTEMA sostiene que algo parecido al particularismo sensible a las reglas constituye la manera idónea de reconciliar la insistencia de BENTHAM en las reglas con su utilitarismo de actos<sup>28</sup>. POSTEMA

---

poder para hacer qué, se vuelve considerablemente más atractivo asumir compromisos más fuertes con las reglas.

<sup>27</sup> Véase LYONS, David, *Forms and Limits of Utilitarianism*: 119-120; REGAN, *Utilitarianism and Cooperation*: 147, 169-172, y SMART, «Extreme and Restricted Utilitarianism»: 346-348.

<sup>28</sup> POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*: 445-449.

ha reconocido correctamente que, en la medida en que las ventajas de tener reglas pueden considerarse como parte de las circunstancias relevantes de cada acto, resulta plenamente consistente con un enfoque utilitarista de actos tomar en cuenta hasta qué punto tales ventajas serán satisfechas o frustradas por una u otra decisión *en este caso*<sup>29</sup>.

En consecuencia, estamos de nuevo donde estábamos al comienzo de esta sección, aunque con una mayor conciencia acerca de cómo llegamos allí. El rodeo que hemos dado para evaluar el particularismo sensible a las reglas suministra una mayor confianza tanto en la posibilidad conceptual como en la plausibilidad normativa de un modo de toma de decisiones en el que los decisores tratan al resultado indicado por una regla como si constituyera en sí una razón para la acción, incluso cuando ese resultado difiere del que habría sido indicado por la aplicación directa de las justificaciones subyacentes a la regla, e incluso cuando ese resultado difiere del resultado al que se hubiera arribado, dentro de una determinada teoría sustantiva de la decisión, por la aplicación directa de todas las consideraciones relevantes reconocidas en ella. Por lo tanto, este sentido fuerte de toma de decisiones basada en reglas exige no sólo que se estime que las reglas al menos en parte impiden recurrir a las justificaciones subyacentes, sino también que la evaluación de la fuerza de las justificaciones para generar reglas tal como se aplican al caso concreto no se deje únicamente en manos del decisor.

## 5. EL CARÁCTER SUBÓPTIMO DE LAS REGLAS

El cuadro emergente retrata a las reglas como si fuesen necesariamente *subóptimas*. Puede que a veces o con frecuencia sea bueno tener reglas, pero un sistema comprometido con la toma de decisiones basada en reglas alcanza los beneficios que se obtienen con las reglas sólo resignando sus aspiraciones a una toma de decisiones ideal.

---

<sup>29</sup> Aunque POSTEMA logra reconciliar así el utilitarismo de actos de BENTHAM con su atracción por las reglas con fundamento en el orden y la posibilidad de predecir resultados, no consigue reconciliar la orientación de BENTHAM hacia los actos con su extendida desconfianza hacia los jueces. Si realmente hay que desconfiar de los jueces, y si las reglas constituyen un mecanismo de esta desconfianza, resultaría anómalo que fuesen los jueces los guardianes de esa desconfianza. Como consecuencia de ello, alguien que posee la desconfianza de BENTHAM hacia los jueces bien podría haber escogido la toma de decisiones basada en reglas como forma más apropiada para la adjudicación, aunque esto sería inconsistente con que tales jueces actúen según el modelo del utilitarismo de actos. Esta inconsistencia podría estar diciéndonos una de estas dos cosas sobre el utilitarismo de actos de BENTHAM. Podría ser que BENTHAM no fuese realmente un utilitarista de actos después de todo, al menos en lo que respecta a la postura *judicial* que reputaba apropiada, esto es, la comprensión que de sus propias funciones deberían asumir los jueces al desempeñarlas. O podría ser que el utilitarismo de actos, aunque fuese correcto como teoría de la toma de decisiones individuales, fuera defectuoso como teoría de diseño institucional. Sobre esta distinción, WASSERSTROM, *The Judicial Decision*, es especialmente relevante.

¿Qué significa decir que las reglas son subóptimas? En muchos casos, de hecho en la mayoría de ellos, el resultado indicado por la aplicación de la regla será idéntico al indicado por la aplicación directa de las justificaciones subyacentes de la regla, e incluso idéntico al resultado indicado por la directa aplicación de toda la teoría sustantiva de la decisión que rija el entorno de toma de decisiones. Pero ahora hemos visto que habrá ciertos casos en los que el resultado indicado por la regla será inferior al resultado indicado por la aplicación directa de su justificación. Y estos casos no se verán acompañados por ningún caso que los compense en la dirección opuesta: aunque habrá ocasiones en las que el resultado indicado por la regla será inferior al indicado por la justificación, no habrá *ninguna* ocasión en la que el resultado indicado por la regla sea superior al indicado por la justificación.

Nótese que ésta no es una afirmación empírica sino lógica. Supóngase que nuestro universo normativo consiste exclusivamente en una justificación última y cierto número de reglas destinadas a promover esta justificación ulterior. ¿Qué significaría decir que un cierto resultado es el mejor? La única pauta para la medición sería la justificación última y, en consecuencia, el resultado indicado por esa justificación sería por definición el mejor para cualquier caso particular. Por consiguiente, cualquier resultado indicado por una regla que difiera del resultado indicado por la justificación sería *eo ipso* un resultado inferior.

La misma conclusión emergería incluso en el marco de una estructura normativa multivaluada, aunque luego de un cálculo más complejo. Si hubiera, por ejemplo, una justificación última, ella constituiría la pauta de evaluación para cualquier justificación de nivel intermedio<sup>30</sup>, de manera que ninguna justificación de nivel intermedio podrá generar un resultado superior al mejor resultado que habría sido generado sin él. Por consiguiente, la inclusión de justificaciones de nivel intermedio no cambia la conclusión alcanzada en el párrafo anterior —que es lógicamente imposible que una regla genere respecto de un caso particular un resultado superior al que habría sido generado sin ella, pero que sí es perfectamente posible que las reglas generen resultados respecto de casos particulares que sean inferiores a los generados sin ellas<sup>31</sup>.

Tal como lo he destacado, las consecuencias del carácter subóptimo de las reglas no habrán de padecerse en la mayoría de los casos. Pero

<sup>30</sup> Sobre las justificaciones de nivel medio o intermedio, véase *infra*, capítulos 4, punto 5, y 5, punto 1.

<sup>31</sup> La misma conclusión se obtendría incluso en estructuras normativas con valores últimos múltiples o irreductibles, puesto que seguiría siendo imposible que una regla dentro de un intrincado sistema como ése genere un resultado mejor que el que se generaría por la aplicación óptima de los valores últimos respecto del caso particular.

ellas se padecerán en algunos, de manera que el carácter subóptimo, aunque no será una carga en cada caso individual, lo será en el conjunto de los casos. Si sobre una serie de casos que quedan comprendidos en una regla la mayoría de los resultados serían idénticos pero en nada mejores que los que habrían sido generados en ausencia de la regla, e incluso algunos resultados serían peores que los generados en ausencia de la regla, el conjunto de los resultados no alcanzará al conjunto óptimo definido en términos de la acumulación de los mejores resultados en cada caso. En consecuencia, para una serie de casos, la toma de decisiones regida por reglas resultará subóptima, al no concretar el ideal de alcanzar el mejor resultado en cada ocasión<sup>32</sup>.

Sabemos, por cierto, que el *procedimiento* óptimo de decisión puede no ser aquel que apunta a producir el mejor resultado en cada caso. Un procedimiento de decisión que apunta a lo óptimo en cada caso puede resultar autofrustrante al producir en el conjunto peores resultados que un procedimiento de decisión con ambiciones más modestas. En este sentido, el procedimiento de decisión teóricamente óptimo bien podría ser subóptimo. Aquí es donde entran a jugar las reglas, porque —tal como lo exploraremos en mayor profundidad más adelante (véase capítulo 7, punto 6)—, las reglas pueden constituir a veces la segunda mejor solución, la solución óptima en la realidad aunque sea subóptima desde la perspectiva de un ideal (en la práctica) inasequible. Para decirlo de otro modo, la toma de decisiones basada en reglas puede ser considerada como intrínseca y lógicamente conservadora (en el sentido no político de esa expresión) al renunciar a la posibilidad de una optimización completa en un intento por evitar el desastre. Cuándo pueda ser esto lo apropiado —si es que alguna vez puede serlo— es algo que será analizado en el capítulo 7. Por ahora, todo lo que deseamos hacer es distinguir los modos de toma de decisiones, y en pos de esa tarea sólo es importante identificar el conservadurismo ineludible, el inevitable acortamiento de miras, de un procedimiento de decisión que se funda en atrincherar las generalizaciones del pasado.

---

<sup>32</sup> «Tenemos así una caracterización formal de una diversidad de frases bien conocidas como “hábitos”, “reglas de experiencia”, “rutinas”, “procedimientos administrativos”, “tradiciones”, “costumbres”, “normas”, entre otras. Cada una de ellas se refiere a cierta clase de limitación sobre la flexibilidad de los agentes para tomar decisiones diferentes o para el uso de la información. Por el contrario, a un agente plenamente optimizador sólo debería imponérsele una única máxima: “haga lo que resulta mejor sin ninguna restricción para el uso de la información, a fin de obtener cualquier decisión que sea potencialmente beneficiosa”», HEINER, «Imperfect Decision and the Law»: 236.



## 6. NORMATIVIDAD Y CONDUCTA

En ocasiones me he referido a la “normatividad” de las reglas, con la esperanza de poder justificar durante el proceso que tanto el atrincheramiento como el efecto de las reglas en los agentes son cuestiones de grado. Esto se revela con mayor claridad cuando se examina el modo en el que operan las reglas frente al sustrato de razones para la acción que de otro modo determinarían la conducta de cierto agente. Sabemos ahora que las reglas obstaculizan el camino, en el sentido de que le impiden al decisor hacer lo que de otro modo, considerando todo lo relevante, debería haber hecho. No obstante, no todas las reglas parecen operar de esta manera. Considérese cierto número de reglas que, al menos formalmente, gobiernan nuestra conducta cotidiana. De acuerdo con esas reglas, me está prohibido por las leyes que vedan las exhibiciones indecentes presentarme desnudo en público, por las reglas de la etiqueta comer un suflé de espinacas con mis manos y por la Biblia y el derecho matar a mi vecino. De manera semejante, tampoco debo abusar de los menores, adorar ídolos, ni incendiar casas o comer carne de otro ser humano.

Lo que todas estas prohibiciones tienen en común, al menos para mí, es que jamás he considerado seriamente la posibilidad de llevar a cabo ninguna de esas actividades “prohibidas”. La existencia de estas reglas, en consecuencia, no parece tener el menor efecto sobre mi conducta. En este sentido, son diferentes de muchas de las reglas de tránsito, de la exigencia de que pague el impuesto a las ganancias y de la regla que me prohíbe llevar un plato de sopa a mis labios. *Estas* reglas introducen una diferencia relevante. Canalizan mi conducta en una dirección diferente de la que de otro modo hubiera tenido, me hacen hacer cosas que de otro modo no hubiera hecho y evitan que lleve a cabo actividades a las que de lo contrario me hubiese entregado.

Las reglas que no tienen efectos sobre mi conducta, tales como las que prohíben el canibalismo y las exhibiciones indecentes, para mí bien podrían no existir. Si estuviéramos haciendo una evaluación kantiana del valor moral de un acto, podríamos querer indagar en lo que un agente hubiera hecho si tuviese preferencias distintas, pues sólo las acciones llevadas a cabo en virtud de las razones correctas poseen valor moral. Pero para gran parte de la toma diaria de decisiones, las reglas que resultan congruentes con las preferencias no basadas en reglas parecen superfluas. No se trata solamente de que tales reglas bien podrían para mí no existir, sino que también es posible que para mí ellas *no existan*, puesto que —como lo veremos en el capítulo 6— la existencia de una regla es, en un sentido importante, específica para el agente. Es cierto que soy destinatario formal de esas reglas que siguen mis preferencias, pero el efecto que causan en mí

es enteramente hipotético. Si estuviese contemplando la posibilidad de salir desnudo o de comer en público el hígado crudo de un ser humano muerto, encontraría reglas que prohíben lo que de otro modo querría hacer. Pero en el presente estas reglas no tienen mayores efectos sobre mi conducta que el que poseen las reglas de las que no soy destinatario formal, tales como las que sólo se aplican a los residentes en Kansas o las contenidas exclusivamente en el Corán<sup>33</sup>.

Nada de esto significa negar que muchos de los actos que ahora ni siquiera pensaría realizar se convirtieron en impensables para mí a través de un proceso de socialización que está sustancialmente determinado por reglas regulativas. No tengo forma de saber si mi aversión a matar (o comer) a mis congéneres es en parte producto de un entramado de reglas, de un modo en el que mi aversión a las anchoas claramente no lo es. Sin lugar a dudas las reglas han colaborado en el proceso por medio del cual ciertas actividades no son las que de otro modo consideraría incluso ante la ausencia de una regla actualmente aplicable.

No obstante, sin negar el modo en el que las reglas contribuyen al desarrollo de preferencias independientes de reglas, todavía es posible marcar la interesante distinción que media entre las reglas que parecen afectar en un momento dado la conducta de otro modo elegible para cierto agente, y las reglas que no tienen efecto alguno en la conducta de ese agente en ese momento. Dado que las reglas cubren una multiplicidad de casos, esta distinción entre reglas que actualmente alteran la toma de decisiones y reglas actualmente superfluas puede expresarse en términos de la proporción de todos los resultados generados por una regla que hubiera sido diferente para un cierto agente o una cierta clase de agentes en ausencia de la regla<sup>34</sup>. La *normatividad* de una regla es una expresión útil para identificar esta dimensión, para advertir el modo en el que ciertas reglas cumplen un importante papel, mientras que otras no cumplen casi ninguno. La normatividad de una regla será mayor cuanto mayor sea la proporción de resultados extensionalmente divergentes que gobierne respecto de un cierto agente o clase de agentes. De manera converso, la normatividad de una regla disminuirá en la medida en que ella no indique para un cierto agente

<sup>33</sup> Con respecto al ejemplo de Kansas, no así al del Corán, es importante distinguir entre la autoridad y la jurisdicción geográfica. Aunque no soy ni un residente ni me domicilio en Kansas, algunas de sus normas tienen una autoridad sobre mí que reconozco, tales como aquellas que regularían mi comportamiento si viajo por Kansas o hago negocios con una empresa de ese lugar. Por el contrario, quienes suscriben a las enseñanzas del Islam reconocen la autoridad del Corán y quienes no lo hacen no reconocen dicha autoridad, pero la distinción es independiente del lugar. En consecuencia, el alcance de una regla sólo contingentemente se relaciona con la noción política de jurisdicción geográfica. Véase BRILMAYER, *Justifying International Acts*.

<sup>34</sup> Me ha parecido sugestiva la discusión de la "inconmensurabilidad" en HINTIKKA, «On the Incommensurability of Theories».

o clase de agentes acciones diferentes de aquellas que habrían realizado en ausencia de la regla.

Por ello, es un error asimilar la dimensión de normatividad de una regla con la dimensión de especificidad<sup>35</sup>. Algunas generalizaciones normativas altamente específicas pueden no desviarse sustancialmente de las justificaciones subyacentes, en cuyo caso el proceso de especificación no agrega mucho. De forma similar, algunas generalizaciones normativas igualmente específicas pueden ser virtualmente congruentes con las preferencias independientes de reglas de la clase de agentes a la que van dirigidas. Pese a que es importante reconocer el modo en el que tales reglas pueden introducir una diferencia relevante para ciertos agentes dentro de la clase de sus destinatarios, es igualmente importante reconocer la diferencia de grado que media entre las reglas que para un agente o clase de agentes introducen una diferencia menor y las que tienen mucha mayor penetración normativa.

## 7. UNA NUEVA VISITA A LAS REGLAS DE EXPERIENCIA

En uno de los extremos de la dimensión de la normatividad de las reglas se encuentra la regla de experiencia, la regla que no desempeña ningún papel. Las reglas de experiencia, de acuerdo con la concepción tradicional que he seguido hasta este punto, identifican de manera fructífera la decisión que con mayor probabilidad resultaría de la aplicación directa de una justificación o conjunto de justificaciones, pero no hacen nada más. Una regla de experiencia no ejerce ninguna presión normativa independiente, y si el resultado indicado por ella difiere del que se alcanzaría por la aplicación directa de las justificaciones que *sí* ejercen presión normativa, entonces la regla de experiencia es abandonada en el camino y no contribuye en nada al cálculo de la decisión. Las reglas de experiencia sencillamente no introducen ninguna diferencia relevante.

¿O sí lo hacen? ¿Las reglas de experiencia son en realidad tan impotentes en el plano normativo como lo supone la concepción tradicional? Una mirada más cuidadosa a las reglas de experiencia da lugar a que se cuestione este remanido enfoque.

Parece claro que la teoría normativa tradicional considera como fuera de toda discusión la impotencia de las reglas de experiencia.

---

<sup>35</sup> El error al que me refiero es común en la bibliografía jurídica, la cual regularmente distingue reglas precisas de pautas vagas tales como "razonable" o "necesario bajo las circunstancias". Pero una vez que se advierte que una regla específica que exige a un funcionario policial portar un arma en un barrio peligroso puede alterar mucho menos el comportamiento que una pauta vaga que exige que el mismo funcionario "se preocupe más por la víctima que por el victimario", es posible reconocer que el impacto de las reglas en el comportamiento de los decisores es mayor del que puede captarse en la dimensión de especificidad y vaguedad.

Sólo ocasionalmente se encuentra una referencia a las reglas de experiencia que no esté precedida por un enfático “meras”, como si se estimara importante enfatizar la distinción entre las “meras reglas de experiencia” y las reglas genuinas, que tienen el poder de suministrar razones para la acción en tanto reglas<sup>36</sup>. Las afirmaciones de HARE en esta materia son un buen ejemplo: «El término “reglas de experiencia”... debería erradicarse puesto que resulta completamente engañoso. Algunos filósofos lo utilizan en una forma muy diferente del uso que le asignan los ingenieros, los tiradores, los navegantes y otros, de quienes sí resulta expresivo, y para quienes una regla de experiencia es meramente un mecanismo para ahorrar tiempo y reflexión, cuya infracción —a diferencia de la violación de los principios morales que estamos discutiendo— no provoca ningún remordimiento»<sup>37</sup>. Aunque a continuación discutiré las conclusiones de HARE, su formulación del problema es correcta. ¿Provoca remordimiento el infringir una regla de experiencia, aun en el uso que le asignan a tal expresión “los ingenieros, tiradores, navegantes y otros”?

La identificación que hace HARE de la sensación de remordimiento como algo fundamental apunta certeramente a la cuestión de si una regla suministra una razón para la acción en tanto regla. HARE parece estar de acuerdo con que una regla carece de fuerza normativa en tanto regla cuando su infracción, con independencia de la infracción

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, URMSON, «The Interpretation of the Moral Philosophy of J. S. Mill»: 36, «[P]ara Mill las reglas morales no son meramente reglas de experiencia que asisten al hombre irreflexivo para que se decida, sino que [son] una parte esencial del razonamiento moral», y SMART, «Extreme and Restricted Utilitarianism»: 344, «[L]as reglas generales... son meras reglas de experiencia que utilizamos solamente para evitar la necesidad de evaluar las consecuencias probables de nuestras acciones a cada paso».

Al tomar a esta concepción de las reglas de experiencia como objeto de mi discusión en esta sección no me refiero específicamente al uso bien distinto —y a mi criterio desafortunadamente estipulativo— que RAZ hace del término “reglas de experiencia” en gran parte de su obra. RAZ emplea el término para referirse a reglas que tienen mucho más peso normativo que las reglas de experiencia imaginadas por URMSON, SMART, HARE y otros, y, de hecho, hay muy poca diferencia en cuanto a los efectos entre las reglas de experiencia de RAZ y las reglas más fuertes que yo contrapongo a las reglas de experiencia. Presumiblemente RAZ utiliza este término para contrastar las reglas que, según su concepción de la autoridad como servicio, dependen de y sirven a las razones que de otro modo aceptaría cierto agente de reglas más fundamentales de tipo kantiano, pero al hacerlo provoca una confusión acerca de la estructura de la toma de decisiones basada en reglas que he decidido resistir. Las *reglas indicativas* de REGAN, «Reasons, Authority, and the Meaning of “Obey”»: Further Thoughts on Raz and Obedience to Law», tienen peso genuino, y están por ello más cerca de lo que RAZ denomina reglas de experiencia, y yo llamo reglas *simpliciter*, pero las reglas indicativas de REGAN, a diferencia de las reglas de experiencia de RAZ y mis reglas, preservan siempre para el agente la posibilidad de no seguirlas cuando el agente determina que, tomando en cuenta todo lo relevante, sería mejor no seguirlas en esta ocasión. La concepción de REGAN del papel de las reglas, en consecuencia, se acerca más al particularismo sensible a las reglas (aunque no se identifica con él), y ése es un desacuerdo realmente sustantivo, mientras que el que existe entre RAZ y yo, al menos sobre este punto, es casi enteramente verbal.

<sup>37</sup> HARE, *Moral Thinking*: 37.

de las justificaciones que subyacen a ella, es normativamente irrelevante. Cuando una regla posee fuerza normativa, su existencia como regla brinda una razón para decidir más allá de toda razón ofrecida por su justificación subyacente. En consecuencia, una regla posee fuerza normativa —aunque esa fuerza no sea absoluta— cuando el hecho de que se la infrinja, sin más, es suficiente para garantizar críticas<sup>38</sup>, sanciones o alguna otra consecuencia negativa. La cuestión radica entonces en si las reglas de experiencia carecen realmente de fuerza normativa, como lo supone el enfoque de HARE, o si algunas reglas de experiencia poseen fuerza normativa y, por lo tanto, tienen mayor afinidad con las reglas “genuinas” de lo que comúnmente se cree.

La presencia de fuerza normativa no puede identificarse por la fuente de la regla. Pese a que RAWLS y otros autores han intentado demostrar que las reglas que tienen origen en compilaciones de decisiones no impuestas por reglas no son en sí mismas reglas imperativas<sup>39</sup>, esta tesis es equivocada. Es cierto que a menudo las reglas surgen a partir de un proceso en el cual quien crea la regla recopila decisiones anteriores que fueron tomadas con base en fundamentos no impuestos por reglas. Esas decisiones *ad hoc* son en realidad aplicaciones directas de alguna justificación o conjunto de justificaciones y son, en consecuencia, tanto lógica como temporalmente previas a la regla. No obstante, una serie de decisiones *ad hoc* puede ajustarse a un patrón que no resultaba identificable al tiempo en que cada una de las decisiones fue tomada, y RAWLS está en lo cierto cuando observa que ciertas reglas se construyen justamente a través de este proceso de organización *post hoc* de decisiones *ad hoc*.

Si bien RAWLS y otros autores entienden que esta concepción sumaria de las reglas lo que hace es definir a una regla de experiencia normativamente impotente, este enfoque confunde la fuente de una regla con su fuerza. Considérese, por ejemplo, la generalización prescriptiva “no dispare hasta no ver el blanco del ojo del enemigo”. Tal vez el capitán Prescott, habiendo prestado anteriormente servicios como fusilero, dedujo esta regla como un resumen de sus propias experiencias previas de combate. Pudo haber recordado que cuando disparaba su rifle demasiado rápido y, por lo tanto, ponía su vida en peligro, no podía discernir el blanco del ojo del enemigo, y cuando esperaba demasiado, poniéndose igualmente en peligro, había visto ya el blanco del ojo del enemigo durante cierto tiempo. En los casos en los que disparó su arma en el momento justo, el tiro coincidió

---

<sup>38</sup> Mi referencia a las “críticas” no debería tomarse demasiado seriamente. Después de todo, a veces deseáramos elogiar al infractor de una regla. Sólo pretendo con esto identificar el acto de “infringir” una regla, esto es, una situación en la que algo, para mejor o para peor, ha salido mal.

<sup>39</sup> RAWLS, «Two Concepts of Rules»: 19-24.

con el instante en el que vió por primera vez el blanco del ojo de su enemigo.

Luego de haber efectuado en el pasado por sí mismo estos cálculos, y habiéndolos recopilado más tarde en la forma de una regla descriptiva, el capitán Prescott podría posteriormente hallarse en una posición de autoridad. Podría entonces tomar la decisión de convertir lo que previamente fuera su propia generalización descriptiva de sus decisiones particulares anteriores en una *orden* para los soldados bajo su mando, quienes serían castigados en caso de violación de la orden (regla). Y dado que el capitán Prescott podría desconfiar de los cálculos *ad hoc* que hicieran sus soldados, o debido a que podría no querer que perdieran su tiempo siquiera tratando de hacerlos, podría decidir considerar todo disparo que no se efectuara al momento de ver el blanco del ojo del enemigo como una violación de la regla, inclusive si pudiera demostrarse que en el caso específico ése no era el mejor momento para disparar. En consecuencia, la regla, que originariamente fuera un sumario de decisiones previas, sería plenamente una regla en cuanto a sus efectos, pues poseería fuerza normativa en tanto generalización incluso en aquellos casos en los que esa generalización a partir de experiencias pasadas no fuese apta. Así, *pace* RAWLS, la concepción sumaria de las reglas no implica la aptitud para reconsiderar la aplicación de la regla en ningún caso en particular. De dónde proviene la regla y cómo opera son cuestiones lógicamente distintas, y la fuente de una regla —excepto posiblemente como una observación empírica contingente— no ofrece ninguna ayuda para identificar aquellas reglas que carecen de fuerza normativa.

En consecuencia, las reglas normativamente irrelevantes no pueden ser identificadas por su ascendencia. Tampoco pueden ser identificadas por su falta de fuerza concluyente. La regla “no dispare hasta no ver el blanco del ojo del enemigo” no deja de ser una regla si uno de los soldados no dispara en el momento indicado porque de hacerlo pondría en peligro la vida de un niño de tres años que deambula por el campo de batalla. Más bien, se dice que las reglas normativamente irrelevantes son aquellas en las que la inaplicabilidad de las justificaciones subyacentes a este caso torna superflua a la regla de experiencia. De conformidad con el análisis que hemos desarrollado, las reglas de experiencia son superfluas y, por lo tanto, normativamente irrelevantes, cuando la aplicabilidad de las justificaciones subyacentes agota la aplicabilidad de la regla.

En muchos casos, sin embargo, las reglas de experiencia, incluso las que utilizan los ingenieros, tiradores y navegantes de HARE, parecen tener una fuerza normativa que no se extingue por la inaplicabilidad de las justificaciones que las generan. Supóngase que la regla “no dispare hasta no ver el blanco del ojo del enemigo” tiene carácter *ceteris paribus*. Se supone que los fusileros deben realizar sus propios cálculos

respecto de cuál sea el momento óptimo para disparar, debiendo no obstante confiar en la regla cuando, considerando todo lo relevante, sus propios cálculos no ofrecen una respuesta. Si la regla en cuestión tiene carácter *ceteris paribus*, entonces un fusilero que, sin razón alguna sobre la base de sus propios cálculos para preferir un instante de otro, dispara no obstante en un momento diferente del que indica la regla ha *violado* la regla.

Supóngase, en cambio, que la regla “no dispare hasta no ver el blanco del ojo del enemigo” no tiene meramente carácter *ceteris paribus*, sino que está formulada de tal modo que los fusileros deben disparar en un momento distinto al indicado por ella si y sólo si están *convencidos* de que ese momento no es el mejor para disparar. Aunque la fuerza de la razón que resulta necesaria para dejar de lado la regla se ha incrementado, la situación es estructuralmente análoga a la anterior. Si el fusilero se atiene a su propio juicio basado en la justificación pese a no tener el nivel de convicción que establece la regla, una vez más ha *violado* la regla. Y el mismo análisis se aplicaría si la regla de experiencia fuese formulada en términos de *certeza* y no de convicción.

Parece evidente, en consecuencia, que *cualquiera* que sea el nivel de convicción del que se parta, las reglas de experiencia elevan el nivel de convicción requerido para justificar la realización de una acción distinta de la que la regla de experiencia indica. En la medida en que toda regla —incluyendo las comúnmente descritas como reglas de experiencia— tiene al menos fuerza *ceteris paribus*, ellas fijan un nivel de convicción necesario para llevar a cabo acciones inconsistentes con la regla. Llevar a cabo una acción distinta de la que determina la regla de experiencia cuando este nivel de confianza no ha sido alcanzado puede adecuadamente considerarse como una violación de la regla de experiencia.

En un mundo lleno de incertidumbres, los decisores inevitablemente llevan a cabo acciones basados en información imperfecta. De hecho, para el utilitarista de actos, ése es justamente el objeto de las reglas de experiencia. Pero si ésa es la razón por la cual adoptamos reglas de experiencia, debe reconocerse también que a fin de cumplir esta función corrientemente se considerará que una regla de experiencia incrementa la carga de justificación para actuar de manera inconsistente con ella, exactamente del mismo modo en el que la existencia de cualquier regla incrementa la carga de justificación para actuar de manera inconsistente con ella. Por consiguiente, la mayoría de las reglas de experiencia no está privada de fuerza normativa. Como generalizaciones, ellas ejercen fuerza normativa en tanto generalizaciones elevando el nivel de convicción necesario para llevar a cabo una acción inconsistente con ellas, inclusive cuando existen razones

para creer, por debajo de ese nivel elevado de convicción, que la generalización no es aplicable al caso.

No es necesario que todas las reglas de experiencia se ajusten al modelo que acabo de construir. He supuesto que incluso una regla de experiencia, por lo menos cuando la información de otro modo disponible no resulta concluyente, ejerce presión prescriptiva en un mundo de incertidumbre. Esta conclusión no es lógicamente obligatoria. Puede que haya ciertas reglas de experiencia que sólo posean el carácter de generalizaciones descriptivas, y que no ejerzan ninguna presión incluso en los niveles de convicción aplicables para determinar qué hacer. Pero reglas de experiencia semejantes son poco frecuentes, ya que si una regla ni siquiera eleva el nivel de convicción necesario para llevar a cabo acciones inconsistentes con ella, es difícil encontrar alguna razón que siquiera justifique su adopción<sup>40</sup>.

Podemos ahora redefinir a las reglas de experiencia como reglas que resultan vulnerables respecto de la inaplicabilidad de sus justificaciones subyacentes. Una regla de experiencia es potencialmente inaplicable si sus justificaciones son inaplicables. Pero en la medida en que las reglas de experiencia elevan el nivel de convicción requerido para no aplicarlas (o el nivel de las consecuencias de la inaplicabilidad) respecto del que habría existido en ausencia de la regla, conservan una estructura similar a la de aquellas reglas que no resultan vulnerables respecto de su propia inaplicabilidad pero que son susceptibles de ser derrotadas o superadas frente a razones externas respecto de aquello que la regla persigue.

En los casos en los que la regla es superada, no estamos dispuestos a decir que la regla (o la justificación que subyace a ella) se desvanece cuando resulta superada por una razón de suficiente fuerza. La insuficiencia de la regla en este caso no es inconsistente con el hecho de que resulte suficiente en otros, ni tampoco con que posea alguna

---

<sup>40</sup> Existe un curioso paralelo entre las reglas de experiencia y el proceso de razonamiento que RAWLS describe como "equilibrio reflexivo". *A Theory of Justice*: 20-22, 48-51. Un componente clave del proceso del equilibrio reflexivo es la obligación de efectuar reconsideraciones. Se supone que un decisor que utiliza el método del equilibrio reflexivo ha de reconsiderar las intuiciones particulares a la luz de la teoría, y la teoría a la luz de las intuiciones particulares. Aunque ni las intuiciones particulares ni la teoría determinan por ello en sentido último la decisión respecto de qué hacer, ambas influyen sobre el proceso decisorio, obligando a efectuar reconsideraciones. De manera similar, lo que sostengo en el texto sobre la forma en la que las reglas de experiencia elevan la carga de justificación necesaria para actuar de manera inconsistente con ellas puede reformularse en términos de reconsideraciones, y puede decirse que una regla de experiencia ejerce su poder prescriptivo obligando al menos a efectuar reconsideraciones en los casos en los que un agente actuaría de manera contraria a la regla. Si también se entiende que el agente tiene autoridad en ciertas ocasiones, ya sea para dejar de lado, ya sea para rehacer la regla (y véase en conexión con esto el análisis del *common law* en el capítulo 8, punto 2), entonces el ida y vuelta entre regla y caso resulta todavía más próximo a la relación entre teoría e intuición en el proceso del equilibrio reflexivo.



fuerza subsistente o residual, aun en los casos en los que resulta superada. En ciertos ámbitos esa fuerza residual genera remordimiento, aun cuando hayamos dejado de lado correctamente las limitaciones de la regla, y en otros ámbitos puede generar un deber de compensación. Pero todavía hay algo que resta cuando una regla es (correctamente) superada.

Lo mismo ocurre, como puede ahora apreciarse, cuando las reglas de experiencia no son seguidas debido a una convicción suficiente respecto de la inaplicabilidad de sus justificaciones subyacentes. Esto no se advierte con claridad cuando se está operando en el campo de teorías morales univaluadas (como el utilitarismo), ya que si la (digamos) justificación utilitarista de una regla es inaplicable, negarse a seguir la regla parece no dejar residuos, excepto para quienes resultan cautivados por la adoración de las reglas que muchos utilitaristas de actos condenan. Pero si en algún otro campo tratamos con principios de nivel intermedio, entonces los valores que las reglas aseguran (por ejemplo, estabilidad, atención, posibilidad de predecir los resultados, distribución del poder entre quienes crean las reglas) pueden por sí mismos ocupar una posición equivalente a la de otros principios de nivel intermedio (por ejemplo, incrementar la seguridad vial, maximizar los ingresos, disminuir el hambre). En otras palabras, en el nivel de los principios o disposiciones intermedias, las justificaciones generadoras de reglas pueden ser equivalentes en importancia a las justificaciones sustantivas externas a la regla que pueden derrotarla. Y siendo esto así, debería existir tanto resto o residuo cuando una regla no es seguida debido a la inaplicabilidad de su propia justificación como cuando una regla no es seguida debido a que resulta superada por justificaciones sustantivas externas a la regla. En consecuencia, si el valor de tener reglas en tanto reglas —un valor que indudablemente no es último— puede en sí justificarse en términos de valores todavía más profundos, los valores a los que las reglas sirven explican por qué ellas pueden ofrecer, y con frecuencia de hecho ofrecen, tanta resistencia a dejar de aplicarse debido a la inaplicabilidad de sus justificaciones subyacentes como la que ofrecen a ser superadas por razones externas a las propias reglas. Dado que esta resistencia parece existir incluso en muchas de las reglas a las que ahora comúnmente se califica como “reglas de experiencia”, es bien poco lo que distingue a las reglas que son vulnerables respecto de la inaplicabilidad de sus propias justificaciones de las que son vulnerables a ser superadas por razones externas a ellas. En ambos casos, la presencia de la regla en tanto regla disminuye comúnmente su vulnerabilidad, y es en esta disminución de su vulnerabilidad donde encontramos la forma en la que las reglas pueden suministrar razones para la acción en tanto reglas.



## CAPÍTULO VI

### LA FUERZA DE LAS REGLAS

#### 1. LAS REGLAS COMO RAZONES

Las reglas, como puede ahora apreciarse, no son ni entidades ni propiedades, a pesar de mis sugerencias anteriores. Más bien, el modo más fructífero de concebir a una regla es como una *relación*, o mejor aún, como un *estatus*. El estatus de regla puede ser poseído (o no) por una prescripción general a la luz de su justificación o justificaciones subyacentes. La instanciación de cualquier justificación constituirá una regla solamente en la medida en que ella se encuentre atrincherada y suministre una razón para la acción como instanciación. Cuando la existencia de una instanciación suma un peso normativo superior al que proporcionan sus justificaciones sustantivas subyacentes, ella adquiere el estatus de regla<sup>1</sup>. Pero todavía se nos escapa la forma

---

<sup>1</sup> La idea misma de razón para la acción ha generado, por supuesto, una extensa bibliografía. Véase, por ejemplo, DARWALL, *Impartial Reason*; RICHARDS, *A Theory of Reasons for Actions*; RAZ (ed.), *Practical Reasoning*, y DAVIDSON, «Actions, Reasons, and Causes». A pesar de que la mayor parte de lo que digo en este libro se basa en la idea de razón para la acción, trato de evitar, sin embargo, asumir posturas innecesarias respecto de la naturaleza de las razones para la acción. Pero, por si todavía no ha quedado claro, debería decir que sigo a RAZ, en su «Introducción», en cuanto a que me ocupo fundamentalmente de lo que él denomina «razones motivadoras», y a que considero a esas razones motivadoras como hechos. Por lo tanto, es el *hecho* de la existencia de un cierto estatus o relación lo que suministra la razón para la acción. Esto, por su parte, es consistente con una visión general internalista de las razones para la acción, y el lector interesado puede asumir que mis referencias a las razones para la acción son consistentes con la siguiente definición dada por DARWALL en *Impartial Reason*: 81, «*p* es una razón para que S haga A si, y sólo si, *p* es un hecho sobre A, cuya toma de conciencia por S, bajo condiciones de *reflexión racional*, conduciría a S a preferir hacer A frente a no

en que las reglas operan ¿Cuáles son las consecuencias de proporcionar una razón para la acción? ¿A través de qué medios se adiciona peso prescriptivo al proceso de toma de decisiones? ¿Cómo es que estos fenómenos introducen una diferencia y cuán grande es ella?

Con respecto a cualquier agente que toma decisiones, existe una regla para dicho agente (una cuestión diferente a la de si una regla existe dentro de una sociedad o dentro de un cierto entorno de toma de decisiones) solamente en el caso de que una instanciación suministre una razón para la acción independiente de la que proporciona la justificación que subyace a ella. No obstante, la mera conformidad de la conducta no resulta suficiente para indicar la existencia de una razón para la acción semejante. Para seguir una regla es preciso ser *guiado* por ella, pues difícilmente describiríamos a un gentil vegetariano como alguien que sigue las reglas del Kashruth. Así, puede decirse que alguien *sigue* una regla o es guiado por ella cuando, y sólo cuando, ese alguien lleva a cabo un acto *porque* la regla indica que ha de llevarse a cabo.

Esta descripción es, sin embargo, inexacta porque ser guiado por una regla no implica necesariamente actuar, considerando todas las circunstancias relevantes, de acuerdo con la regla. Las razones para la acción no tienen por qué ser absolutas, en el sentido de no ser susceptibles de resultar superadas o desplazadas. El límite de velocidad de 55 millas por hora guía mis acciones y constituye una razón para que conduzca a esa velocidad o a una inferior a ella incluso cuando otras razones (tales como la necesidad de cumplir con un compromiso importante) me guían de tal forma a actuar de manera distinta que terminan prevaleciendo en el balance de razones. En consecuencia, que tenga una razón para hacer  $\phi$  y que deba hacer  $\phi$  considerando todas las circunstancias relevantes son dos cuestiones distintas que pueden, en ciertas ocasiones, generar respuestas divergentes. Podemos estipular, por lo tanto, siguiendo lo que parece constituir el uso ordinario, que ser *guiado* por una regla sólo exige que el agente tome a la existencia de la regla como una razón no-necesariamente-concluyente para la acción, pero *seguir* una regla exige *tanto* ser guiado por la regla *como* actuar de conformidad con (en cumplimiento de) sus indicaciones. Cumplir con una regla es, por lo tanto, diferente de seguir una regla, justamente porque sólo el segundo caso exige ser guiado

---

hacer A, permaneciendo igual las demás circunstancias». La existencia de una regla R que incluya a A en su extensión es, por lo tanto, una razón para hacer A para cierto agente cuando ese agente es consciente de R y esa conciencia de la existencia de R lo lleva a preferir A frente a no A, permaneciendo igual las demás circunstancias. La mayor parte de lo que sostengo en este libro se encuentra implícito en la oración precedente precisamente porque no hay nada en ella que haga referencia a la justificación que subyace a la regla y, por lo tanto, la aptitud de R para suministrar una razón para A es lógicamente independiente de si J, la justificación que subyace a R, suministra también una razón para A.

por la regla. Inversamente, el no-cumplimiento de una regla no presupone el no-seguimiento, porque el no-cumplimiento puede ser la conclusión de un proceso de razonamiento en el que una razón motivadora fue superada por otras razones motivadoras.

Se denominan ordinariamente razones *prima facie* a las razones para la acción no absolutas. Este uso de la terminología de los juristas sugiere que ellas pueden ser superadas o desplazadas por razones particularmente exigentes que se inclinan en la dirección opuesta<sup>2</sup>. No obstante, este uso resulta desafortunado porque puede generar una impresión equivocada acerca de la forma en la que operan las razones no absolutas. Tal como lo anticipara en el capítulo 1, punto 2, no hay ninguna razón para no marcar la diferencia entre una razón y una razón absoluta exactamente con esas palabras, prescindiendo de las distorsiones y distracciones del término *prima facie*. El mayor problema que provoca el uso de la expresión *prima facie* como descripción de las razones no absolutas es que sugiere que, en ciertas circunstancias —cuando ellas se oponen a razones de mayor peso—, las razones *prima facie* podrían simplemente desvanecerse. Pero esa caracterización induce a error. Las razones, incluso las razones no absolutas, no se evaporan cuando son superadas o dejadas de lado, de la misma manera que el guardia de seguridad no se evapora cuando es reducido por el asaltante de bancos. Lo que ocurre simplemente es que una razón —como el guardia— puede resultar suficiente en ciertas circunstancias pero insuficiente en otras. Pero las razones y los guardias de seguridad ofrecen *resistencia* incluso cuando son insuficientes y, en cada caso, la presencia de esa resistencia demanda mayor fuerza para ser superada de la que hubiera sido necesaria en caso contrario.

Más aún, el término *prima facie* tiene cierta tendencia a sugerir la presencia de una razón con una fuerza relativamente considerable<sup>3</sup>. En su uso jurídico primario, *prima facie* representa el grado de prueba necesario, en ciertos contextos, para fundar el caso del demandante (o del fiscal). Si el demandante ha presentado prueba suficiente para fundar un caso *prima facie*, y el demandado no refuta ninguna de esas pruebas ni tampoco sostiene con éxito una defensa afirmativa, entonces el demandante triunfará o, al menos, podrá evitar una moción para que se dicte un veredicto directo en favor del demandado. Con todo, cuando se habla de razones, un grado tan alto de efectividad parece corresponder solamente a un subconjunto del universo de razones. Pue-

<sup>2</sup> El *locus classicus* es *The Right and The Good*, de ROSS, D.: 19-47, en el que se discute sobre las obligaciones *prima facie*.

<sup>3</sup> El término es usado de esta manera en ULLMANN-MARGALIT y MARGALIT, «Analyticity by Way of Presumption»: 439, y ULLMAN-MARGALIT, «On Presumption»: 152, para designar una regla de "fuerza intermedia". ULLMAN-MARGALIT y MARGALIT no cometen, sin embargo, el error corriente de negarse a reconocer la fuerza para orientar decisiones que poseen las reglas cuya fuerza es inferior a la intermedia.

den existir razones moderadamente débiles, que no pierden enteramente su estatus de razones a causa de su debilidad. Puedo tener una razón para actuar aun cuando esa razón no sea más que una razón *ceteris paribus*, entendiendo por tal una razón que es tan débil que determina el resultado *solamente* si todo lo demás permanece igual. Una razón semejante tendría, no obstante, efectos en aquellos casos en los que las restantes circunstancias permanecieran igual y, por consiguiente, debería contar como una razón, aunque su aptitud para hacerlo puede no ser captada por el término *prima facie*.

Las razones que acabo de describir, que por poseer un peso tan escaso sólo importan en el caso *ceteris paribus*, marcan un extremo del espectro de la fuerza normativa. Si una razón no determina el resultado ni siquiera cuando no hay otras razones aplicables, o cuando las demás razones aplicables se oponen entre sí en forma tan pareja que no suministran ninguna razón para decidir en un sentido o en otro, entonces simplemente ella no es una razón en absoluto. En el extremo opuesto, una razón *absoluta* es tan poderosa como puede serlo una razón. Dado que una razón semejante es, por definición, infinitamente estricta y no puede ser desplazada, la aplicabilidad misma de una razón absoluta es concluyente o determinante de la acción.

El grado de fuerza normativa de una regla reside ordinariamente entre estos extremos, poseyendo la mayoría de las reglas suficiente poder como para determinar un resultado aun cuando todas las demás circunstancias no sean iguales, mas sin llegar a ser absolutas. Ronald DWORKIN sostiene, por el contrario, que constituye un rasgo definitorio de las reglas el ser concluyentes si son aplicables<sup>4</sup>, pero esta representación no parece fiel a la experiencia cotidiana. Cuando conduzco excediendo un preciso límite de velocidad a efectos de llevar con urgencia a un niño herido al hospital, o cuando un judío ortodoxo come cerdo para evitar la muerte por inanición, la fuerza de la regla aplicable resulta desplazada por consideraciones más exigentes. Con toda seguridad puede decirse que, si algo es una regla, éstas lo son, y con igual seguridad puede afirmarse que las reglas son habitualmente desplazadas en circunstancias comparables a las mencionadas. En estos casos, así como en un sinnúmero de otros semejantes, la razón para la acción que suministra una regla aplicable no es suficiente, dadas las circunstancias particulares, para resistir a las razones para la acción proporcionadas por otras consideraciones, algunas de las cuales podrían ser —aunque no es preciso que sean— otras reglas.

Ejemplos como éstos nos tientan a describir los factores que desplazan la aplicación de una regla como *excepciones* (o calificaciones)

<sup>4</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*: 22-28, 78-80. Para una discusión más extensa sobre este punto, véase *supra*, capítulo 1, punto 6.

y, al hacerlo, a observar, siguiendo a HART, que una regla con una cláusula “a menos que” es no obstante una regla<sup>5</sup>. Una regla que establece que “está prohibido conducir a más de 55 millas por hora a menos que el conductor esté llevando a un niño herido al hospital”, simplemente no es quebrantada por alguien que conduce a 75 millas por hora precisamente con ese propósito. Si el judío ortodoxo estuviera obligado a seguir una regla que prohíbe comer cerdo a menos que se encuentre en peligro de muerte por inanición, entonces comer cerdo para evitar la muerte por inanición no podría considerarse una violación de esa regla, como tampoco podría considerarse robar la conducta de quien se lleva ciertos bienes de una tienda después de haber pagado por ellos. Y pese a que cada una de estas reglas contiene sólo una única calificación, una regla sería no obstante una regla aun cuando su lista de calificaciones fuese considerablemente más larga.

Sin embargo, identificar el modo en el que las reglas y las excepciones resultan compatibles es perder de vista la cuestión primordial. El punto central, al que ya he hecho referencia (véase *supra*, capítulo 5, punto 1), es si se pueden incorporar excepciones *adicionales* en el momento de su aplicación, excepciones adicionales que se aplican entonces incluso al caso que indujo a introducir la excepción. Supóngase que tenemos ahora una regla que establece que “está prohibido conducir a más de 55 millas por hora, a menos que: *a*) el conductor esté llevando a un niño herido al hospital, o *b*) el conductor sea un oficial de policía en cumplimiento de sus funciones, o *c*) el conductor sea un miembro de las fuerzas armadas al servicio de su país, o... *n*”. Y supóngase que entonces surge un caso, llámese *n* + 1, en el cual, considerando todas las circunstancias relevantes, parece justificable permitirle a un conductor conducir a más de 55 millas por hora, pero que este caso no cae bajo ninguno de los “a menos que” enumerados. Si en tal situación es permisible incorporar una excepción *en ese momento*, y si la excepción ahora incorporada se aplica al caso en cuestión, entonces la regla resulta ser el equivalente lógico de una que dijese “está prohibido conducir a más de 55 millas por hora a menos que, considerando todas las circunstancias relevantes, sea apropiado conducir a una velocidad mayor” y, como se demostró *supra*, en el capítulo 5, punto 1, *esta* regla es extensionalmente equivalente a “está prohibido conducir a una velocidad mayor que la apropiada, considerando todas las circunstancias relevantes”<sup>6</sup>. El asunto no es, por lo tanto, si las reglas pueden tener excepciones y seguir siendo

<sup>5</sup> HART, *The Concept of Law*: 136.

<sup>6</sup> La tesis de la equivalencia extensional asume que la existencia de un fundamento (considerando todas las circunstancias relevantes) para incorporar una excepción es una condición suficiente para incorporar esa excepción. Si (véase *supra*, capítulo 5, punto 7), por otra parte, la existencia de una regla eleva el nivel de justificación necesaria, de modo tal que el fundamento para suplantar la regla debe ser más fuerte de lo que debería haberlo sido para determinar un resultado en ausencia de la regla, entonces la regla suministra una razón por sí misma

reglas, ya que es claro que ello es posible. Se trata más bien de si las reglas pueden estar sujetas a excepciones incorporadas al momento de su aplicación, a la luz del espectro completo de factores que de otro modo serían aplicables, y seguir siendo reglas. Y la respuesta a esa pregunta es “no”<sup>7</sup>.

y la tesis de la equivalencia extensional no puede sostenerse. De manera similar, tal como lo ha justificado RAZ (*The Authority of Law*, 114-15), una regla que resulte continuamente revisable sigue siendo una regla si el conjunto de justificaciones admisibles para la revisión es menor que el conjunto de las justificaciones usadas para crear la regla en un primer momento.

<sup>7</sup> El punto se ve reforzado por la observación de QUINE, adaptada a partir de una de RICHARDS, según la cual «[u]n pintor con una paleta limitada puede obtener representaciones más precisas atenuando y combinando sus colores que los que puede obtener un mosaiquista con su variedad limitada de azulejos, y la diestra sobre-imposición que ofrece la vaguedad tiene ventajas similares sobre el modo en el que encajan conjuntamente una serie de términos técnicos precisos», QUINE, *Word and Object*: 127. El argumento de QUINE, en su sentido más amplio, es que la precisión actual es inconsistente con la flexibilidad futura, y que, inversamente, obtenemos flexibilidad futura sólo a costa de un cierto sacrificio de detalles a corto plazo. Mi argumento en el texto, que es consistente con la aguda observación de QUINE, consiste esencialmente en que la única manera de obtener simultáneamente el máximo grado tanto de precisión actual como de flexibilidad futura es utilizando espejos.

Existe una cierta tensión entre el enunciado que se formula en el texto y las afirmaciones de quienes identifican como una característica del razonamiento jurídico el que se puedan incorporar excepciones previamente inadvertidas en el momento de la aplicación de una regla. Véase, por ejemplo, COVAL y SMITH, *Law and its Presuppositions*, capítulos IV-VI; HARRIS, *Law and Legal Science*: 5; TWINING y MIERS, *How to do Things with Rules*: 216-217, y HONORÉ, «Real Laws»: 109. Otros desarrollos en este sentido se encuentran recopilados en SUSSKIND, *Expert Systems in Law*: 194-198. Es posible identificar cuatro interpretaciones posibles de estas afirmaciones. En primer lugar, la mayoría de estas afirmaciones son relativas a la toma de decisiones judiciales dentro del *common law*, un método de toma de decisiones jurídicas definido por el carácter no canónico y la revisión continua de la formulación de sus reglas. En este sentido, las afirmaciones relativas a la posibilidad de revisión pueden ser descriptivamente correctas, pero, de ser así, ello simplemente trasladaría la cuestión a si la toma de decisiones en el *common law* se basa en reglas, un tema que abordaré en el capítulo 8, punto 2. En segundo lugar —y no sin vinculación con lo anterior—, puede ser que las afirmaciones relativas a la posibilidad de revisión subestimen los efectos de las presunciones y de las reglas no absolutas debido a que no distinguen dos formas que puede asumir la potestad para la introducción de excepciones. De acuerdo con una de ellas, el decisor tiene autoridad para introducir una excepción y para aplicarla al caso puesto a su consideración en cada ocasión en la que el resultado correcto, considerando todos los factores relevantes, exige la introducción de esa excepción. Sin embargo, de conformidad con la modalidad alternativa, la existencia de una regla, si bien no excluye la introducción de la excepción para el caso, puede, no obstante, tener el efecto de permitir su introducción si, y sólo si, la aplicación de la regla al caso constituye, considerando todos los factores relevantes, un error de significativa magnitud. Esta modalidad alternativa, que resulta consistente con el concepto de *positivismo presuntivo* que expongo en el capítulo 8, punto 7, reserva cierto espacio para los casos que serían decididos de manera contraria a la regla en el supuesto de que ella no existiese, pero que debido a la existencia de la regla han de ser decididos de conformidad con sus previsiones. Por lo tanto, es factible que las afirmaciones relativas a la posibilidad de revisión que aquí cuestiono empleen un lenguaje que suena como una descripción de la primera alternativa, cuando de hecho pretenden (o deberían pretender) describir la segunda. En tercer lugar, puede ocurrir que las afirmaciones sobre la potestad para la introducción de excepciones confundan la toma de una decisión con respecto a un caso de penumbra con la introducción de una excepción en un caso previamente considerado claro o fácil. Ésta es una confusión corriente, que a menudo lleva a que la gente considere a los



Las reglas tienen así una dimensión de peso o un cierto grado de resistencia a ser superadas, lo que puede también expresarse diciendo que una regla no es completamente *derrotable*. Pero debe tenerse el cuidado de distinguir dos fenómenos. Cuando una regla no es aplicable en aquellos casos en los que la justificación *para esa regla* es inaplicable, ella se vuelve inaplicable en virtud de una *deficiencia interna*. Y, tal como lo he sostenido detenidamente a lo largo de este libro, una regla que resulta inaplicable en todo caso de deficiencia interna no es, en un sentido importante, una regla en absoluto. En consecuencia, una regla es vulnerable a las deficiencias internas cuando resulta inaplicable sobre la base de razones exclusivamente vinculadas con la aplicabilidad de las justificaciones que subyacen a la propia regla. Por contraste, las reglas con cierta resistencia a las deficiencias internas, que tienen por lo tanto el carácter que considero una condición necesaria para la existencia de una regla imperativa, pueden no obstante estar sujetas a ser desplazadas por factores particularmente exigentes que son externos tanto respecto de la regla como de *su* justificación. Cuando las reglas resultan inaplicables (o, más exactamente, no concluyentes) sobre la base de tales factores, que no son en sí mismos una función de lo que la propia regla está destinada a obtener, puede decirse que esas reglas son *externamente derrotables*, sujetas a ser derrotadas o a tornarse no concluyentes en virtud de factores externos a la regla misma<sup>8</sup>.

Buena parte de este libro está dedicada al tema de la falla interna y a la proposición de que la toma de decisiones basada en reglas y la completa vulnerabilidad a las deficiencias internas son incompatibles. Pero para que una regla sea una razón para la acción tiene que tener también, como acabamos de ver, algún grado de resistencia a la derrotabilidad externa. Una razón sin resistencia a ninguna otra razón no es una razón en absoluto. ¿Sin embargo, de dónde viene esta resistencia? Nada *en* “velocidad máxima 55 m/h” o “no matarás” o “no se admiten perros” indica el peso que esas reglas habrán de tener frente a otras consideraciones concurrentes. Pero, por supuesto, nada

---

sistemas jurídicos como más basados en reglas de lo que realmente lo están. Volveré sobre este tema en gran parte de los capítulos 8 y 9. Finalmente, puede que estas afirmaciones contengan presupuestos bastante fuertes acerca de la potestad judicial, confundiendo lo que una regla *es* con lo que un juez debería *hacer*. Tales presupuestos pueden resultar normativamente atractivos y empíricamente precisos, pero es importante distinguirlos de los argumentos relativos a la naturaleza de las reglas. De cualquier modo, vale la pena sacar a la luz esos presupuestos acerca de la potestad judicial para posibilitar un examen más cuidadoso. A este respecto, véase *infra*, capítulo 7, punto 6.

<sup>8</sup> La distinción entre deficiencia interna y derrotabilidad externa desaparece en cualquier sistema justificatorio de un único valor. Un sistema de utilitarismo no mediado (por disposiciones o principios de nivel intermedio), por ejemplo, de conformidad con el cual la única guía consiste en maximizar la utilidad, no puede trazar la distinción entre la justificación que subyace a la regla y cualquier otra razón, una distinción que a su vez respalda la distinción entre deficiencia interna y derrota externa.

en esas reglas indica que ellas han de tener algún peso en absoluto. La cuestión del peso, por tanto, está enlazada con la cuestión misma de la *aplicabilidad* inicial de una regla, cuestiones de las que voy a ocuparme ahora.

## 2. LAS RAÍCES DE LA FUERZA NORMATIVA

Es un lugar común después de WITTGENSTEIN decir que las reglas no determinan su propia aplicación. Esto es verdadero no solamente respecto de las reglas no reducibles del lenguaje y de las matemáticas, que eran las que le preocupaban especialmente a WITTGENSTEIN, sino también respecto de las reglas que pueden estar escritas *en* un lenguaje, y cuya capacidad para guiar descansa *sobre* las reglas del lenguaje que WITTGENSTEIN intentó explicar.

Toda regla nos enfrenta con la cuestión liminar de su aplicabilidad. ¿Se aplica esta regla a esta situación, a mí y a la decisión que debo ahora tomar? Si contemplamos la regla en sí misma, se nos presenta algo que semeja una respuesta. Las reglas necesariamente especifican el alcance de su aplicación, puesto que la designación de su alcance es parte del predicado fáctico de la regla. Esta designación del alcance puede no aparecer explícita en la regla, pero en ese caso se encontrará implícita o incorporada en virtud de alguna otra regla dentro del mismo sistema de reglas<sup>9</sup>. En consecuencia, un cartel con la leyenda “no se admiten perros” en un restaurante no constituye una prohibición universal de perros en la sociedad, sino solamente de perros *en el restaurante*, con la cláusula “en el restaurante” implícita en la ubicación del cartel (así como en nuestra intelección de la jurisdicción de los propietarios del restaurante, pero esto es adelantarse a la cuestión). De manera similar, las reglas jurídicas especifican necesariamente las personas y lugares a los que se dirigen sus exigencias, como cuando una disposición sobre el impuesto a las ganancias se aplica solamente a los residentes y a aquellos que ganan dinero dentro de los límites geográficos de la autoridad impositiva, pero no a aquellos que son completamente extraños a esa jurisdicción. Las leyes impositivas de Francia, donde no vivo ni tampoco gano dinero, no se me aplican.

La designación del alcance en la regla —ya sea explícita, implícita o resultante del funcionamiento de alguna regla secundaria jurisdiccional— es así una condición necesaria para la aplicabilidad de una regla. Que tal designación sea una condición necesaria para la aplicabilidad, no obstante, no la vuelve una condición suficiente, y esclarecer

<sup>9</sup> Esto explica por qué la pregunta “¿qué es una regla?” con frecuencia resulta compleja, y por qué la empresa de *individualizar* reglas es importante. Véase BENTHAM, *Of Laws in General*; HART, *Essays on Bentham*: 211-219, y RAZ, *The Concept of a Legal System*: 50-77, 140-147, 170-175.

en este punto el problema de la aplicabilidad se torna más intrincado. Si las leyes impositivas de Francia fueran específicamente modificadas de manera tal que pretendiesen en forma explícita extender sus exigencias a residentes en el extranjero que no ganan dinero en ese país, todavía no las tomaría (suponiendo que permanezca fuera de Francia) como razones para pagar impuestos a Francia. Como no católico, no considero que mi conducta constituya una violación de una regla al no asistir a misa, y mantendría esa posición aun cuando la exigencia de asistencia fuese formulada de manera que se aplique tanto a católicos como a no católicos<sup>10</sup>. Y considérese el efecto de alterar el cartel del restaurante de tal modo que se lea, sin referencia a ninguna otra regla: "no se admiten perros en ningún restaurante de esta ciudad".

Estos ejemplos muestran que la mera aserción de aplicabilidad es insuficiente para que ella se verifique. ¿Pero qué es lo que falta? Con carácter preliminar se debe distinguir entre aplicabilidad y *validez*, pues una regla que en virtud de su formulación parece aplicable puede, no obstante, ser una regla inválida y, por lo tanto, inaplicable. La validez, que en sí misma es una función de otras reglas, es entonces una condición necesaria de la aplicabilidad. Las disposiciones de la Comisión de Comercio Interestatal son aplicables en todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, no meramente porque ellas así lo expresan, sino porque una norma del Congreso concede a la Comisión potestad regulativa nacional. En forma análoga, esa norma del Congreso es aplicable en todo el territorio de los Estados Unidos de Norteamérica, no porque así lo expresa, sino porque la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica concede al Congreso potestad regulativa nacional sobre el comercio interestatal.

En consecuencia, las reglas usualmente se encuentran ubicadas dentro de sistemas jerárquicos que establecen, entre otras cosas, la validez *interna* de las reglas dentro de esos sistemas. Hemos aprendido del estudio de HART de las *reglas de reconocimiento*<sup>11</sup> y del análisis jerárquico de las normas llevado a cabo por Hans KELSEN<sup>12</sup> que una regla es válida sólo en el caso de que exista una regla dentro del sistema de reglas que así lo establezca. Pero que una regla sea válida dentro de cierto sistema de reglas no dice nada sobre la validez del sistema mismo. La validez de las disposiciones de la Comisión de Comercio Interestatal, relativa a una cadena de validez que se retrotrae hasta la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, no determina la validez (ni, por consiguiente, tampoco la aplicabilidad, para la cual

<sup>10</sup> «De acuerdo con el judaísmo clásico, *todas* las personas, no sólo los judíos, se encuentran sujetas al arcaico mandamiento de no adorar ídolos, conducta que en última instancia es punible con la muerte», LEVINSON, «Who is a Jew(ish Justice)?»: 2369.

<sup>11</sup> HART, *The Concept of Law*: 92-107, 245-247. La validez no es, por supuesto, una condición suficiente de la aplicabilidad, dado que muchas reglas perfectamente válidas no se me aplican.

<sup>12</sup> KELSEN, *Pure Theory of Law*, *passim*.

es una condición necesaria) de un documento denominado "Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica" en los Estados Unidos de Norteamérica. ¿Por qué razón la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica regula el comportamiento de los norteamericanos y la Ley Fundamental alemana no? ¿Y por qué razón la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica es aplicable a los Estados Unidos de Norteamérica, mientras que un documento que yo podría redactar mañana, que a los ojos de cualquiera luciera como una Constitución para los Estados Unidos de Norteamérica, no lo es? Incluso si todas las condiciones internamente especificadas de validez y aplicabilidad de mi recientemente redactada Constitución fuesen satisfechas, esto no sería suficiente para que suplantase a la "Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica" como la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, y esto es así porque, tal como fuera explicado por Kelsen en su análisis de la *Grundnorm* y por HART al describir la regla de reconocimiento última, la validez del sistema no es en absoluto una cuestión de validez, sino del hecho social de que una comunidad trate a un cierto sistema como el derecho de esa comunidad<sup>13</sup>.

Incluso formular un enunciado externo sobre validez, no obstante, dice muy poco sobre la aplicabilidad. Una regla del derecho francés, que establece que tendré que pagar el impuesto francés a las ganancias, podría a la vez ser en apariencia aplicable a mí y ser una regla válida del derecho francés, pero no se sigue de ninguna de estas dos cosas que vaya a *tratar* la existencia de esa regla como una razón para la acción<sup>14</sup>. Ésta es la cuestión que HART analiza en términos del *aspecto interno*<sup>15</sup> de las reglas. Podría decirse que un agente asume un punto de vista interno respecto de una regla cuando trata a la *existencia* de la regla como relevante respecto de la pregunta acerca de qué debe hacer. Esto tiene sentido si "existencia" se refiere a la ubicación (y validez) de la regla dentro de una sociedad o un entorno de toma de decisiones. Pero los agentes pueden asumir el punto de vista interno respecto de reglas que no tienen esa existencia social, como cuando me impongo la regla de hacer ejercicios cuatro veces por semana, y

<sup>13</sup> Decir que la validez de un sistema jurídico no es una cuestión de validez es un tanto confuso. Aunque el concepto de validez se basa en reglas, no carece de sentido preguntar si un sistema jurídico como un todo es válido bajo cierto sistema de reglas morales más amplio.

<sup>14</sup> Debería resultar claro que considero a las razones para la acción como subjetivas más que como objetivas, en el sentido de la distinción que traza NAGEL en *The Possibility of Altruism*. Cualesquiera que sean los méritos de una concepción objetivista de las razones morales, de conformidad con la cual sólo las razones que se aplican a todas las personas son legítimas razones para la acción, ella resulta implausible como explicación general del universo de las razones, comprensivo tanto de razones morales como de otro tipo de razones. En parte debido a esto, y en parte porque considero convincente a la concepción subjetiva, incluso respecto de las razones morales (véase la discusión sobre la asimetría de la autoridad en el capítulo 6, punto 5), adhiero a la visión subjetiva o relativa al agente de lo que constituye para un cierto hecho el ser una razón para la acción.

<sup>15</sup> HART, *The Concept of Law*: 54-60, 86-88, 99-101.

pueden negarse a asumir el punto de vista interno respecto de reglas que sí la tienen, como cuando trato cierta regla de buenos modales, con la que estoy en desacuerdo, como si no proporcionase la más mínima razón para la acción. Es más, incluso respecto de la aceptación por parte de una sociedad de un cierto sistema de reglas, debe todavía considerarse cómo y por qué cada uno de los decisores que componen ese entorno de toma de decisiones asume el punto de vista interno respecto de la regla. En consecuencia, resulta circular apoyarse en la idea de existencia como una explicación de lo que constituye asumir el punto de vista interno respecto de una regla, pues como hemos visto, una regla existe para un agente sólo en la medida en que ese agente la trata como una razón para la acción. Por ello, es necesario eludir la idea de existencia, que conduce a una petición de principio, y decir, en cambio, que un agente asume el punto de vista interno respecto de una regla cuando le asigna carácter atrincherado a una generalización prescriptiva, y considera al hecho de que la decisión quede comprendida dentro de la extensión de esa generalización prescriptiva como una razón para decidir de cierto modo. Cuando un agente se comporta así, la regla existe para ese agente. Consecuentemente, una regla es aplicable a cierta situación para un agente cuando ella se encuentra comprendida dentro de la extensión de cierta regla, cuya existencia (ya sea social o individual) es considerada por el agente como una razón para la acción.

Esta formulación del aspecto interno de las reglas es más débil que una de las posibles lecturas de la noción de *aceptación* propuesta por HART. La palabra "aceptar" es ambigua, y abarca potencialmente no sólo algo cercano a la presuposición lógica, sino también cierta forma de acuerdo o compromiso normativo con esa presuposición. En la medida en que "aceptar" sugiere lo segundo, parece una mala elección, pues no hay razón para suponer que alguien que asume el punto de vista interno respecto de una regla tiene que estar de acuerdo con su contenido<sup>16</sup>. De hecho, asumir el punto de vista interno con relación a una regla en tanto regla supone que es respecto de su carácter de regla que se asume el punto de vista interno, y no respecto de las justificaciones subyacentes a la regla. Por consiguiente, asumir el punto de vista interno respecto de una regla sólo tiene sentido si la razón para la acción generada por el hecho de asumir el punto de vista interno

---

<sup>16</sup> Véase MACCORMICK, H. L. A. *Hart*: 33-40. Hay una diferencia entre mis conclusiones y las de MACCORMICK y RAZ (*The Concept of a Legal System*), que subraya lo que RAZ denomina "enunciado normativo no comprometido". Es verdad que la noción hartiana de aceptación no puede explicar lo que sucede cuando un gentil le dice al judío ortodoxo "¡no deberías comer eso!", refiriéndose a comer cerdo. Pero incluso un agente que asume el punto de vista interno respecto de una regla para guiar su propia conducta no necesita estar de acuerdo con su contenido. Si el agente estuviese de acuerdo con el contenido, sería difícil decir que ha asumido el punto de vista interno respecto de la *regla*, o que la regla *guió* la conducta del agente. Es por ello que, como HART y RAZ sostienen, la noción de regla es independiente de su contenido.

persiste incluso cuando el agente está en *desacuerdo* con el contenido de la regla. Ahora resulta claro que “estar en desacuerdo” es una expresión demasiado fuerte para caracterizar lo que ocurre cuando un agente se ve guiado por una regla que señala un curso de acción para esta ocasión, que resulta distinto del que el agente desearía llevar a cabo considerando todos los factores relevantes. Pero presento las cosas de este modo sólo para poner énfasis en que, en la medida en que “aceptar” connote acuerdo, constituye una caracterización errónea de lo que es tratar a una regla como una razón para la acción. Y en la medida en que “aceptar” no connote acuerdo con el contenido de la regla, la idea de aceptación no agrega nada a lo que decimos cuando tomamos simplemente a la asunción del punto de vista interno como la consideración por parte del agente de la existencia de una generalización prescriptiva como una razón para la acción.

Ahora, no obstante, debe analizarse el problema de por qué razón un agente *debería* considerar (o considera) la existencia de una regla como una razón para la acción. ¿Por qué razón debería un agente tomar como atrincherada una cierta instanciación respecto de su justificación subyacente y, en consecuencia, considerar el hecho de que algún acto quede comprendido dentro de la extensión de esa instanciación como una razón para actuar en concordancia con ella, incluso cuando su justificación subyacente parezca apuntar en la dirección contraria?

Es corriente que las respuestas a esta pregunta comiencen (y a veces terminen) con la consideración de problemas de moral personal, enfocándose con exclusividad en lo que el agente moral independiente *debe* hacer. Pero si nos concentramos en cuestiones de diseño institucional (incluyendo las cuestiones de diseño institucional desde una perspectiva moral, aunque sin limitarnos a ellas), entonces puede tener sentido no comenzar con “deberes” ideales, sino con el papel en apariencia más prudente de las sanciones y recompensas. Porque si las razones incluyen tanto lo prudencial como lo moral, entonces los agentes tienen (al menos) razones prudenciales para seguir reglas si hacerlo es recompensado y omitir hacerlo es castigado<sup>17</sup>. Por lo tanto, incluso

---

<sup>17</sup> Concentrar la atención en los premios y castigos como incentivos implicaría un examen completo de la coerción, una tarea que difícilmente puedo acometer aquí. Por ello, ignoraré *inter alia* cuestiones empíricas relativas a la efectividad de una u otra forma de coerción, y cuestiones de teoría moral relativas a las circunstancias bajo las cuales un agente debería adoptar la acción moralmente correcta, incluso con cierto costo personal. Pocos de nosotros sacrificaríamos (o deberíamos sacrificar) nuestras vidas o fortunas para mantener la promesa de encontrarnos para almorzar y, a la inversa, es sencillamente equivocado no salvar a una persona que se ahoga para evitar el gasto de tener que enviar nuestras ropas a lavar. Pero esto no equivale a decir que no existan cuestiones difíciles de resolver cuando el balance entre lo moral y lo prudencial resulta más parejo, ni tampoco que no pueda inquirirse provechosamente acerca del estatus moral de las razones prudenciales para la acción. Dejaré que otros investiguen estas cuestiones, pero, como queda claro a partir de lo que se discute aquí y en la sección final

aunque mi hipotética regla del derecho francés —que pretende hacerme pagar impuestos franceses— constituye para mí, y de hecho es, una regla moralmente escandalosa, y aunque podría así percibir que no tengo una razón (moralmente buena) para tratarla como una razón para la acción, es posible que si el monto del impuesto fuese suficientemente bajo y la probabilidad de sanciones suficientemente alta (puede que yo desee viajar a Francia de vacaciones con frecuencia), entonces tendría no obstante razones (prudenciales) para tratar a esa regla moralmente injustificada como una razón para la acción.

En consecuencia, si se examinan las razones prudenciales para la acción y la conexión entre las sanciones y tales razones, puede apreciarse que es plausible que el papel de las sanciones sea particularmente importante respecto de las reglas. El valor de una regla, en tanto regla, cuando se lo distingue de cualquier valor que en apariencia le asigne el destinatario a lo que la regla exige en este caso, es probable que se manifieste tan tenue que será difícil para muchos agentes reconocerlo, a no ser por el temor de las sanciones (incluyendo la reprobación) o la esperanza de recompensas (incluyendo el elogio). En consecuencia, si cierto sistema social, que posee la capacidad de hacerlo, penaliza a los agentes por realizar acciones que resultan inconsistentes con un conjunto de reglas, incluso cuando las justificaciones que subyacen a ellas no se vean promovidas al hacerlo, entonces los agentes sujetos a esas sanciones tendrán razones prudenciales para considerar a esas reglas, en tanto reglas, como razones para la acción. Si, por ejemplo, los jueces fueran rutinariamente censurados cuando no siguen reglas, aun en los casos en los que sería mejor, considerando todas las circunstancias relevantes, no seguirlas, entonces los jueces que quisieran evitar la censura tendrían un buen fundamento para considerar a las reglas como razones para la acción. Es más, si los jueces que tuviesen mayores probabilidades de ser ascendidos fuesen aquellos que resultan más fieles a las reglas, entonces la perspectiva de esta recompensa podría suministrar a muchos jueces el incentivo para considerar a las reglas como razones para la acción<sup>18</sup>.

Por muy importante que sea el castigo y la recompensa desde el punto de vista prudencial para la mayoría de los decisores, y por muy importante que sea reconocer que las sanciones son parte esencial del

---

de este capítulo, centraré si la atención en el carácter moral de la coerción justificada, un tópico distinto del de la identificación de la coerción injustificada. Véase WERTHEIMER, *Coercion*: XI.

<sup>18</sup> A la inversa, puede que constituya la tesis central del realismo jurídico (véase *infra*, capítulo 8, punto 5) el sostener que existen sistemas jurídicos en los que no se recompensa la fidelidad a las reglas por parte de los jueces y no se castiga (en el sentido más amplio de castigo) el alejarse de ellas en pos de la individualización de la justicia. Por consiguiente, en sistemas semejantes existen escasas razones para que los jueces asuman el punto de vista interno respecto de las reglas en tanto reglas.

análisis de las razones para asumir el punto de vista interno respecto de las reglas, si es que se adopta el punto de vista del creador de las reglas o de quien diseña un entorno de toma de decisiones (véase más adelante, sección 4), no es posible, por cierto, asumir que esos incentivos agotan las razones de un agente para considerar la presencia de una regla aparentemente aplicable como una razón para la acción. Otros agentes podrían tener razones para tomar decisiones simplemente de acuerdo con lo que señala cierta regla, también de carácter prudencial, pero distintas de evitar el castigo o buscar una recompensa. Algunos podrían considerar que las reglas desempeñan un importante papel en la simplificación de la toma de decisiones. Volveré sobre este tema en la conclusión de este libro, pero vale la pena mencionar aquí que pocas personas pueden desplegar completamente sus facultades racionales respecto de cualquier decisión que toman. En consecuencia, consideramos que ciertas familias de decisiones son menos importantes, y nos conformamos simplemente con seguir reglas sin indagar si es que ellas cumplen de manera satisfactoria con sus justificaciones subyacentes respecto del caso particular<sup>19</sup>. Aunque un decisor que emplea reglas con este propósito podría caer en la cuenta en cierta ocasión de que la regla en el caso considerado es inadecuada y, por ello, podría (o no) dejar de lado lo que la regla establece, de todos modos la regla, en tanto regla, suministraría, no obstante, una razón para la acción en la medida en que habría disuadido al decisor de examinar lo que subyace a ella completamente o, al menos, muy seriamente (recuérdese la discusión del "vistazo" en el capítulo 5, punto 3), o en la medida en que habría elevado el grado de seguridad que el decisor necesita para decidir de manera contraria a lo que la regla indica (recuérdese la discusión de las reglas de experiencia en el capítulo 5, punto 7).

Incluso un agente que desea tomar un cierto conjunto de decisiones seriamente y, en consecuencia, está dispuesto a intentar tomar la mejor decisión que pueda en una determinada ocasión, podría tener razones epistémicas prudenciales para dudar de su propia capacidad para la toma de decisiones en comparación con la del creador de reglas. Asimismo, ese decisor podría (o no) reconsiderar esa deferencia epistémica en ciertos casos particulares, cuando está convencido de que su propio juicio es correcto, pero, por las mismas razones que se acaban de mencionar, puede ser que el modo en el que el decisor considera esta posibilidad esté a su vez influido por reglas, y la consecuencia

---

<sup>19</sup> Como nos recuerda el Gran Inquisidor de DOSTOIEVSKY, no resulta en absoluto auto-evidente que un aumento en el espectro de opciones disponibles para un agente produzca un aumento correlativo en su felicidad. Desde esta perspectiva, deberíamos ser capaces de comprender la razón por la cual podría resultar racional para un agente adoptar un procedimiento de decisión que reduzca las opciones disponibles aun sabiendo que esa reducción producirá un número más amplio de decisiones subóptimas del que existiría en caso contrario.



de esto sería nuevamente que la regla podría suministrar una razón para la acción en virtud de la desconfianza del decisor en su propia capacidad con respecto a cierta familia de decisiones.

Además de éstas, así como de otras consideraciones prudenciales, ciertos agentes podrían verse guiados por consideraciones morales, y aquí la pregunta acerca de por qué los agentes deberían seguir reglas, en tanto reglas, se vincula muy estrechamente con cuestiones relativas a la legitimidad de la autoridad o relativas a la obligación de obedecer el derecho, definiéndose tales cuestiones en términos de la obediencia a cierta directiva independiente de su contenido. Cualquier indagación de este tipo incluye el examen de la obligación de seguir una regla, pues obedecer una regla cuando su justificación subyacente aconsejaría desobedecerla equivale a considerar que la regla tiene autoridad independiente del contenido. Así, desde el punto de vista de la agente, los argumentos para considerar a una regla como una razón para la acción pueden derivarse del acuerdo y la disposición a cooperar con el sistema del cual la regla emana. Al simplificar el proceso de decisión y privilegiar ciertos resultados pese a su carácter subóptimo, las reglas pueden asistir en la solución del dilema del prisionero o de problemas de coordinación, o asistir en otros aspectos de empresas cooperativas y, de esta manera, un agente que posee una razón para participar y contribuir a la eficacia de una empresa cooperativa tendría una razón para seguir las reglas que resultan de esa empresa<sup>20</sup>.

El agente que trata de actuar correctamente también podría reputar a las reglas como razones para la acción sobre la base de consideraciones morales y epistémicas a la vez. Esto es, si un agente duda acerca de si se encuentra en la mejor posición para saber qué hacer, estas dudas sobre su propio conocimiento de lo que es bueno para el caso pueden llevarlo a confiar en reglas establecidas por una auto-

---

<sup>20</sup> Sobre estas cuestiones, véase, por ejemplo, FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*; KRATOCHWIL, *Rules, Norms, and Decisions*; RAZ, *The Morality of Freedom*; SOPER, *A Theory of Law*; ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*; FINNIS, «Law as Co-ordination»; *id.*, «The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory»; POSTEMA, «Coordination and Convention at the Foundations of Law»; RAZ, «The Obligation to Obey: Revision and Tradition»; REGAN, *Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom*; *id.*, «Law's Halo», y REYNOLDS, «Law as Convention». No pretendo sugerir que exista mayor acuerdo del que en realidad se verifica entre quienes han escrito sobre esto. En primer lugar, hay quienes son escépticos respecto de la aptitud que posee el enfoque de la coordinación para suministrar una razón para seguir a la autoridad. Véase, por ejemplo, GREEN, «Law, Coordination and the Common Good». Y tales posiciones se coordinan con una tradición que niega la existencia de obligación alguna, incluso *prima facie*, de obedecer el derecho en tanto tal. Véase SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligation*, y SMITH, «Is there a Prima Facie Obligation to Obey the Law?». Incluso entre quienes reconocen la aptitud que le concierne a la coordinación en la génesis de razones para seguir reglas o autoridades, algunos, como FINNIS, toman esto como suficiente para establecer una obligación de obedecer el derecho, mientras que otros, como REGAN y RAZ, rechazan estas derivaciones. Aunque volveré sobre estos temas en el capítulo 7, lo que se sostiene en este libro escasamente depende de la resolución de estas controversias.

ridad normativa a quien se estima que probablemente posea un conocimiento y evaluación moral superiores<sup>21</sup>.

No diré aquí nada más sobre las diversas razones por las que un agente podría considerar a una regla como razón para la acción, pero volveré sobre esto, con más énfasis en el punto de vista del agente que diseña un entorno de toma de decisiones, en el capítulo 7. Por ahora basta con advertir que, con independencia de *por qué razón* podría un agente considerar a la existencia de una regla como una razón para la acción, sigue en pie el hecho de que el proceso de considerar aplicable a una regla depende no sólo de la propia designación de aplicabilidad en ella —incluso suponiendo su validez interna—, sino también de algo externo a esa regla y al sistema de reglas del cual es parte. Decir que una regla existe para cierto agente equivale, por lo tanto, a decir que ese agente considera a la regla, en virtud de razones no basadas en reglas del tipo recién esbozado, como si suministrase una razón para la acción. Y decir que una regla existe dentro de cierto entorno de toma de decisiones equivale a decir que los decisores en ese entorno, nuevamente en última instancia en virtud de razones no basadas en reglas, consideran a la regla como relevante para las decisiones que están llamados a tomar.

### 3. PUNTO DE VISTA INTERNO Y PESO

Pese a que la decisión de cualquier agente o conjunto de agentes de asumir el punto de vista interno respecto de una regla es, entonces, una función de algo externo a la propia regla, este “algo” puede incidir no sólo en la determinación de si la regla es aplicable —si yo, como no católico, estoy obligado por las reglas del catolicismo que pretenden obligarme en virtud de sus términos—, sino también en la determinación de ciertas características de la propia regla. El proceso a través del cual se asume el punto de vista interno respecto de las reglas no tiene por qué limitarse a determinar que siempre (o nunca) se debe tratar a ciertas reglas como razones para la acción. La asunción del punto de vista interno podría, más bien, implicar la adición de contenido a una regla escrita o que existe socialmente de algún otro modo, de forma tal que la regla escrita *R* es asumida por algunos o muchos agentes como *R'* desde el punto de vista interno.

<sup>21</sup> Estas consideraciones se encuentran en el núcleo de la concepción de la autoridad como servicio de RAZ. RAZ, *The Morality of Freedom*. Las ideas planteadas por REGAN en «Law's Halo» y «Authority and Value» también son empíricas y centradas en el concepto de servicio. No obstante, RAZ y REGAN están en desacuerdo acerca de si un agente que confía en una autoridad únicamente por razones epistémicas está obedeciendo en algún sentido relevante. Véase REGAN, «Reasons, Authority and the Meaning of “Obey”».

Lo más corriente es que ese suplemento en el curso de la asunción del punto de vista interno implique determinar qué peso tendrá cierta regla o conjunto de reglas en el cálculo de la decisión<sup>22</sup>. En la sección inicial de este capítulo examiné la cuestión del peso, considerando los diversos pesos que pueden tener las reglas. Pero ¿de dónde viene ese peso? ¿Qué es lo que distingue a una regla “no se admiten perros” absoluta de una regla “no se admiten perros” meramente presuntiva? En ocasiones, el peso de la regla se encuentra especificado en la propia formulación de la regla. Una regla podría decir “está prohibido conducir a más de 55 millas por hora, excepto en casos de emergencia”, donde el propio término “emergencia” sugiere una regla de gran peso pero no absoluta en virtud de sus términos. “Está prohibido conducir a más de 55 millas por hora, excepto en casos de emergencia” es muy distinto que decir “está prohibido conducir a más de 55 millas por hora, excepto cuando el balance de razones indique conducir a una velocidad distinta”, pues la primera crea una clase de casos en la cual el balance de razones indicaría que se debe conducir a una velocidad superior a 55 millas, pero respecto de la cual la pauta de “emergencia” no obstante no se satisface.

Esta especificación del peso podría incluso encontrarse explícita aunque no apareciera en el mismo *fragmento de regla* de la prohibición primaria<sup>23</sup>. Una parte del código de tránsito, distinta de la determinación de los límites de velocidad, podría volver superables en caso de emergencia a todas las restantes reglas del código, o una cláusula de desplazamiento (o alguna otra pauta determinante del peso) podría ser parte de otra regla existente dentro del entorno decisorio dado. Y, lo que es más interesante, esas pautas que determinan el peso, que resultan aplicables a todo o a una parte de un entorno de toma de decisiones, podrían no estar articuladas en forma canónica en absoluto. Si todos aquellos que han de aplicar reglas dentro de un entorno

---

<sup>22</sup> Adviértase que no es necesario que el proceso de asumir el punto de vista interno sea en sí mismo algo distinto de un determinado acto en un determinado tiempo. La asunción del punto de vista interno puede ser específica con relación a la situación y no basada en reglas, o puede ser una instancia de una regla más general concerniente a la adopción del punto de vista interno, de manera que la regla que se ha asumido desde el punto de vista interno es considerada aplicable porque es un miembro de una clase más amplia de reglas que deben ser consideradas aplicables. En consecuencia, no es preciso que el proceso de asumir el punto de vista interno se base en reglas, de conformidad con el sentido de regla que he adoptado. Hablar de “reglas acerca de reglas”, siguiendo a HART, constituye una exageración, dado que fuera de la estructura de un sistema jurídico existen casos interesantes de “actos acerca de reglas”.

<sup>23</sup> Uso la expresión “fragmento de regla” para denotar uno de los problemas en la individualización de las reglas, que fueron explorados por BENTHAM en *Of Laws in General* y por RAZ en *The Concept of a Legal System*. Lo que en cierto sistema de reglas parece ser una regla, puede no ser una regla completa sin la incorporación de reglas jurisdiccionales u otras semejantes aparentemente distinguibles, que se encuentran en otro sitio dentro del sistema de reglas.

de toma de decisiones tratasen a las reglas de ese entorno como superables, entonces ellas *serían* superables, aun cuando esas reglas, tal como se hallan canónicamente inscritas, no incorporasen ninguna cláusula de desplazamiento<sup>24</sup>.

Cuando la pauta de determinación del peso no aparece en forma canónica, no obstante, es menos probable que resulte uniforme a través de todo un entorno de toma de decisiones. Yo podría optar por considerar a la regla que impone el límite de velocidad como concluyente, aun sabiendo que otros no lo harán y aun sabiendo que las autoridades de aplicación la tratarán igualmente como superable. La asunción del punto de vista interno —determinar si una regla suministra una razón para la acción y, en su caso, hasta qué punto y de qué modo lo hace— se localiza inicial y primariamente en los decisores individuales. Por cierto, pueden desarrollarse patrones relativos a la adopción del punto de vista interno entre muchos decisores, o ser inculcados por la educación, o ser compelidos por sanciones. Pero la manera y la extensión en las que una regla se vuelve parte de un proceso decisorio —si es que lo hace— están en última instancia determinadas únicamente por el decisor. La consecuencia necesaria de esto es que una prescripción general como “no se admiten perros”, “honra a tu padre y a tu madre” o “velocidad máxima 55 millas por hora” podría ser tomada por sus destinatarios y autoridades de aplicación ya sea como una regla imperativa, ya sea como una genuina regla de experiencia carente de peso, sin que exista nada en la forma canónica de la prescripción que determine una de estas opciones antes que la otra. No es la regla misma sino algo *acerca de* ella lo que determina no sólo qué peso tiene la regla, sino también si se trata de una regla después de todo.

#### 4. LA ASIMETRÍA DE LA AUTORIDAD

Al concentrarme en las razones para que un agente asuma el punto de vista interno respecto de una regla y al subrayar el papel (no excluyente) de las sanciones dentro del concierto de esas razones, pretendo reformular el tratamiento filosófico que se le ha dado al problema de la autoridad. Los análisis existentes respecto de la autoridad comien-

<sup>24</sup> De modo similar, se encuentra conceptualmente abierto a todos o a la mayoría de los decisores en cierto entorno el tratar a las generalizaciones prescriptivas canónicas como reglas de experiencia transparentes más que como reglas imperativas, y es perfectamente posible que los jueces de apelación norteamericanos, al menos al compararlos con los jueces de otros muchos países, hayan hecho justamente eso, siendo su resultado el que el mismo conjunto de palabras podría tener efectos dramáticamente diferentes y, por lo tanto, podría tratarse de reglas dramáticamente diferentes, dependiendo del entorno de toma de decisiones en el que fueron aplicadas y hechas cumplir. Para una comparación británico/norteamericana en lo que a esto respecta, véase ATIYAH y SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, *passim*, y DWORKIN, «Political Judges and the Rule of Law», en *A Matter of Principle*: 9-32.

zan, acertadamente, a partir de la premisa de que la autoridad es, en la terminología de HART y RAZ, independiente del contenido. Existe autoridad si, y sólo si, la fuente de una directiva suministra al destinatario una razón para seguirla con independencia del contenido de esa directiva<sup>25</sup>.

Dado que la autoridad es independiente del contenido, su presencia introduce una diferencia relevante solamente cuando quien se encuentra sujeto a la autoridad está en desacuerdo con el contenido de una directiva dotada de autoridad. Aunque una directiva dotada de autoridad puede brindar a un sujeto una razón adicional para hacer lo que hubiese hecho de todas formas, la autoridad ejerce su genuino papel en las decisiones cuando el sujeto no habría actuado de conformidad con el contenido de la directiva en ausencia de ella. Por consiguiente, cuando la directiva es una regla, el problema de la autoridad surge cuando el sujeto está convencido de que la regla indica un resultado incorrecto en el caso particular, e incluso quizás un resultado al que el propio creador de la regla no habría arribado si estuviese aquí tomando la decisión. Desde el punto de vista del sujeto, por lo tanto, la autoridad de la regla parece tener el mínimo de racionalidad cuando se le pide al sujeto, únicamente en virtud de la existencia de la regla, que realice un acto que el sujeto está convencido de que no debe realizarse, o que no realice un acto que el sujeto está convencido de que debe realizarse.

Pese a que cualquier *defensa* de la autoridad deberá consistir en una defensa de la racionalidad de la obediencia en, al menos, algunas de tales ocasiones, voy a suponer ahora la solidez de los argumentos *en contra* de la autoridad<sup>26</sup>. Voy a suponer, por lo tanto, que constituiría un culto irracional a las reglas el que un sujeto las siga cuando, considerando *todas* las circunstancias relevantes (incluyendo razones para seguir reglas de carácter epistémico, de coordinación y razones de dilema del prisionero), el sujeto está convencido de que ellas no deben seguirse en *este* caso. Hago esta suposición en parte porque puede que los argumentos sean en efecto sólidos, pero principalmente porque se trata de la suposición más rigurosa para lo que sigue. Si la autoridad es asimétrica, si la falta de una razón (moralmente buena) para obedecer a la autoridad no implica la falta de una razón (moralmente buena) para imponerla, entonces *a fortiori* la práctica de imponer auto-

---

<sup>25</sup> Uso aquí "directiva" en lugar de "regla" porque, como podrá apreciarse enseguida con claridad, es importante comenzar el argumento siguiente con lo particular y sólo después pasar a lo general.

<sup>26</sup> Con diversos grados de rigor, y con variadas calificaciones, algunos de los trabajos en esta línea incluyen a FLATHMAN, *Political Obligation*; SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligations*; WOLFF, *In Defense of Anarchism*; REGAN, «Law's Halo»; *id.*, «Reasons, Authority, and the Meaning of "Obey"»; SMITH, «Is There a *Prima Facie* Obligation to Obey the Law?», y WASSERSTROM, «The Obligation to Obey the Law».

ridad y de hacer efectivo el cumplimiento de las reglas en tanto reglas puede considerarse justificada a veces tanto si el argumento contra la obediencia es válido como si no lo es.

De acuerdo con el argumento en contra de la autoridad, el sujeto racional está justificado al rehusarse a seguir una directiva pretendidamente dotada de autoridad cuando está convencido, considerando todas las circunstancias relevantes, que sería mejor no seguir la directiva. Donald REGAN sostiene, por ejemplo, que no hay ninguna buena razón para que un agente se detenga ante una luz roja en el medio del desierto cuando puede ver y está, por lo tanto, convencido de que no hay autos a una milla de distancia en ninguna dirección, suponiendo que este acto de incumplimiento aislado y desconocido para otros no debilita la resolución del agente para cumplir con aquellas normas cuyo cumplimiento produciría consecuencias deseables. REGAN sostiene que bien puede ocurrir que la propia existencia de la directiva le *indique* al agente la posibilidad de una razón intrínseca para obedecer (quizás el semáforo esté allí porque los conductores en ese lugar tienden a percibir incorrectamente la ausencia de tráfico), pero esta razón es sólo epistémica, y susceptible de desaparecer cuando existe razón suficiente para creer que sus indicaciones epistémicas no resultan apropiadas en el caso particular.

Pero contemplemos ahora la cuestión, no desde el punto de vista del sujeto, sino desde el punto de vista de quien impone la autoridad (o de quien diseña un cierto entorno de toma de decisiones). Supóngase que quien impone la autoridad está tan convencido de que el sujeto se equivoca al creer que no se equivoca, como este último está convencido de que tiene razón. En ese caso, parecería que quien impone racionalmente la autoridad debería tratar de impedir el incumplimiento con la misma tenacidad con la que el sujeto tratará de no cumplir.

Supóngase que una madre le dice a su hijo que debe irse a la cama esta noche a las 9:00 p. m. El niño, que desea estar levantado hasta las 10:00 p. m. a fin de ayudar a un amigo con sus deberes, llega a la conclusión de que, considerando todas las circunstancias relevantes, es moralmente preferible desobedecer. Pero si la madre está igualmente convencida de que ayudar al amigo no es tan beneficioso para este último como lo supone el niño, y de que desobedecer en esta ocasión tiene una mayor conexión causal de la que supone el niño con futuros casos de incumplimiento menos justificados, entonces la madre podría concluir que, considerando todas las circunstancias relevantes, el niño debería ir a la cama a las 9:00 p. m. en esta ocasión. Aquí puede decirse que, desde la perspectiva del niño, el incumplimiento está justificado si él está convencido de que, tomando en cuenta todo lo relevante (incluyendo el mayor conocimiento y experiencia de la madre), sería preferible no obedecer, y sin incurrir en contradicción puede decirse también que, desde la perspectiva de la madre, exigir

obediencia es preferible si ella está convencida de que, tomando en cuenta todo lo relevante, la obediencia del niño es el resultado óptimo. Si en estas circunstancias la obediencia del niño (tal como él la ve) es indefendible excepto como una obediencia ciega, entonces igualmente la tolerancia por parte de la madre de la desobediencia (tal como ella la ve) es indefendible excepto como una igualmente ciega condescendencia. Dado que la cuestión de la autoridad sólo se plantea de manera interesante cuando existe desacuerdo entre la autoridad y el sujeto, la autoridad racional tiende a exigir obediencia tal como el sujeto racional tiende a desobedecer.

Esta asimetría entre la irracionalidad de la obediencia desde la perspectiva del sujeto y la racionalidad de requerirla desde la perspectiva de la autoridad opera igualmente en el caso de las reglas como en el de las órdenes particulares. Dado que las reglas se crean necesariamente con anterioridad a su aplicación, el sujeto de una regla al momento de aplicarla considerará la posibilidad de que el caso al que se enfrenta esté comprendido en el área de sub o sobreinclusión y que, en consecuencia (recuérdese que estamos suponiendo la validez del argumento en contra de la autoridad), éste sea un caso en el que la regla no debería ser seguida. Por lo tanto, desde la perspectiva del sujeto que rechaza a la autoridad, las aplicaciones específicas de la regla son tales que, o bien su justificación resulta aplicable y la regla debe entonces seguirse, o bien su justificación es inaplicable y la regla debe entonces ser ignorada.

En todo caso de aplicación de una regla, no obstante, podemos imaginar (y en un momento veremos por qué) la posibilidad de que el creador de la regla (la autoridad), si estuviese presente, tendría una opinión formada acerca de si esta aplicación refleja o no sus justificaciones al establecer la regla. En consecuencia, se presentan cuatro diferentes posibilidades: *a*) el sujeto cree que en este caso debe seguirse la regla y la autoridad, si estuviese presente, estaría de acuerdo; *b*) el sujeto cree que en este caso no debe seguirse la regla y la autoridad, si estuviese presente, estaría de acuerdo; *c*) el sujeto cree que en este caso no debe seguirse la regla y la autoridad, si estuviese presente, no estaría de acuerdo, y *d*) el sujeto cree que en este caso debe seguirse la regla y la autoridad, si estuviese presente, no estaría de acuerdo.

Al momento de crear la regla, la autoridad puede obviar la consideración de las dos primeras posibilidades, pues ambas implican congruencia de apreciaciones. En tales casos, la cuestión de la autoridad no se plantea<sup>27</sup>. Pero la autoridad también puede prever la posibilidad

---

<sup>27</sup> De hecho sí se plantea, ya que —como vimos— al distinguir entre ser guiado por una regla y seguir una regla, la congruencia en el resultado no presupone la congruencia de las razones que generan ese resultado. Pero por razones de simplicidad he evitado esa complicación aquí, y no hay nada en mi desarrollo que dependa de ella.

de desacuerdo dada por las categorías tercera y cuarta. Supóngase que la autoridad predice que la incidencia de la tercera será mayor que la de la cuarta, esto es, que desde la perspectiva de la autoridad habrá más casos erróneos en los que no se sigue la regla que casos erróneos en los que se sigue la regla. Si esto es así, entonces la efectiva ocurrencia de un caso en el que erróneamente no se sigue la regla representará la manifestación futura del caso de la directiva particular —un caso de desacuerdo en el cual el sujeto racional desobedece y la autoridad racional toma medidas para impedirle que lo haga—.

El proceso de creación de reglas puede ser considerado como una anticipación precisamente de este tipo de situaciones. El creador de la regla incorpora sanciones para los casos de violación (creando así razones prudenciales para seguir la regla), incluso en aquellas circunstancias en las que el sujeto percibe, considerando todas las circunstancias relevantes, que lo mejor es quebrantarla, e incluso cuando, considerando todas las circunstancias relevantes, *es* mejor quebrantarla, pues de lo contrario no habría razón para que el sujeto obedeciera en aquellas situaciones en las que cree *equivocadamente* que quebrantar la regla en el caso en consideración está justificado.

Obviamente hay un precio a pagar por esta disminución del error del sujeto, un precio que está dado por el resultado subóptimo que se genera al desalentar a los sujetos a desobedecer una regla cuando lo óptimo sería que la desobedecieran. Pero si la autoridad predice que los casos en los que erróneamente se desobedece la regla superarán (en número o, más precisamente, en las consecuencias esperables) a los casos de obediencia justificada, entonces el creador de la regla deseará suprimir la desobediencia *simpliciter*. En otras palabras, incluso aceptando que constituye un culto irracional a las reglas el seguirlas cuando, considerando todas las circunstancias relevantes, lo mejor es no hacerlo, sigue siendo, no obstante, racional para la autoridad alentar anticipadamente (mediante sanciones o de alguna otra forma) ese mismo culto a las reglas que la autoridad evitaría si fuese el sujeto. Por muy irracional que sea desde el punto de vista del sujeto, el culto a las reglas es algo que la autoridad racional puede pretender inculcar<sup>28</sup>.

Dicho de un modo levemente distinto, la cuestión de la autoridad sólo se plantea cuando existe desacuerdo entre la autoridad y el sujeto. Si cuando existe este desacuerdo, el sujeto toma la decisión que, considerando todos los factores relevantes, le parece la mejor, entonces, en tales casos, la autoridad también debería tomar la decisión que, considerando todos los factores relevantes, *a ella* le parece la mejor. Pero si hablamos de reglas, la cuestión de la autoridad se plantea con carácter previo a cualquier caso particular de desacuerdo, y surge de

<sup>28</sup> Sobre la estrategia de inculcar un culto subóptimo por las reglas, véase HARE, *Moral Thinking*, y ALEXANDER, «Law and Exclusionary Reasons».



la expectativa de la autoridad de que habrá casos en el futuro en los que el sujeto intentará *erróneamente* sustituir la evaluación de la autoridad por la suya. Al predecir esas situaciones, la autoridad, considerando todas las circunstancias relevantes, toma por anticipado la mejor decisión posible, no mediante la creación de un procedimiento en el cual el sujeto tendrá libertad para cometer errores, sino, por el contrario, mediante la creación de un procedimiento en el cual se desalentará al sujeto de ejercitar su mejor evaluación (pero que se prevé errónea).

Si la autoridad es en este sentido asimétrica, entonces la tarea del creador de una regla consiste con frecuencia en inducir a quien ha de aplicarla o al destinatario a dejar de lado su mejor evaluación. Esto puede llevarse a cabo ya sea mediante castigos o recompensas, y las sanciones positivas o negativas pueden aplicarse en una de dos formas. En primer lugar, el destinatario podría ser castigado en cualquier caso de violación de la regla, incluyendo aquellos casos en los que la violación parece *ex post* haber sido para mejor. Pero por muy efectivo que pueda ser este método para desalentar la imposición de una evaluación que se prevé errónea, puede resultar difícil de implementar en la práctica, en la medida en que muchos potenciales aplicadores pueden encontrar difícil sancionar un acto que, considerando todas las circunstancias relevantes, se considera ahora correcto. Alternativamente, por lo tanto, el castigo —pero un castigo de especial severidad— podría imponerse sólo en aquellos casos en los que la violación de la regla no haya sido *ex post* lo mejor, considerando todas las circunstancias relevantes. Esta forma de sanción extrema negativa (todo lo que digo se aplica, *mutatis mutandi*, a las recompensas), que de hecho constituye un recargo por efectuar una evaluación autónoma, probablemente producirá en el sujeto racional que evita el castigo la necesidad de contar con un alto grado de certidumbre antes de contravenir las indicaciones de la regla y, por lo tanto, en cierto número de casos los sujetos no quebrantarán la regla cuando *ellos* consideren que es probable pero no seguro que eso sea lo mejor. Esta alternativa, que evita algunos problemas de debilidad de la voluntad que surgen de la dificultad de castigar a un agente que se ha comportado correctamente considerando todas las circunstancias relevantes, podría ser diseñada con mayor precisión para producir en el sujeto el grado deseable de desconfianza hacia su propia evaluación.

Quien impone racionalmente autoridad no dispone únicamente del mecanismo de imposición de sanciones para provocar dudas en los sujetos que, al violar las reglas —por bien intencionados que sean— se prevé que incurrirán en más errores que aciertos. Un mecanismo diferente, consistente en la educación concebida en su sentido más amplio, podría inculcar valores en favor del seguimiento de reglas. Este proceso está dado, en parte, por la educación en sentido formal,

pero también es una función de a quiénes glorifica una sociedad y a quiénes desprecia, quiénes son ascendidos y quiénes dejados de lado. No diré aquí nada más sobre esto, pero a estas alturas debería quedar claro que las reglas en ciertos casos son razones para la acción en virtud de razones que, desde la perspectiva del agente, resultan prudentiales, pero que esas razones prudentiales se basan a su vez en razones no necesariamente prudentiales para tener y hacer cumplir reglas, desde la perspectiva ya sea del creador de la regla o de quien diseña cierto entorno de toma de decisiones. La cuestión de por qué hemos de tener reglas es, entonces, diferente de la cuestión de por qué hemos de seguirlas, e incluso de por qué hemos de tomarlas en serio. Éste es el tema del próximo capítulo.

## CAPÍTULO VII

### LAS RAZONES EN APOYO DE LAS REGLAS

#### 1. EL ARGUMENTO DE LA EQUIDAD

Los capítulos precedentes han presentado un cuadro claro de la toma de decisiones basada en reglas —o al menos eso espero—. Sin embargo, ese cuadro difícilmente sea atractivo. Se ha visto que la fuerza de una regla en la toma de decisiones reside en el atrincheramiento de una instanciación de alguna justificación subyacente. Cuando existe este atrincheramiento, los agentes deciden (o tienen una razón para decidir) de conformidad con lo que indica la instanciación, incluso cuando esto produce resultados diferentes e inferiores respecto de los que habría producido la aplicación directa de la justificación subyacente. La toma de decisiones basada en reglas implica consecuentemente una inevitable sub y sobreinclusión, por lo cual, para aceptar un régimen de reglas es preciso tolerar un cierto número de resultados erróneos, distintos de los que se hubieran obtenido por la directa y correcta aplicación de las justificaciones sustantivas en las que se apoya la regla. En consecuencia, si las reglas obstruyen el camino, si condenan a la toma de decisiones de hoy a quedar atada a las categorías de ayer, si imponen la imposibilidad de alcanzar la excelencia en la toma de decisiones, entonces ¿qué puede decirse en favor de ellas?

Con frecuencia se promociona a las reglas como un componente de la equidad. De conformidad con una concepción corriente, la toma de decisiones de acuerdo con reglas de aplicación necesariamente general es al menos parte de aquello en lo que consiste la equidad y la justicia. De hecho, la asociación de la idea de justicia con la generalidad

de las reglas parece captarse en la simple máxima "los casos semejantes deben ser tratados igual". Se sostiene que no tratar en forma similar a los casos similares es arbitrario y, en consecuencia, no equitativo e injusto. Alcanzamos la equidad con una toma de decisiones encaminada a lograr consistencia a través de una serie de decisiones, siendo las reglas los instrumentos empleados para obtener ese fin. Dado que las reglas son generales y, por ello, impersonales, prosigue el argumento, la toma de decisiones basada en reglas constituye una vía para que las decisiones dependan de *lo que* uno es (o hizo) y no de *quien* es. Las reglas se erigen como obstáculos a la particularización y, por lo tanto, la acontextualidad de la toma de decisiones basada en reglas es, en este enfoque, una virtud. Por lo tanto, el argumento de la equidad, como argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas, parece derivar de un principio normativo de consistencia todavía más amplio<sup>1</sup>. No resulta carente de interés el que la Regla de Oro sea justamente eso: una regla, y que las referencias kantianas a la universalidad evoquen en forma similar la generalidad asociada a las reglas<sup>2</sup>.

Aunque en principio la generalidad de las reglas puede parecer un mecanismo orientado a lograr similitud y, por lo tanto, consistencia, un análisis más minucioso pone de manifiesto que ni el principio de consistencia ni el argumento de la equidad tienen la capacidad de producir un argumento autosuficiente en favor de la toma de decisiones basada en reglas. Sabemos ahora que la esencia de la toma de decisiones basada en reglas reside en el modo en el que las reglas, como generalizaciones, suprimen diferencias que en los casos de aplicación *resultan relevantes*. Si la regla "no se admiten perros" se encuentra justificada por la finalidad de minimizar las molestias a los clientes, el atrincheramiento de la generalización "perros" suprime una posible distinción relevante entre los lazarillos y otros perros. Si el límite de velocidad de 55 millas por hora busca promover la seguridad vial sancionando a todos los que exceden ese límite, suprime la diferencia entre un camino húmedo y uno seco que de otro modo sería relevante. Las reglas cobran sentido cuando ignoran diferencias relevantes al tiempo de su aplicación y, en consecuencia, cuando tratan casos diferentes como si fuesen similares. Es más, las reglas a veces trazan distinciones que son irrelevantes en las circunstancias consideradas, de

<sup>1</sup> La consistencia puede tener tanto una dimensión espacial como una temporal. A menudo la dimensión espacial se expresa en términos de "igualdad" y la temporal en términos de "precedentes". No obstante, tanto la igualdad como los precedentes, al imponer un trato similar para casos potencialmente disímiles y que se soslayan diferencias potencialmente relevantes, pueden considerarse simplemente como variaciones respecto del tema básico de las reglas como generalizaciones normativas atrincheradas.

<sup>2</sup> Sobre la universalidad, véase, por ejemplo, HARE, *Freedom and Reason*, *passim*. El velo de la ignorancia rawlsiano recoge ideas semejantes (RAWLS, *A Theory of Justice*: 136-142), pues, al basarse en la ignorancia, se asemeja a las reglas en la supresión heurística de las diferencias reales.

modo que también a veces tratan en forma distinta casos que en realidad son semejantes<sup>3</sup>.

Por consiguiente, cuando se atrinchera una generalización no se favorece el objetivo de tratar de manera similar casos semejantes, y de manera diferente casos distintos. Por el contrario, es el *particularismo* el que reconoce las diferencias relevantes al trazar todas las distinciones que ciertas justificaciones sustantivas indican que deben trazarse. Y es la toma de decisión particularista, más que la que se basa en reglas, la que reconoce todas las similitudes relevantes, asegurando así que los casos sustantivamente similares sean efectivamente tratados de manera similar.

La tesis de que la generalidad de las reglas sirve para tratar de manera semejante casos semejantes parece, por lo tanto, vacua. Cuando se impone la toma de decisiones basada en reglas, lo que aumenta es la incidencia de casos en los cuales las instancias relevantemente diferentes se tratan en forma semejante, y no la incidencia de casos en los cuales las instancias similares se tratan en forma semejante. Como veremos, a veces existen buenas razones para tratar de manera semejante casos diferentes y de manera diferente casos semejantes, y las reglas pueden desempeñar un papel importante al servicio de esas razones. Pero si los casos son realmente semejantes bajo una teoría sustantiva de la decisión, entonces no necesitamos reglas para tratarlos de manera semejante. Y si los casos son diferentes bajo una teoría sustantiva de la decisión, entonces no sólo no necesitamos reglas para tratarlos como diferentes, sino que la existencia de reglas puede impedirnos hacerlo.

En consecuencia, no hay nada esencialmente *justo* en la toma de decisiones basada en reglas<sup>4</sup>. No hay ninguna razón para creer, y en cambio sí hay buenas razones para desconfiar, que la toma de decisiones basada en reglas sea intrínsecamente más justa que una en la que las reglas no impidan a quien toma la decisión —especialmente si es justo— considerar todo factor que podría auxiliarlo para alcanzar la mejor decisión. En la medida en que, en un caso particular, los factores excluidos de la consideración por una regla podrían volverse necesarios para alcanzar un resultado justo, las reglas obstaculizan el camino de la justicia en situaciones semejantes e impiden alcanzar una justicia óptima a largo plazo. Identificamos la sabiduría de Salomón con la justicia, no porque Salomón siguiera reglas para decidir acerca de la guarda del bebé, sino

<sup>3</sup> El atrincheramiento de distinciones resulta especialmente claro cuando los valores cambian a lo largo del tiempo. Un procedimiento de toma de decisiones basado en reglas puede reconocer más distinciones entre, digamos, los hombres y las mujeres, de lo que lo haría un procedimiento particularista, que es capaz de adaptarse con mayor fluidez al rechazo de las bases sustantivas que justificaban cierto número de distinciones previamente trazadas.

<sup>4</sup> Para consultar otros argumentos que pretenden distinguir el seguimiento de reglas de la justicia, véase KENNEDY, «Legal Formality», *passim*, y SHKLAR, *Legalism, passim*.

porque alcanzó la decisión correcta para el caso. Con frecuencia, no son los que siguen reglas quienes alcanzan los objetivos de la justicia, sino aquellos cuya aptitud para tomar decisiones particularizadas trasciende las limitaciones inherentes a las reglas. Por lo tanto, si se pretende encontrar argumentos que justifiquen la toma de decisiones basada en reglas, no deberá buscárselos en la fuerza moral de la consistencia, la equidad o la justicia, sino en otra parte.

## 2. EL ARGUMENTO DE LA CONFIANZA

Los argumentos en favor de la toma de decisiones basada en reglas se han centrado tradicionalmente en la capacidad de las reglas para promover virtudes interrelacionadas tales como la confianza, la certeza y el carácter predecible de los resultados. De conformidad con esos argumentos, al seguir reglas incluso cuando parecen preferibles otros resultados, los decisores hacen posible que los afectados anticipen cómo serán probablemente las decisiones. En consecuencia, quienes se ven afectados por las decisiones de otros pueden planificar sus actividades con mayor eficacia bajo un régimen de reglas que bajo un régimen más particularista para la toma de decisiones. A pesar de que ninguna palabra capta plenamente estas virtudes, "certeza" tiene connotaciones más fuertes que las necesarias para el punto en discusión y "carácter predecible" sólo tiene valor en la medida en que facilita la confianza. Por consiguiente, voy a referirme a este argumento como al *argumento de la confianza*.

Para entender la fuerza del argumento es preciso distinguir dos tipos de decisores. Uno de ellos es el que hace cumplir la regla, quien tiene la potestad (véase más adelante capítulo 8, punto 1) de castigar a quienes quebrantan las reglas y de otorgar recompensas a quienes las siguen. El otro es el destinatario primario de la regla, quien también es un decisor en tanto ha de decidir si la regla es aplicable, y luego si ha de seguirla en caso de que lo sea. Si bien tanto quienes hacen cumplir las reglas como sus destinatarios son decisores, las virtudes de la confianza se basan en la existencia de una acción potencial de alguien distinto de quien confía, presuponiendo así el argumento una comunidad de comprensión entre los destinatarios que confían y quienes hacen cumplir las reglas, en cuyas acciones los primeros depositan su confianza.

Precisamente debido a que quien se ve afectado por la decisión de hacer cumplir una regla puede predecir el resultado de esa decisión antes de que se la tome, es que la confianza resulta posible. Por consiguiente, las reglas sólo pueden promover la confianza en la medida en que se satisfaga un cierto número de condiciones interrelacionadas. En primer lugar, los destinatarios que depositan su confianza deben ser capaces de identificar a ciertos individuos como instancias de una

categoría dada. Si la regla es “no se admiten perros”, entonces los destinatarios deben ser capaces de identificar a *este* perro como un perro. Si existe una comprensión relativamente estable de que este individuo es un tal o cual, y como un tal o cual es miembro de la categoría especificada en la regla, es posible que la determinación del destinatario de que esta regla se aplica a este individuo no se vea oscurecida por una evaluación tan variable<sup>5</sup>.

Para que la evaluación del destinatario se traduzca en una predicción de la decisión de hacer cumplir la regla, debe darse también que quienes hacen cumplir la regla aprehendan a esos individuos como miembros de la misma categoría aprehendida por el destinatario, y que el destinatario perciba de ese modo la conducta de quienes hacen cumplir la regla. Esto es, los destinatarios de la regla percibirán a Angus como un perro, quienes hacen cumplir la regla percibirán a Angus como un perro, y los destinatarios sabrán que quienes hacen cumplir la regla perciben a Angus como un perro.

La confianza requiere así que una regla comprenda una categoría cuya membresía, al menos con respecto a cierto número de casos, sea sustancialmente compartida sin controversias entre los destinatarios de la regla y quienes la hacen cumplir. Además, sólo se satisfacen los fines que la confianza persigue si quienes hacen cumplir la regla lo hacen de acuerdo con los términos en los que ella está formulada o, al menos, de acuerdo con otras reglas cuyo contenido es conocido por los destinatarios de la regla primaria. La regla sólo generará resultados predecibles en lo que respecta a su aplicación si las consecuencias especificadas en su consecuente son tan comprensibles como el alcance especificado en su predicado fáctico.

Las reglas no son el único instrumento a través del cual la gente puede predecir y, en consecuencia, confiar en las acciones de otros. Por ello, la aptitud que poseen las reglas para promover una mayor posibilidad de predecir los resultados y una mayor justificación para confiar de la que existiría en caso contrario depende de las propiedades de simplificación de la toma de decisiones basada en reglas. En otras palabras, depende de que sea más probable que se verifique la comunión en torno a las clasificaciones y el resultado que hacen posible la confianza, con un número menor de posibles resultados y con un número igualmente menor de categorías clasificatorias más amplias. Las reglas coadyuvan a la confianza suministrando esta simplificación e, igualmente, suministrando la determinación de una categoría pública, de manera tal que, al contemplar la misma regla, la probabilidad de que quienes hacen cumplir la regla y sus destinatarios efectúen

---

<sup>5</sup> Esto no es otra cosa que una aplicación del argumento del capítulo 4, punto 1, de que la propia idea de lo que es una regla presupone la capacidad de reconocer la extensión de las palabras, frases, oraciones, y otros componentes del lenguaje.

una categorización distinta disminuye. Lo que para mí es una inofensiva mascota, para usted puede ser un estorbo maloliente, pero aun así los dos podemos concordar en que se trata de un perro.

Las reglas presentan así su mayor ventaja marginal cuando sus destinatarios y quienes las hacen cumplir tienen (o puede predecirse que tendrán) diferentes puntos de vista respecto de las decisiones, pero comparten no obstante un lenguaje común. Cuando los destinatarios y quienes hacen cumplir las reglas emplean aproximadamente las mismas categorías previas a la regla, y tienen aproximadamente los mismos puntos de vista normativos acerca de cómo deben ser tratados los individuos que conforman ciertas categorías, las reglas se tornan menos importantes: ellas se limitan a reforzar la capacidad de los agentes previa a las reglas para predecir cómo se comportarán otros agentes más o menos semejantes. No obstante, cuando esos otros agentes no son semejantes, pero a pesar de ello, como hablantes de un lenguaje común, le atribuyen un conjunto similar de extensiones a los mismos términos, las reglas que emplean ese lenguaje común pueden incrementar la capacidad de los destinatarios para predecir las decisiones de aplicación de quienes, de otro modo, se hallarían diversamente situados.

Aunque las reglas pueden incrementar de este modo la capacidad de confiar en las decisiones de los otros, el valor de la confianza no es trascendente ni libre de conflictos con otros valores. De todos modos, la capacidad de confiar parece claramente, *ceteris paribus*, deseable. Ello está dado en parte por el valor psicológico de la tranquilidad. Me siento sencillamente mejor al saber que el cartero va a venir a la misma hora todos los días, que las reuniones de la facultad no serán programadas sin la debida antelación y que la apertura de la temporada de béisbol es en abril. Y si bien lo que me reporta ese conocimiento es en parte tangible y valioso en sí mismo —si no tengo que preocuparme por reuniones obligatorias convocadas sin la debida antelación, puedo hacer cosas que de otro modo no podría haber hecho— en su mayor parte es simplemente una función de los límites psicológicos de la incertidumbre. Esto varía obviamente de uno a otro individuo, ya que algunos tienen una mayor tolerancia a la incertidumbre que otros. No obstante, para la mayoría de nosotros constituye un componente del bienestar psicológico el tener al menos alguna idea de lo que sucederá mañana, mientras que una confrontación permanente con el abismo de la incertidumbre es algo con lo que pocos pueden lidiar.

No obstante, es más corriente que el valor de la confianza resulte tangible. Cuando sé lo que va a suceder puedo planificar en consecuencia y, por lo tanto, hacer cosas que de otro modo no podría haber hecho. Así, la capacidad de predecir las decisiones de otras personas de imponer sanciones abre la posibilidad de opciones para la acción que de lo contrario no resultarían disponibles. Si la pena por los excesos



de velocidad es severa, y si tengo aversión al riesgo, es probable que conduzca a mayor velocidad bajo el régimen de una regla que establece “velocidad máxima 55 millas por hora” que si se me exige simplemente “conducir con precaución”<sup>6</sup>. Con frecuencia, lo único que hace posibles transacciones como los contratos, los testamentos, los fideicomisos y otros instrumentos jurídicos es lo predecible de su ejecución coactiva.

Aunque la capacidad de predecir y luego confiar en las decisiones de otros tiene un innegable valor cuando se la contempla en forma aislada, los entornos de toma de decisiones sólo pueden atribuir carácter predecible a los resultados al precio de disminuir su aptitud para adaptarse a un futuro cambiante. Dado que seguir una regla puede producir una decisión subóptima en cierto caso particular, el problema del valor comparativo de la confianza basada en reglas consiste en hasta qué punto un entorno de toma de decisiones está dispuesto a tolerar resultados subóptimos a efectos de que quienes se ven afectados por las decisiones en ese entorno sean capaces de planear ciertos aspectos de sus vidas.

Cuando se reformula la cuestión de este modo, resulta claro que la fuerza del argumento de la confianza varía de uno a otro entorno de toma de decisiones. Más específicamente, e incluso más allá de cualquier variación interpersonal o interinstitucional en el valor de la confianza, no puede esperarse que los costos del carácter subóptimo de los resultados sean constantes. En primer lugar, la *frecuencia* de esos resultados subóptimos variará de un entorno a otro. Para evaluar el costo a pagar a efectos de beneficiarse del carácter predecible de los resultados, es necesario medir con qué frecuencia el atrinchamiento de las generalizaciones impedirá tomar decisiones óptimas con fundamento en hechos relativos a casos específicos que resultan concluyentes en los casos en los que se verifican. Ésta es simplemente otra manera de decir que el costo del carácter predecible de los resultados se mide en términos de la relevancia potencial de los hechos suprimidos (o la irrelevancia de los hechos destacados) por el predicado fáctico de la regla que prevalece. Se trata claramente de una evaluación difícil, porque depende de la capacidad para predecir una serie futura de hechos que suscitan decisiones. No obstante, incluso dejando de lado la siempre presente dificultad de predecir el futuro, el grado de variación esperada en los hechos no será constante en los diferentes entornos de toma de decisiones, sencillamente porque algunas partes

---

<sup>6</sup> Otros podrían tener una reacción diferente, y conducir más rápido bajo el régimen de “conduzca con precaución” que bajo el régimen de “velocidad máxima 55 millas por hora”. Esta disparidad, sin embargo, no contraría lo que se sostiene en el texto, sino que sólo ilustra el carácter inherentemente conservador de la toma de decisiones basada en reglas, por lo que resulta más atractiva para los agentes con aversión al riesgo, o para los entornos de toma de decisiones adversos al riesgo, o para los entornos de toma de decisiones que han resuelto ser adversos al riesgo sobre ciertas cuestiones.

del mundo son más regulares que otras. Cuando el mundo es regular, no obstante, será mínima la necesidad de reglas para asir esa regularidad. Sólo cuando la variación en los hechos es grande, es probable que se requiera de reglas para asegurar el carácter predecible de los resultados. Pero éstos son justamente los casos en los cuales serán mayores los costos para garantizar el carácter predecible de los resultados. La ganancia marginal que se obtiene en el valor confianza al imponer reglas en un entorno de toma de decisiones será entonces mayor cuando se empleen predicados fácticos más comprensivos para suprimir lo que, de lo contrario, constituiría un espectro amplio de variación en los hechos relevantes para la toma de decisiones. La frecuencia de decisiones subóptimas, por lo tanto, será más alta en los casos en los cuales resulte probable que las ventajas del carácter predecible de los resultados de la toma de decisiones basada en reglas sean mayores.

El precio de promover el carácter predecible de los resultados no es sólo una función de la frecuencia de decisiones subóptimas, sino también de sus *consecuencias*. Ésta es una cuestión de costos esperados. La frecuencia de decisiones subóptimas fija su magnitud, donde la magnitud de un costo es el grado en el que una decisión subóptima difiere de la decisión que se habría tomado si se hubieran considerado todos los hechos relevantes para alcanzar la mejor decisión en las circunstancias dadas. De nuevo, aquí resulta imposible generalizar la magnitud de esos costos para los diferentes dominios de toma de decisiones. Cuando el juez Louis Brandeis de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica advirtió, en el contexto del problema vinculado de la obligatoriedad de los precedentes<sup>7</sup>, que «en la mayoría de los casos es más importante establecer cuál sea la regla de derecho aplicable que establecerlo correctamente»<sup>8</sup>, nos recordó que el argumento de la confianza se basa en las virtudes que ella en sí misma posee, con independencia de la corrección de la decisión en la que se deposita la confianza. Pero la otra cara del problema es que a veces es más importante establecer algo correctamente que establecerlo por el puro afán de establecerlo. Para tomar un ejemplo extremo, si la sentencia de muerte fuese impuesta de acuerdo con reglas accesibles estrictamente aplicadas, la gente (incluyendo a quienes consideren la posibilidad de cometer crímenes capitales) podría predecir con cierto grado de confianza qué actos provocarían la pena de muerte. Sin embargo, esa posibilidad de predecir sólo se obtendría a riesgo de condenar a muerte a algunas personas que podrían vivir si se examinaran sus actos concretos en toda la riqueza de sus detalles rele-

<sup>7</sup> En el capítulo 8, punto 4, discuto con cierto detenimiento la relación entre las reglas y los precedentes, como también en SCHAUER, «Precedent», *passim*.

<sup>8</sup> *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 US 393, 406 (1932) (con voto en disidencia de Brandeis). En el mismo sentido *Sheldon v. Goodrich*: 8 Ves. 481, 497, 32 Eng. Rep. 441, 447 (1803) («es mejor que el derecho sea cierto a que cada juez especule sobre cómo mejorarlo»).

vantes. Por otra parte, muchas reglas concernientes a las formalidades de los contratos, los testamentos, los fideicomisos, y las transacciones sobre bienes inmuebles se basan en la suposición de que los costos de una decisión equivocada resultan comparativamente menores, al menos cuando se los compara con las enormes virtudes de la posibilidad de predecir los resultados, sin la cual muy pocos contratos, testamentos, fideicomisos, o transacciones sobre bienes inmuebles podrían haberse celebrado.

En consecuencia, el beneficio relativo del carácter predecible de los resultados y, por lo tanto, la fuerza relativa del argumento basado en la confianza consisten de manera irreducible en una comparación de costos y beneficios. El valor psicológico y tangible de la confianza justificada para la serie esperada de individuos que confían debe ser sopesado frente a los costos esperados de las decisiones subóptimas para quienes resultan afectados por ellas. Dado que el resultado de este cálculo variará de acuerdo con la naturaleza del entorno de toma de decisiones, la identidad de los decisores, el tipo de decisiones que se espera que se tomen y los intereses de quienes resultan afectados por ellas<sup>9</sup>, no es en absoluto sorprendente que la fuerza del argumento de la confianza sea, en última instancia, fuertemente dependiente del contexto.

Al decir que la plausibilidad del argumento de la confianza es dependiente del contexto no pretendo significar que varíe de un caso a otro. Ello es así, pero carece de sentido decir que se puede rediseñar el entorno de toma de decisiones para cada decisión. La idea misma de un entorno de toma de decisiones presupone un diseño que trasciende la decisión individual. Por lo tanto, esta dependencia del contexto sólo significa que las virtudes que posee la confianza se obtienen al precio de privar de potestades a cierto conjunto de decisores, y que las consecuencias de esa privación son una función del tipo de decisiones que esos decisores toman o no toman. Sabemos que surgen situaciones en las cuales a quien aplica una regla le parece equivocado colocar a este individuo en aquella categoría y producir el resultado especificado para esa categoría —hay algo en este individuo que justifica un tratamiento diferente. *Este* vehículo es simplemente un monumento, no produce emanaciones, no hace ruido y no pone vidas en peligro; debe ser tratado en forma diferente de aquellos cuyas características se ajustan a las justificaciones que subyacen a la regla “no se admiten vehículos en el parque”. La aceptación del argumento de la confianza, no obstante, exige que se ignore esa diferencia, porque reconocerla equivale a conferir la potestad, la *jurisdicción*, para deter-

<sup>9</sup> No estoy sugiriendo que la cuestión pueda determinarse en forma precisa o matemática. La formulación del valor esperado está destinada a expresar una relación y no a exigir un cálculo numérico.

minar si este o aquel vehículo satisface efectivamente la justificación subyacente a la regla. La potestad para determinar que sólo algunos vehículos se adecuan a la justificación subyacente a la regla es lo que socava la confianza en que *todos* los vehículos serán prohibidos y, en consecuencia, socava la capacidad del destinatario de la regla para predecir que *este* vehículo será prohibido. Ya no se cumple que todo aquello que sea un *vehículo*, una categoría cuya estabilidad y accesibilidad puede defenderse, resulte excluido del parque. En lugar de ello, la categoría de los individuos excluidos del parque es ahora la categoría de los *vehículos cuya prohibición satisface las justificaciones de la regla "no se admiten vehículos en el parque"*, una categoría que es menos estable, que resulta menos accesible mutua y consistentemente para quienes han de hacer cumplir la regla y para sus destinatarios y, por lo tanto, que tiene menor aptitud para satisfacer los objetivos que promueve el argumento de la confianza.

La clave para comprender la relación entre las reglas y la confianza es, en consecuencia, el concepto de jurisdicción decisoria<sup>10</sup>. La cuestión no es simplemente si la prohibición del monumento/vehículo satisface el propósito de la regla "no se admiten vehículos en el parque". Se trata también —lo que es más importante— de si conferir a cierto decisor la jurisdicción para determinar el propósito de la regla (así como para determinar si cierto individuo se ajusta a ese propósito) introduce una posibilidad de variación mayor que la que supone el otorgar al decisor sólo la jurisdicción para determinar si cierto individuo es o no un vehículo. Repito, esto no significa decir que incrementar la posibilidad de variación es, considerando todas las circunstancias relevantes, algo malo. Incrementar la posibilidad de variación es la única manera de obtener un incremento en la sensibilidad a la complejidad de un mundo cambiante. Pero esa virtud se encuentra en una ineludible tensión con las virtudes compensatorias de la confianza, y un incremento en la sensibilidad sólo puede, en consecuencia, obtenerse pagando el precio de una disminución correlativa en la capacidad de los destinatarios para predecir y, por consiguiente, para confiar en lo que quienes han de hacer cumplir la regla puedan decidir.

La cuestión jurisdiccional tiene un doble aspecto. El incremento en la variación que acompaña al otorgamiento de jurisdicción es, a veces, una consecuencia del espectro de decisiones igualmente correctas que podrían tomarse en el ejercicio de esa jurisdicción. Si no existe una declaración con autoridad ni un acuerdo ampliamente difundido respecto del propósito subyacente a la regla "no se admiten vehículos en el parque", el otorgamiento de jurisdicción para determinar ese pro-

<sup>10</sup> Sobre la jurisdicción en este sentido, «Two Concepts of Rules» de RAWLS constituye un clásico. También exploran la misma idea FREID, «Two Concepts of Interests: Reflections on the Supreme Court's Balancing Test», y SCHAUER, «Slippery Slopes», *id.*, «Formalism».

pósito permitiría a un decisor decidir si este último apunta a preservar la tranquilidad, a disminuir la polución o a prevenir accidentes. Dada la estipulada ausencia, tanto de una declaración con autoridad del propósito de la regla (que podría entonces en sí ser la regla) o de un acuerdo general sobre cuál sea ese propósito (que podría entonces también ser la regla), cada uno de los tres propósitos propuestos serían igualmente correctos, ya que cada uno podría plausiblemente explicar y, en consecuencia, justificar la propia regla<sup>11</sup>. Como consecuencia de esto, existe una preocupación recurrente respecto de hasta qué punto ciertas determinaciones pueden tener un grado más amplio de *variación admisible* que otras, siendo que ese espectro más amplio disminuye correlativamente la capacidad de los afectados por una decisión —y, por lo tanto, de quienes confían en ella— para predecir lo que sucederá.

Ciertas concesiones de jurisdicción, además de incrementar el campo de decisiones correctas (o, al menos, no incorrectas), aumentan la posibilidad de determinaciones *erróneas*. Compárese “no se admiten vehículos en el parque” con “el parque está cerrado para aquellos vehículos cuya mayor extensión perimetral horizontal, sumada a su mayor extensión perimetral vertical, excede: a) sesenta y ocho pies y seis pulgadas, y b) la mayor extensión perimetral horizontal, sumada a la mayor extensión perimetral vertical, del promedio de los vehículos de pasajeros de mayor tamaño fabricados en los Estados Unidos de Norteamérica por los tres mayores fabricantes de automóviles en el año precedente”. Esta segunda regla no tiene una mayor variación inherente que la regla “no se admiten vehículos en el parque”; de hecho tiene una menor variación, en la medida en que presenta un espectro menor de casos de penumbra en torno a un núcleo no controvertido<sup>12</sup>. Sin embargo, parece claro que la segunda incrementa la probabilidad de un *error computacional* por parte de un conjunto esperado de decisores, y cuando la probabilidad de un error del decisor aumenta, la capacidad de un destinatario racional para predecir esas decisiones disminuye correlativamente.

Desde la perspectiva del argumento de la confianza, los casos de error computacional y variación admisible son equivalentes. La capacidad para confiar es lógicamente distinta de la corrección de la deci-

<sup>11</sup> Esto supone que la regla no incorpora una evaluación *histórica* del propósito. Si se diera el caso que el propósito de la regla, dentro de cierto entorno de decisión, fuese tomado como coextensivo respecto de las intenciones específicas de quienes la escribieron, *podría* existir un conjunto menor de propósitos potenciales para cualquier regla, aunque los problemas epistemológicos relativos a la identificación del propósito original, así como los problemas que supone la existencia de autores múltiples (como los que se presentan respecto de una legislatura) podrían, no obstante, producir cierto desacuerdo. Exploraré estas cuestiones con mayor profundidad en el capítulo 9, punto 4.

<sup>12</sup> Respecto de la aplicación de reglas a casos claros y casos de penumbra, tema que abordaré con mayor extensión en el capítulo 9, véase HART, *The Concept of Law*: 119-150; *id.*, «Positivism and the Separation of Law and Morals»: 607-612.

sión en la que se deposita la confianza y, por lo tanto, el argumento de la confianza es distinto de los argumentos que se orientan a la calidad o corrección de las decisiones tomadas. Pero aumentar la probabilidad de un error del decisor —sea éste computacional o de otra índole— no sólo es disfuncional porque disminuye la posibilidad de confianza. Aunque la consistencia en los errores satisface el valor de la confianza en la misma medida en la que lo hace la consistencia en la toma de la decisión correcta, usualmente los errores son nocivos en sí mismos, más allá de que tornan más difícil el depositar confianza en quienes los cometen. El argumento de la confianza acentúa valores asociados con la consistencia por la consistencia misma, pero también revela las limitaciones de esa perspectiva. Además de incrementar la posibilidad de predecir los resultados de la toma de decisiones, las reglas pueden, a veces, aumentar la calidad de la toma de decisiones al disminuir la cantidad de errores. Volveré sobre estos argumentos más adelante, en la sección 4, pero primero debemos examinar otro argumento en favor de las reglas que, al igual que el argumento de la confianza, pretende identificar virtudes que son independientes de la calidad de las decisiones alcanzadas.

### 3. EL ARGUMENTO DE LA EFICIENCIA

Cuando una regla no es más que una (pura) regla de experiencia, carente de peso para la toma de decisiones en tanto regla, o cuando sencillamente no hay reglas para consultar, el decisor escrupuloso contemplará a cada suceso motivador de decisiones en todos los detalles relevantes que el suceso ofrece. Pero cuando un decisor toma decisiones de acuerdo con reglas y, por lo tanto, confía en las decisiones tomadas por otros, se ve parcialmente liberado de la responsabilidad de examinar todo rasgo sustantivamente relevante del hecho. Es cierto que en última instancia la decisión de tratar a una regla *como* tal es del decisor y, por lo tanto, toda decisión plantea la necesidad de elegir si ha de seguirse o no incluso la regla más claramente aplicable<sup>13</sup>. No obstante, los decisores individuales emplean reglas para distribuir sus propios recursos para la toma de decisiones, y los sistemas emplean sanciones para inducir a los decisores a dejar ciertas decisiones a otros, porque cuando un decisor sigue una regla, ya no examina cada faceta del suceso motivador de decisiones con el mismo grado de cuidado que habría empleado si no hubieran existido reglas. De este modo,

---

<sup>13</sup> Véase KENNEDY, «Legal Formality»: 380-391. La tesis de KENNEDY, que resulta consistente con el argumento del capítulo 6, es que decisores como los jueces necesariamente deben tomar sus propias decisiones acerca de si han de tratar a las reglas escritas en los repertorios jurídicos como apropiadas para justificar sus decisiones. Esta cuestión, que en última instancia concierne al examen de la comprensión que de sus propias funciones asumen los jueces y otros decisores, parece también estar presente en gran parte de la obra de DWORKIN, *Law's Empire*.

las reglas permiten llevar a cabo una distribución de los limitados recursos de los decisores individuales para la toma de decisiones, concentrando su atención en la presencia o ausencia de ciertos hechos y permitiéndoles “relajarse” con respecto a otros. En ocasiones una regla sustrae tantos factores de la consideración que un decisor puede relajarse casi por completo, y tomar decisiones que virtualmente no requieren esfuerzo de ningún tipo. Esto, a veces, libera a los decisores, permitiéndoles hacer otras cosas, y en el marco más amplio del entorno de la toma de decisiones puede evitar la duplicación del esfuerzo. A menudo se sostiene que la consecuencia de esto es una mayor eficiencia en la toma de decisiones, un objetivo que convierte al *argumento de la eficiencia* en un argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas.

Las manifestaciones de la eficiencia de confiar en reglas se encuentran por doquier, pero puede que no las reconozcamos justamente por el papel que desempeñan las reglas. Con frecuencia no consideramos ciertos tipos de investigaciones y cálculos, que de otro modo hubieran sido necesarios, precisamente debido a que la confianza en las reglas elimina la necesidad de hacer ciertos tipos de investigaciones y cálculos<sup>14</sup>. Nuestras vidas se desenvuelven así de un modo más eficiente, pues al confiar en los carteles que indican límites de velocidad perdemos menos tiempo calculando cuán rápido conducir, del mismo modo en el que las reglas del Kashrut relevan al judío ortodoxo de tener que estudiar biología sólo para saber qué alimentos comer y cuáles evitar. Y en las culturas en las que resulta obligatoria una específica forma de vestir (por ejemplo, trajes de franela gris para los negocios, toga en las cenas formales en la universidad, no usar zapatos blancos en vísperas del día en que se recuerda a los soldados caídos en batalla), un argumento corriente en defensa de esas reglas es precisamente que ellas evitan los cálculos, la angustia y los gastos que de lo contrario hubieran sido necesarios, liberando así tiempo, dinero y espacio en nuestras mentes para proyectos más valiosos.

Consideraciones similares se aplican a los entornos de toma de decisiones más formales. Cuando un conjunto de reglas relativamente precisas lleva a los jueces a decidir los casos sometidos a su decisión sobre la base de un número comparativamente menor de factores fácilmente identificables (¿estaba el acusado manejando a más de 55 millas por hora?, ¿enfermó el actor luego de consumir el producto fabricado por el demandado?), el procedimiento completo resulta eficiente, pues

---

<sup>14</sup> Como lo escribiera WHITEHEAD, «es una trivialidad profundamente errónea, reiterada por máximas y por gente eminente cuando pronuncia discursos, que debemos cultivar el hábito de pensar lo que hacemos. Justamente lo opuesto es lo correcto. La civilización avanza al extender el número de operaciones importantes que podemos ejecutar sin pensar en ellas». *An Introduction to Mathematics*: 61. (Agradezco a Neil Cohen el haber dirigido mi atención a esta cita.) Véase también HOLMES, «Gag Rules, or the Politics of Omission».

requiere menos tiempo y menos pruebas de las que habrían sido necesarias en el marco de un procedimiento menos sujeto a reglas, que dejaría abierto un espectro más amplio de factores para su consideración (¿conducía el acusado con precaución?, ¿fue causada la enfermedad del actor por la negligencia del demandado?). En consecuencia, un sistema basado en reglas es apto para procesar más casos, para operar con menor dispendio de recursos humanos y, en la medida en que la simplicidad de la toma de decisiones basada en reglas promueve también una mayor probabilidad de predecir los resultados, evita que un mayor número de casos deba ser resuelto mediante un procedimiento formal de decisión. La máxima eficiencia, después de todo, se alcanza cuando una persona, a quien se acusa de haber conducido a 63 millas por hora en un día claro y seco con poco tránsito, simplemente se somete, no obstante, al pago voluntario de la multa en lugar de argumentar que no debió imponérsele sanción porque no condujo de manera peligrosa.

Al igual que con el argumento de la confianza, tomo la precaución de tratar a la eficiencia como un valor independiente del valor de los procedimientos de simplificación para disminuir el número de errores del decisor. Y ello es así no porque reducir los errores del decisor no sea importante. Muy por el contrario, con frecuencia éste constituye el argumento más importante en defensa de la toma de decisiones basada en reglas, tal como lo examinaré en profundidad en la sección siguiente. Pero postergo esa discusión precisamente porque es importante distinguir el modo en el que las reglas promueven la eficiencia a pesar de que no exista ninguna especial preocupación por los errores en la toma de decisiones. Incluso si un decisor habilitado para perseguir a los conductores peligrosos en lugar de a quienes exceden un cierto límite de velocidad tomase siempre la decisión correcta, incluso si un juez pudiese siempre identificar correctamente los casos de negligencia, e incluso si un judío ortodoxo pudiese siempre determinar correctamente qué alimentos son impuros, un sistema basado en reglas de todos modos redundaría en un menor tiempo y esfuerzo para los decisores, liberando así recursos para otras tareas.

Tal como ocurre con el argumento de la confianza, es difícil objetar el argumento de la eficiencia como proposición abstracta, porque la eficiencia promovida por la toma de decisiones basada en reglas parecería beneficiar a cualquier entorno de toma de decisiones. Pero esa clase de eficiencia podría alcanzarse, como lo ha advertido Richard WASSERSTROM, mediante un procedimiento en el que las decisiones se toman "lanzando una moneda o arrojando un dado"<sup>15</sup>. El caso extremo que plantea WASSERSTROM destaca una preocupación similar a una que surgió en el contexto de discusión del argumento de la confianza.

---

<sup>15</sup> WASSERSTROM, *The Judicial Decision*: 73.



La eficiencia deriva y, por lo tanto, se obtiene a costa de impedir que quienes toman las decisiones investiguen factores que podrían haber resultado concluyentes para el caso particular. La toma de decisiones basada en reglas alcanza así su eficiencia incrementando la probabilidad de un resultado erróneo en cualquier caso particular, e incrementando a largo plazo la incidencia de esos resultados erróneos.

Estimar los costos y beneficios de la eficiencia que generan las reglas varía también de uno a otro entorno de toma de decisiones. A veces las reglas fomentan la eficiencia eliminando la duplicación del esfuerzo, retirando ciertos temas, que ya han sido considerados por el creador de la regla, de la reconsideración por parte de quien ha de aplicarla. No obstante, difícilmente pueda considerarse a esto libre de costos, porque quien aplica la regla habría tenido en caso contrario la oportunidad de considerar en un contexto particular cuestiones que el creador de la regla sólo podría considerar de un modo abstracto. De todos modos, dado que en la mayoría de los casos el resultado del análisis específico será idéntico al del análisis abstracto, duplicar el proceso significaría en esa mayoría de casos duplicar el esfuerzo, al igual que lo que ocurre cuando el supervisor de un banco revisa los cálculos del cajero a fin de identificar un error entre mil. Y, como en el caso del doble cálculo, los beneficios de la toma de decisiones particularista dependerán de si el error ocasional descubierto y corregido justifica el tiempo empeñado en un proceso que en su mayor parte es meramente reiterativo.

La eficiencia puede manifestarse de manera alternativa simplemente en el deseo de tomar el mayor número de decisiones en el período más corto de tiempo, de modo tal que se liberen tiempo y recursos para otras tareas. Los recursos para la toma de decisiones pueden ser tan escasos como cualquier otro recurso y, al igual que esos otros, pueden asignarse a veces para obtener celeridad y cantidad, con los consiguientes errores, y otras veces para buscar precisión, sacrificando celeridad y cantidad. Cuando la base de la decisión está dada por reglas simplificadoras, se vuelve innecesario investigar los factores que las reglas han excluido de la consideración, generándose el tipo de beneficios que resultan familiares en cualquier entorno en el que la misma tarea relativamente simple se ejecuta en forma reiterativa.

Resulta aún más difícil generalizar en cualquier sentido interesante sobre los costos y beneficios de la eficiencia basada en reglas que hacerlo respecto de la confianza, porque el valor de la eficiencia depende en sí mismo de los usos que pueda dársele a los recursos ahorrados para la toma de decisiones. Cuando existen usos alternativos valiosos para esos recursos, el argumento de la eficiencia es más atractivo, y con frecuencia resulta suficiente para garantizar que se tolere cierto número de resultados subóptimos. Pero cuando los recursos para la

toma de decisiones no son escasos<sup>16</sup>, o cuando hay pocas alternativas atractivas para su uso, es menos probable que los beneficios de la eficiencia excedan los costos necesariamente implicados en cualquier procedimiento de decisión que renuncie a buscar la solución óptima en cada ocasión.

#### 4. DOS TIPOS DE ERROR

Hasta ahora me he concentrado en un solo tipo de error —el que es consecuencia de la inevitable falta de precisión de las reglas—. Al truncar el espectro de hechos a considerar, las reglas hacen que el proceso de decisión quede sujeto a cierto número de errores, entendiéndose por “error” un resultado distinto del que indica la aplicación particularista directa de una justificación subyacente o de una teoría de la justificación. Estos errores no son una función de las equivocaciones en las que pueden incurrir los decisores, sino que son generados, en cambio, por el seguimiento fiel y preciso de las reglas por parte de los decisores. Los errores no se producen por culpa de los decisores, sino de la vida, porque la vida, a diferencia del predicado fáctico de las reglas, es probabilística y no universal, variable y no determinada, fluida y no atrincherada. Así como la complejidad de la experiencia contrasta con la simplicidad de las reglas, los errores se producen incluso cuando las reglas se aplican conscientemente.

Aunque estos errores se definen por contraste con la aplicación óptima de la justificación que subyace a la regla, la referencia a una “aplicación óptima” pone de manifiesto otro tipo de error, cuya prevención suministra un fuerte argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas. Cuando los decisores no se encuentran encadenados a reglas y tienen, por consiguiente, la potestad para inquirir sobre cualquier factor que pueda llevar a la mejor decisión para el caso particular, podría sencillamente ocurrir que no tomen la mejor decisión. Liberados para examinarlo todo, con frecuencia los decisores no emplean esa libertad con sabiduría, sino que hacen uso de factores que *podrían* producir el mejor resultado para generar, en su lugar, un resultado inferior. A diferencia de los errores que son consecuencia necesaria incluso de la aplicación correcta de reglas simplificadoras, los errores de los que ahora debemos ocuparnos surgen de la aplicación incorrecta de un procedimiento de decisión particularista teóricamente optimizador.

---

<sup>16</sup> Es más, puede ser que el mejor modo de concebir a la toma de decisiones no sea tanto como un recurso a ser gastado sino como una habilidad a desarrollar. De ser así, y si como el golf o una lengua extranjera la toma de decisiones mejora con la práctica, entonces cualquier proceso que reduzca los casos en los que han de tomarse decisiones puede también reducir su calidad, incluso con independencia de la necesaria proporción de resultados subóptimos generados por la toma de decisiones basada en reglas.

Cuando los decisores tienen libertad para tomar en cuenta todos los factores relevantes, pueden equivocarse de muy diversas maneras. Anteriormente, en la sección 2, me referí al error de cálculo, pero éste es sólo un miembro de la clase más amplia de los errores de comprensión. Son tantos los factores que se espera que la gente tome en cuenta, que cuanto mayor sea el número de los que toman parte en el proceso de decisión, mayor será la probabilidad de confusión, error de cálculo o de comprensión en razón de la diversidad de factores que deben ser evaluados y sopesados<sup>17</sup>. Es más, con frecuencia el entrenamiento o la educación especializada hacen que ciertas personas estén mejor dotadas que el resto de nosotros para evaluar ciertos factores. Cuando quienes carecen de ese entrenamiento o educación son colocados, pese a ello, en situaciones en las que se les exige tomar en cuenta esos factores, es dable esperar que se produzcan errores en la aplicación. Considérese al típico oficial de policía tratando de evaluar, en un caso particular, el espectro completo de doctrinas constitucionales relativas a la investigación, arresto, interrogatorio y confesión, o bien al típico obrero de la construcción tratando de calcular el esfuerzo de torsión que puede soportar una cierta viga de acero, bajo determinadas condiciones arquitectónicas y atmosféricas. En estas y en un sinnúmero de otras situaciones, sentimos que la toma de decisiones particularista no producirá una mayor sensibilidad a los matices que distinguen un caso de otro, sino simplemente más errores.

Aunque algunos errores son producto simplemente de la falta de entendimiento, otros son menos benignos. A menudo nos parece que no es posible confiar en que cierta clase de decisores tomará en cuenta cierto tipo de factores, ya sea en virtud de un prejuicio inconsciente o una consciente mala voluntad. Un ejemplo instructivo lo constituye la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Palmore v. Sidoti*<sup>18</sup>. Se trataba de un caso en el que se discutía la tenencia de hijos entre padres divorciados, ambos blancos, pero en el que uno de ellos luego del divorcio había contraído un nuevo matrimonio con un hombre negro. La cuestión a resolver era si el prejuicio de hecho existente, expresado en una potencial discriminación contra el hijo de una pareja interracial, era relevante para determinar qué sistema de tenencia era el que atendía al "superior interés del menor".

La decisión de la Corte Suprema, según la cual el hecho de que un matrimonio fuese interracial *no* podía ser tomado en cuenta, cons-

---

<sup>17</sup> Sobre la relación entre las reglas y las limitaciones de la capacidad humana para comprender la complejidad, véase HARE, «Principles», y TRIANOSKY, «Rule Utilitarianism and the Slippery Slope». Pueden encontrarse puntos de vista similares en la bibliografía sobre teoría económica y teoría de las decisiones. Véase MARCH y SIMON, *Organizations*; SIMON, *Models of Man*, y MARCH, «Bounded Rationality, Ambiguity and the Engineering of Choice». También poseen relevancia LINDBLOM, *The Intelligence of Democracy* y «The Science of Muddling Through».

<sup>18</sup> 466 US 429 (1984).

tituye un ejemplo típico del temor al error motivado por el prejuicio. Aunque puede haber casos —quizás incluyendo a éste— en los cuales un decisor consciente y sensible adoptaría la decisión óptima tomando en cuenta este factor, es probable que haya aún más casos en los que un decisor con potestad para tomar en cuenta la identidad racial de cualquiera de los participantes se vea guiado por hostilidad racial y, en consecuencia, tome una decisión errónea. Así, cuando las reglas limitan la potestad de los oficiales de policía para interrogar sospechosos, esas restricciones reflejan no sólo la preocupación relativa a que ciertas complejidades procesales y constitucionales se encuentran más allá de la comprensión de quienes carecen de entrenamiento jurídico, sino también el temor a que la naturaleza del oficio de policía lleve a subestimar ciertos factores. Sospechamos que la policía, ya sea a causa de sus prejuicios o de una diferencia de perspectiva menos objetable que resulta consecuencia de la diferenciación de roles, subestimaré la importancia que poseen para la decisión aquellos factores que tienen como objetivo específico la protección de los sospechosos y acusados. Sencillamente no esperamos que el policía valore los derechos del acusado en la misma medida en la que lo haría un decisor ideal, como no esperamos que en un acontecimiento deportivo los árbitros designados por el equipo local cometan tan pocos errores como los que cometería un árbitro más imparcial.

El diseño de un entorno de toma de decisiones debe, por lo tanto, tener en cuenta no sólo la posibilidad de errores de sub o sobreinclusión que emanen de una fiel aplicación de las reglas frente a una realidad impredecible, sino también los errores que podrían ser cometidos por decisores no tan salomónicos cuando, al liberárseles de la sujeción a reglas, se los faculta para aplicar directamente la justificación subyacente en los casos que tienen que decidir. Cuando predomina el temor a este último tipo de error, las reglas se emplean para disminuir los errores de los decisores, limitando su capacidad para tomar en cuenta un espectro completo de consideraciones difíciles y complejas. A veces las reglas simplifican la toma de decisiones excluyendo del cálculo factores que podrían ser mal aplicados por cierta clase de decisores, y los sustituyen por otros factores más simples pero con menor probabilidad de que se abuse de ellos. En otros casos las reglas se emplean de un modo menos selectivo, como instrumentos de simplificación íntegra de la toma de decisiones, en un esfuerzo por minimizar los errores del decisor. En ambos casos el resultado es similar. En lugar de permitirse a los decisores analizar un espectro amplio, complejo y variable de factores, las reglas reemplazan esto por una decisión basada en un número menor de factores fáciles de identificar, de aplicar y de controlar externamente. Cuando los decisores siguen reglas semejantes, se reduce la posibilidad de desvíos y, en consecuencia, la proporción de errores de los decisores es menor que si hubiesen tenido

mayor libertad para tratar de tomar la decisión que a su juicio fuese la mejor, considerando todas las circunstancias relevantes.

Los dos tipos de error se encuentran mutuamente relacionados, porque el intento por disminuir la incidencia de errores de sub o sobreinclusión puede aumentar la probabilidad de errores del decisor e, inversamente, un intento por disminuir los errores del decisor limitando su discrecionalidad implicará la introducción en el proceso de una mayor probabilidad de errores de sub o sobreinclusión. En consecuencia, el diseño de cualquier procedimiento de toma de decisiones implica una estimación de la frecuencia y consecuencias relativas de los distintos tipos de errores. Cuando puede confiarse en los decisores, y cuando el espectro de decisiones que se espera que tomen contiene una alta proporción de hechos motivadores de decisiones relativamente singulares, con serias consecuencias si se los decide equivocadamente, puede suponerse que el modelo basado en reglas será rechazado o, al menos, que su rigor será atemperado. Pero cuando existen razones para desconfiar de un conjunto de decisores que tienen ciertos tipos de propósitos, y cuando el espectro de decisiones a tomar parece relativamente predecible, los errores de sub o sobreinclusión basados en reglas serán, probablemente, menos corrientes que los errores de los decisores y, por consiguiente, el argumento en favor de las reglas tendrá más fuerza.

La toma de decisiones basada en reglas es, por lo tanto, una aplicación de la teoría del segundo mejor. Cuando se diseñan instituciones reales de toma de decisiones para decisores reales, el *procedimiento* óptimo de decisión para una suma de decisiones a veces es aquel que desiste de la búsqueda de lo óptimo en el caso individual. Con cierta frecuencia, las instituciones de toma de decisiones diseñadas para que se decida lo mejor en cada caso particular generan una mayor incidencia de errores que la que habría resultado de procedimientos de decisión con ambiciones más modestas.

Las instituciones de toma de decisiones usualmente involucran a múltiples decisores, de modo que el diseño de procedimientos para tomar decisiones impone un modo de hacerlo sobre una multiplicidad de agentes, en el que no todos tienen los mismos puntos de vista o las mismas aptitudes. Cuando elegimos reglas y, por lo tanto, tomamos la opción por el segundo mejor, nos concentramos en lo peor de cualquier conjunto de decisores, porque nos preocupan más los errores del decisor que los errores intrínsecos de las propias reglas. En consecuencia, la elección de la toma de decisiones basada en reglas ordinariamente implica impedir que decisores sabios y sensibles tomen las mejores decisiones, a fin de impedir que decisores incompetentes o simplemente injustos tomen decisiones incorrectas. Inversamente, un procedimiento de decisión que elimina o disminuye las limitaciones que imponen las reglas confiere potestades a los mejores decisores para tomar las mejores decisiones, y acepta como consecuencia que

el mismo procedimiento confiera también potestades a decisores no óptimos para tomar cierto número de decisiones no óptimas. El punto de vista del "mejor caso" es necesariamente adverso a las reglas, porque la toma de decisiones basada en reglas no puede producir el mejor resultado en cada caso. Pero el punto de vista del "peor caso" puede incluir reglas, reconociendo que tomar precauciones contra el peor caso puede, en ciertas circunstancias, ser lo mejor que podemos hacer.

Un punto de vista del peor caso, o del segundo mejor, sobre la toma de decisiones puede a la vez reflejar y generar una actitud evaluativa particular hacia los decisores. Aunque usualmente elogiamos a los Salomones cuya capacidad para tomar la decisión correcta en el lugar correcto trasciende las limitaciones de las reglas, a veces condenamos aún más a quienes violan reglas aceptadas con resultados no tan buenos. Cuando el grado de condena a equivocarse por evadir una regla aplicable es mayor que el grado de condena a equivocarse por seguir cierta regla, esa disparidad refleja la presuposición contingente de que el problema del incumplimiento negligente es considerado mayor que el problema del cumplimiento negligente. Cuando prevalece esa actitud, se trata mejor a quienes se equivocan al seguir reglas que a quienes cometen errores de magnitud equivalente al quebrantar reglas. Suele constituir una estrategia exitosa el defender los errores que uno comete invocando reglas, en parte porque cuando uno comete un error por seguir una regla se puede atribuir (o cargar) al menos parte de la responsabilidad al creador de la regla, mientras que quien quebranta una regla no tiene tan fácilmente a su alcance esa opción de reparto de la culpa. En la medida en que los errores cometidos por seguir reglas ocasionan menos culpa individual que los errores cometidos por violarlas, el seguimiento de reglas puede constituir la estrategia de elección para el *individuo* que rehuye el riesgo, como, asimismo, constituir la estrategia de elección en el diseño de entornos de decisión adversos al riesgo.

Otras veces o en otros ámbitos (considérese la lección de los juicios de Nüremberg) los temores frente al cumplimiento negligente exceden a los que se experimentan frente al incumplimiento negligente. Cuando esto ocurre, el castigo o crítica para quienes se equivocan por seguir reglas es mayor que para quienes cometen errores equivalentes empleando su propio criterio. Aquí se consideran potencialmente mayores los costos de los errores intrínsecos de las reglas que los que resultan de autorizar a los decisores a emplear su mejor criterio, lo cual se refleja en la medida en la cual se acepta como justificación de una decisión errónea el confiar en las reglas.

Una vez que se reconoce que existen dos tipos de error, y que la toma de decisiones basada en reglas intenta minimizar la incidencia de los errores del decisor incluso al precio de incrementar la incidencia de errores basados en reglas, parece que lo que ahora podríamos deno-

minar el *argumento de la aversión al riesgo* se torna convincente como argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas. Se comprende que todo procedimiento de decisión produce errores. Tratándose de la toma de decisiones basada en reglas, el error más significativo consiste en el fracaso para alcanzar la decisión mejor u óptima para el caso particular en cierto número de casos. Pero si prevalece la toma de decisiones particularista, los errores más significativos serán los cometidos por decisores desencaminados —ya sean prejuiciosos, ignorantes, incompetentes o simplemente confundidos— que toman decisiones definitivamente no óptimas. Al tratar de diseñar un procedimiento de decisión evaluamos lo mejor que podemos la frecuencia y las consecuencias esperadas de estos dos tipos de errores. Cuando como resultado de esa evaluación preferimos contar con reglas, en tal preferencia se encuentra implícita una estimación de que los errores en los que podrían incurrir decisores desencaminados son más graves o más probables que los errores basados en reglas que derivan de una falencia intrínseca para alcanzar la mejor decisión en todo caso<sup>19</sup>. La toma de decisiones basada en reglas renuncia, por consiguiente, a toda aspiración por una optimización completa a fin de precaverse de errores significativos de los decisores y, al hacerlo, refleja su dimensión necesariamente adversa al riesgo.

## 5. EL ARGUMENTO DE LA ESTABILIDAD

Aunque los argumentos basados en la confianza, en la eficiencia y en la aversión al riesgo conservan cada uno un núcleo irreducible de plausibilidad, también se entrelazan de un modo interesante. El argumento de la confianza presupone cierta consistencia en la interpretación mutuamente accesible entre quien ha de hacer cumplir la regla y su destinatario; el argumento de la eficiencia considera a la facilidad en la toma de decisiones como un bien en sí mismo, y el argumento de la aversión al riesgo estima más graves los errores de los decisores que los errores intrínsecos de reglas incapaces de adaptarse a una realidad cambiante. En consecuencia, las ventajas fomentadas por la confianza, la eficiencia y la aversión al riesgo poseen en común el concentrar la atención en la estabilidad por la estabilidad misma. Los tres argumentos

---

<sup>19</sup> El análisis que ofrezco en el texto podría también presentarse en términos estadísticos, denominando a una de las clases de error como error de Tipo I y a la otra como error de Tipo II. Seguir esta línea implicaría un estilo argumentativo algo diferente del que empleo a lo largo de este libro, de modo que me contentaré con observar que, a mi juicio, muchas elecciones respecto de la toma de decisiones basada en reglas presuponen un procedimiento de decisión en el que se trata a los errores de los decisores, por estipulación o por predicción, como errores de Tipo I (más graves). Véase RADIN, «Risk —of Error— Rule and Non-Ideal Justification», *passim*. Esta denominación no torna inevitable a la toma de decisiones basada en reglas, pero inclina la elección de los procedimientos de toma de decisiones en esa dirección.

consideran como un bien que ha de perseguirse por sus propios méritos a la reducción de la disparidad, y contemplan a las reglas como instrumentos para ese proceso de reducción.

La medida en la cual las reglas promueven la estabilidad es parcialmente una función de la falta de precisión de los predicados fácticos que ellas incorporan. En un extremo de lo que constituye un continuo y no una dicotomía, las reglas —con predicados fácticos amplios y poco precisos— comprenden categorías tales como “vehículo” o “perro”, en lugar de trazar distinciones más finas dentro de esas categorías. En este extremo, se suprime un gran número de diferencias potencialmente relevantes y se impone una uniformidad que muchas veces deforma la diversidad de la experiencia. En el otro extremo, las reglas se aproximan a lo particular. Pueden ser numerosas y afinadas con precisión, y poseer predicados fácticos tan estrechos y exactos que permiten tomar en cuenta todas o casi todas las diferencias relevantes. Cuando ocurre esto, habrá menos errores basados en reglas, porque las categorías demarcadas por ellas se aproximarán a la riqueza de la vida.

La elección del grado apropiado en el que las reglas soslayarán diferencias que de otro modo habrían sido relevantes es necesariamente una función del propósito que se considera que ha de satisfacer un cierto entorno de toma de decisiones. Ciertos entornos de toma de decisiones ponen énfasis en el hoy, concentrándose en la riqueza y unicidad de la experiencia inmediata. Sus miradas están puestas en el ahora y, en consecuencia, en la importancia de lograr que *esta* decisión sea correcta. En tales entornos, los decisores tendrán generalmente libertad para explorar todo posible hecho o argumento que pueda incidir en que se tome la mejor decisión en *este* caso particular, porque lo más vital es precisamente la *singularidad* del suceso. En su expresión extrema, un sistema semejante podría, y es posible argumentar que debería, denegar toda relevancia a las reglas imperativas. Las virtudes de la estabilidad se inclinarían ante el deseo de hacer las cosas bien y, en ese marco, las reglas en tanto reglas tendrán poca o ninguna fuerza. Quizás desde un punto de vista más realista, un sistema semejante podría, no obstante, tener reglas, pero sus predicados fácticos serían de poca extensión, disminuyendo así la posibilidad de disparidad entre el rigor de la regla y la complejidad del caso particular.

Otros entornos de toma de decisiones se centran, sin embargo, en el ayer y el mañana tanto como en el hoy, y ponen más énfasis en los elementos recurrentes de la condición humana que en los singulares. Aquí es donde las reglas juegan su papel más importante, generando un formato de toma de decisiones que canaliza las decisiones hacia la consideración de un número relativamente limitado de factores que puede repetirse a lo largo del tiempo. En un entorno semejante, no acertar en la respuesta correcta de vez en cuando no es considerado algo catastrófico. Un resultado subóptimo ocasional



es contemplado como un error que vale la pena tolerar, un precio que se ha de pagar a cambio de la ventaja que se obtiene al ajustar la diversidad y fluidez de la experiencia en el patrón limitativo y, por lo tanto, estabilizador de las decisiones de conformidad con reglas de gran amplitud en cuanto a su campo de aplicación<sup>20</sup>.

Hablo de estabilidad en un sentido formal, más que en un sentido político o psicológico. La estabilidad que fomentan las reglas puede muy bien resultar política o psicológicamente desestabilizadora, pues el atrincheramiento del *status quo* crea con frecuencia presiones en favor de un cambio radical que, de otro modo, podrían haber encontrado un lugar adecuado. La toma de decisiones basada en reglas impide el cambio y puede, en consecuencia, producir inestabilidad personal, social y política. Pero esa inestabilidad es una reacción a la estabilidad del sistema y muestra así la importancia de distinguir entre ambas. Por consiguiente, cuando aludo al *argumento de la estabilidad*, me refiero a un argumento que sostiene que la toma de decisiones basada en reglas acota el espectro de decisiones potenciales y, al hacerlo, torna más difíciles, tanto para bien como para mal, los cambios del *status quo* que si los decisores tuviesen mayor libertad para apartarse de las categorías y prescripciones de ayer. Si esa variedad formal de estabilidad tiende a fomentar o a dificultar la estabilidad social y, en todo caso, si esto en última instancia es deseable son cuestiones bien distintas.

Es virtualmente imposible, no obstante, responder a estas distintas cuestiones fuera de un contexto social o político específico. Aunque los más decididos partidarios de BURKE podrían disentir, sin referencia a un contexto determinado no es posible siquiera comenzar a discutir si la estabilidad o el atrincheramiento del *status quo* es algo bueno, y sin una respuesta general a la pregunta sobre si la estabilidad es buena, no es posible apreciar si este argumento en favor de las reglas es convincente. La estabilidad puede ser inobjetable en abstracto —los individuos, así como las sociedades, necesitan al menos algunas amarras aseguradas. En realidad, no obstante, la estabilidad sólo se obtiene mediante la renuncia a cierta flexibilidad para explorar los rincones más profundos de los acontecimientos que ahora se nos presentan.

<sup>20</sup> Vale la pena advertir la afinidad que media entre las reglas y los argumentos de "pendiente resbaladiza" (*slippery slope*). Aunque se considera falaces a estos argumentos, hoy se acepta que pueden ser plausibles cuando se apoyan en afirmaciones empíricas sobre la tendencia de las personas para asimilar lo que resulta lógicamente distinguible. GLOVER, «What's wrong with Slippery Slope Arguments?»: 313-316; SCHAUER, «Slippery Slopes»: 368-383; TRIANOSKY, «Rule Utilitarianism and the Slippery Slope», *passim*, y WHITT, «Acceptance and the Problem of Slippery Slope Insensitivity», *passim*. En el corazón del argumento de pendiente resbaladiza se encuentra el deseo de tolerar un resultado incorrecto en *este* caso a fin de minimizar el número de resultados incorrectos en casos futuros. Al considerar el mañana tan importante —si no más importante— que el hoy, y al tomar al caso actual simplemente como uno de entre un grupo mayor, el argumento de pendiente resbaladiza no es otra cosa que una variante de un argumento a partir y en favor de reglas.

Si vale o no la pena pagar este precio dependerá de los propósitos que se persigan dentro de un cierto entorno de toma de decisiones, y comprender la relación entre la estabilidad y las reglas en nada nos acerca a la percepción de tales propósitos. Aun así, advertir esa relación resulta valioso, no obstante, porque nos permite ver con mayor claridad no sólo cómo podría alcanzarse la estabilidad, sino también la clase de precio que debe pagarse para obtenerla.

La evaluación del argumento de la estabilidad también exige considerar lo deseable de cierto estado de cosas actual. Debido a que la toma de decisiones basada en reglas atrinchera ese estado de cosas, atrincherando sus categorías y su aparato conceptual, no es posible divorciar el valor del atrincheramiento del valor de aquello que está siendo atrincherado. Atrincherando el pasado contra las presiones del presente y, por consiguiente, atrincherando también el presente contra las pretensiones del futuro, la toma de decisiones basada en reglas es necesaria, lógica e inevitablemente conservadora, en un sentido no político de ese término. Como vimos en el capítulo 5, punto 5, un decisor limitado por reglas que no esté equivocado, nunca puede actuar mejor de lo que lo haría de acuerdo con la misma teoría sustantiva de la decisión un decisor particularista que no esté equivocado, pero con frecuencia puede actuar peor. Por lo tanto, la toma de decisiones basada en reglas que pretenda desarrollar esa teoría sustantiva de la decisión resultará necesariamente subóptima, del mismo modo en que resulta subóptima cualquier solución del segundo mejor, incluso pese a que pueda representar muy bien el procedimiento óptimo de decisión.

Las ventajas de las soluciones del segundo mejor, no obstante, son dependientes del contexto, y varían con lo que las teorías sustantivas nos digan sobre cuánto mejor o cuánto peor podríamos estar. Es más probable que se acepten más a las virtudes del segundo mejor que ofrecen las reglas cuando exista una extendida valoración positiva del *status quo*, de acuerdo con la cual los perjuicios esperados de una desestabilización son mayores que los beneficios que se espera de ella. El argumento de la estabilidad se encuentra entonces íntimamente ligado al argumento de la aversión al riesgo, porque la aversión al riesgo consiste no sólo en tener una concepción de lo desconocido, sino también de lo conocido. En la aversión al riesgo se encuentra implícita una valoración (relativamente) positiva del estado de cosas existente. Las reglas, al atrincherar ese estado de cosas, satisfacen los fines de la estabilidad por la estabilidad misma, pero no es posible apreciar si ese fin merece ser perseguido sin tener una concepción sustantiva acerca de dónde estamos y dónde queremos estar.

## 6. REGLAS Y DISTRIBUCIÓN DEL PODER

Un decisor instruido para tomar decisiones de acuerdo con un conjunto de reglas es instruido de ese modo para no considerar ciertos hechos, ciertas razones y ciertos argumentos<sup>21</sup>. Ahora puede entenderse que resulta fructífero contemplar a esas instrucciones para ignorar lo que de otro modo sería relevante como un retiro de jurisdicción para decidir, y que existe una diversidad de argumentos que apoya ese retiro. Todos esos argumentos, no obstante, se basan en cierta resistencia para dejar que una clase dada de decisores se ocupe de cierta categoría de decisiones. A veces, como ocurre con los argumentos de la confianza y de la eficiencia, el retiro de jurisdicción puede fundarse simplemente en el deseo de acotar el espectro de disparidad admisible en la decisión o de evitar el dispendio de recursos para la toma de decisiones. En otros casos, como se aprecia en la atención puesta en los errores del decisor en el argumento de la aversión al riesgo, los retiros de jurisdicción para tomar decisiones se basan en la desconfianza hacia los decisores —en el temor a que, si se confiere a ciertos tipos de decisores la potestad para considerar ciertas clases de hechos, razones o argumentos, harán uso de esa potestad con poca sabiduría y producirán, en consecuencia, decisiones equivocadas—.

Pero aunque algunos argumentos se centran en la desconfianza hacia el decisor y otros no, puede considerarse que todo argumento en favor de la toma de decisiones basada en reglas contempla a estas últimas como instrumentos esencialmente jurisdiccionales, esto es, como mecanismos para determinar quién debe considerar qué. Las reglas operan así como herramientas para la *distribución del poder*. Un decisor no limitado por reglas tiene la potestad, la autoridad y la jurisdicción para tomarlo todo en cuenta. Inversamente, el decisor limitado por reglas pierde al menos una parte de esa jurisdicción. Y aunque el temor al error en el ejercicio de esa jurisdicción es con frecuencia una razón válida para denegarla, de ninguna manera es la única razón. En la toma de decisiones políticas, por ejemplo, los problemas concernientes a la distribución de funciones con frecuencia son determinados por cuestiones de legitimidad. La teoría tradicional de la autoridad judicial, según la cual los legisladores hacen las reglas y los jueces las aplican, no se basa tanto en el temor a que los jueces cometan errores al intervenir en un proceso de toma de decisiones de final abierto, sino en la suposición de que la determinación de cues-

---

<sup>21</sup> Digo "instruido" como un modo de abarcar gran parte de lo que he analizado en el capítulo 6. Como mínimo, "instruido" incluye el proceso por el cual un entorno de toma de decisiones, a través de un sistema de premios y castigos (incluyendo el elogio y la crítica), induce a los decisores dentro de ese entorno para tomar decisiones a través de ciertos métodos y no de otros.

tiones de valor sustantivo debe estar a cargo de instituciones responsables y receptivas frente al pueblo, como las legislaturas, y no de instituciones no mayoritarias, como los tribunales.

Tal como intentaré aclararlo en el próximo capítulo, no suscribo, ni descriptiva ni normativamente, este modelo simplificado del argumento de que los jueces deben ser simples aplicadores de reglas. No obstante, el argumento es importante, porque muestra que las teorías sobre quién debe hacer qué son analíticamente distinguibles de los juicios acerca de quién es *mejor* haciendo qué. Aunque con frecuencia el poder (en el sentido de “jurisdicción”) se distribuye efectuando evaluaciones de competencia relativa, muchas veces se distribuye en virtud de otras razones. A veces se asignan potestades para la toma de decisiones a un agente o institución en virtud de las razones sustantivas existentes para reconocer o instaurar a ese agente o institución, y les asignamos esa potestad incluso sabiendo que otros agentes o instituciones podrían cumplir mejor esa función. Es corriente que las sociedades confíen a los padres la potestad de efectuar una gran variedad de elecciones respecto de cómo han de ser criados, entrenados y educados sus hijos, aun frente a pruebas concretas de que los padres pueden no ser los más capacitados para llevar a cabo esa tarea. Dista de ser un argumento concluyente para atribuirle potestades para la toma de decisiones morales de importancia pública a los miembros del comité editorial de la revista *Ethics* el que estén en condiciones de tomar mejor esas decisiones que si se hace a través del proceso político. En consecuencia, aunque las reglas *pueden* asignar potestades por razones epistémicas, confiriendo poder a quienes tienen los mayores conocimientos, no es necesario que lo hagan en virtud de consideraciones epistémicas semejantes. Tampoco necesitan basarse en cuestiones de competencia o aptitud relativas, aunque sean de un tipo no epistémico. Más bien, cualesquiera de entre las numerosas razones que podrían llevar a un agente individual a decir “eso no es asunto mío” podrían llevar institucionalmente al diseño de sistemas que contengan reglas en los que ciertas instituciones tomen determinadas decisiones y otras instituciones digan “eso no es asunto nuestro”.

Por consiguiente, las reglas asignan poder de dos maneras. En primer lugar, al atrincherar categorías diversas, atrincheran el *status quo* y asignan poder al pasado quitándoselo al presente, y al presente quitándoselo al futuro. Aquí la asignación de poder es temporal, y se distribuye la jurisdicción para la toma de decisiones entre el pasado, el presente y el futuro. Esta atribución intertemporal de poder no sólo es importante cuando se verifica entre diferentes instituciones o agentes. También puede considerarse que las reglas asignan poder intertemporalmente en una misma institución o agente. En una institución pluripersonal, la toma de decisiones basada en reglas disminuye el grado de variación que produciría un cambio en las personas, y puede

así atrincherar el poder a largo plazo de la institución en tanto institución contra el poder de alguno de sus miembros individuales en un cierto momento. Y aunque esto puede parecer aplicable sobre todo a los tribunales de apelación, la cuestión es más general. Considérese a un pueblo (o a los miembros de un club) que adopta una constitución, o a una legislatura que atrincherara un conjunto de procedimientos legislativos, o al comité rector de un deporte que establece reglas para éste, o incluso a dos partes que celebran un contrato. En cada uno de estos casos existe un intento, a menudo exitoso, de usar reglas para precaverse de cambios demasiado frecuentes o demasiado fáciles, atrincherándose en la práctica el punto de vista de un grupo en un momento determinado contra el poder potencial de diferentes individuos en diferentes momentos.

El mismo fenómeno puede incluso tener lugar en los individuos. A veces creamos reglas para nosotros mismos, temerosos de alguna futura debilidad de la voluntad. Ya sea en la forma de una resolución de año nuevo, o una lista de cosas a realizar, o un voto que hacemos en silencio, pensamos comúnmente que la formulación explícita de una regla, aun cuando está dirigida a nuestros propios *yo*s futuros, e incluso cuando sólo puede ser exigida por esos mismos *yo*s futuros, puede resultar efectiva. Muchas veces nos equivocamos en esto, pero a veces tenemos razón, y cuando tenemos razón puede considerarse que la regla ha tenido el efecto de privar de jurisdicción para la toma de decisiones a algún *yo* futuro. Y cuando nos preocupa que las sanciones autoimpuestas puedan no ser efectivas, hacemos promesas públicas y votos, con la esperanza de que los premios y castigos impuestos externamente, aunque sólo sea en la forma de elogio o crítica, sirvan como sanciones en virtud de las cuales el *yo* futuro trate a la regla creada por su *yo* anterior como una razón para la acción<sup>22</sup>.

En segundo lugar, al asignar poder a ciertos agentes y quitarlo a otros, las reglas también pueden asignar poder horizontalmente, estableciendo quién, en una ocasión temporal dada, ha de determinar qué. Las reglas determinan qué decisiones han de ser tomadas por el árbitro y cuáles han de ser tomadas por la comisión de reglamento; determinan dentro de una familia *quién* debe establecer la hora de ir a dormir y quién debe decidir qué se va a comer en la cena, y especifican dentro de una tradición religiosa *quién* debe determinar los rituales y métodos de adoración. El cartel de "no se admiten perros" asigna potestad al dueño del restaurante y se la quita al cliente y, de modo similar, la regla "no se admiten vehículos en el parque" quita poder al usuario del parque y se lo asigna a los creadores de la regla. Y cuando un tribunal determina que un vehículo colocado como monumento, aun cuando sea un vehículo, no ha de ser considerado como una violación

<sup>22</sup> Véase SCHELLING, «Enforcing Rules on Oneself», *passim*.

de la regla “no se admiten vehículos en el parque”, se asigna poder a sí mismo y se lo quita a los creadores de la regla. Aunque la exclusión del monumento pueda ser absurda, determinar su calidad de absurda es también afirmar el poder para determinar qué es absurdo y qué no lo es. Puede que con frecuencia deseemos que los tribunales u otros órganos encargados de la aplicación de reglas tengan ese poder, pero eso no es en modo alguno una verdad autoevidente. Considérese, por ejemplo, el poder para determinar qué es absurdo en casos que no son de sobreinclusión sino de subinclusión. Si alguien arrastrase un órgano de vapor dentro del cuarto, y lo pusiera luego en funcionamiento, produciendo ruido, emanaciones e incluso posiblemente peligro para los peatones, parecería absurdo excluir a los vehículos pero permitir este órgano, tal como lo indicaría una lectura literal de la regla. Sin embargo, hay algo que nos preocupa en el hecho de conferir a un tribunal o a un policía el poder de incluir dentro del alcance de una regla regulativa algo que no está literalmente comprendido por sus palabras, por muy absurda que pueda parecer la distinción literal<sup>23</sup>. En consecuencia, no es preciso considerar que un agente que sigue reglas está de acuerdo ya sea con el contenido de la regla que sigue o con lo deseable de aplicarla en una ocasión dada. Cuando se siguen reglas, especialmente en aquellos casos en los cuales a quien lo hace le parece que su acción se encuentra comprendida en el área de sub o sobreinclusión, puede caracterizarse la conducta de quien sigue las reglas simplemente como un sometimiento a la capacidad de decisión de otro. Un agente que dice: “esto no me compete” no está necesariamente abdicando de su responsabilidad<sup>24</sup>. Una forma de asumir responsabilidad consiste en asumir la responsabilidad de dejar a otros ciertas responsabilidades<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Éste es el argumento del voto del juez Holmes en *McBoyle v. United States*: 283 US 25 (1931). HART critica su resultado («Positivism and the Separation of Law and Morals»: 610-611), pero para ello se basa en que la palabra “vehículo” puede interpretarse como comprensiva de un avión de conformidad con las convenciones lingüísticas vigentes en 1931. Eso puede o no ser verdad, pero el argumento de Holmes parece ser que no lo es. Si Holmes está en lo cierto, entonces existe algo problemático en expandir el alcance literal de una prohibición penal incluso cuando parezca absurdo no hacerlo.

<sup>24</sup> Para consultar un punto de vista contrario a lo que aquí se sostiene, y que destaca la dimensión vinculada a eludir responsabilidades en el seguimiento de reglas, véase MICHELMAN, «Traces of Self Government», *passim*.

<sup>25</sup> Vale la pena destacar la importante corriente de pensamiento feminista que asocia el carácter de regla con la masculinidad, y el apartarse de las reglas con una sensibilidad particular y contextual que sería la antítesis de la masculinidad. Véase especialmente GILLIGAN, *In a Different Voice*, y véase MINOW, «Justice Engendered» para apreciar este mismo punto de vista aplicado a las reglas jurídicas. La asociación del carácter de regla con la masculinidad, sin embargo, no es muy clara. Aunque no tengo objeciones contra esa asociación psicológica contingente, ni tampoco contra la idea de que las reglas pueden otorgar mayor poder a quienes ya están en el poder, es posible que exista un lado más oscuro en el rechazo de las reglas desde la perspectiva feminista. El considerar en forma particularista todo aspecto relevante de la experiencia inmediata resulta poco circunspecto, poco modesto, desconsiderado y quizás incluso arro-

## 7. REGLAS, COMUNIDAD Y COORDINACIÓN

Como mecanismos para la distribución del poder, las reglas pueden también servir para quitar poder a los miembros individuales de una comunidad y atribuírselo a la comunidad, considerada como institución en sí misma. Debido a que las reglas suprimen diferencias potencialmente relevantes, pueden servir para suprimir diferencias entre los miembros de una comunidad, y funcionar así como instrumentos de homogeneización. Aunque se ha sostenido que las reglas son primordialmente instrumentos del individualismo<sup>26</sup>, y aunque la historia aporta muchas pruebas en apoyo de esta conclusión, no carece por completo de plausibilidad que a menudo las reglas operen exactamente en el sentido opuesto. Al bloquear la consideración de todos los factores potencialmente relevantes, las reglas pueden alentarnos a que nos veamos como relevantemente similares a los otros, en lugar de relevantemente diferentes. Cada uno de nosotros es una colección única de singularidades, y el individualismo se centra en la singularidad. En la medida en que un proceso de pensamiento o de toma de decisiones alienta a centrar la atención en esta singularidad, en lo que me hace diferente de los otros, en lo que *yo* quiero y en por qué *mi* caso es especial, ese proceso dificulta en lugar de facilitar que se contemple al agente individual en aspectos relevantes como parte de un grupo. Al impedir que se centre la atención en lo singular y en lo diferente, las reglas pueden alentarnos a considerar a nuestro bienestar inextricablemente ligado al del grupo, y desalentarnos de la pretensión de que nuestra situación es singular, así como de la consiguiente exigencia de trato singular<sup>27</sup>.

De este modo, las reglas pueden resultar fundamentales para el funcionamiento de cualquier empresa grupal concebida desde un marco fuertemente comunitario. Pero incluso con respecto a actividades comunitarias que conciernen a miembros egoístas de un grupo concebido en forma egoísta, es posible que las reglas tengan un papel que desempeñar. Más específicamente, es importante explorar la rele-

---

gante: "soy el que está a cargo" y "deja que yo lo haga, querida" son actitudes que asumen quines piensan que lo comprenden todo y que no necesitan acceso a las habilidades de otros para tomar decisiones. Cuando se ven las cosas de este modo, no resulta en absoluto claro que apartarse de las reglas no constituya, simultánea y paradójicamente, una vía para obtener tanto un mayor grado de empatía como un mayor grado de arrogancia. No tengo soluciones para esta paradoja. No obstante, en la medida en que *apartarse* de las reglas puede ser considerado como la materialización de una forma demasiado suficiente de eludir circunspección, consideración y respeto por las habilidades de otros para tomar decisiones, asociar de manera directa el carácter de regla con la masculinidad parece algo demasiado fácil.

<sup>26</sup> KENNEDY, «Form and Substance in Private Law Adjudication», *passim*, así como los trabajos citados en la nota 25.

<sup>27</sup> Mi argumento sobre las reglas como vehículos de comunión está de acuerdo con FINNIS, «On Reason and Authority in *Law's Empire*»: 379-380.

vancia de las reglas para cierto número de problemas de acción colectiva, y examinar si facilitan la solución de esos problemas e incrementan así el bienestar de todos los miembros del grupo que las siguen.

Si centramos en primer lugar la atención en problemas del tipo del dilema del prisionero<sup>28</sup>, en los cuales agentes egoístas racionales que no se comunican entre sí y que tienen distintas ordenaciones de preferencias sufren a causa de su egoísmo racional, parece que las reglas podrían ser útiles para facilitar a los agentes del mundo real la superación de la condición teórica de incomunicación. Al destacar ciertas soluciones como prominentes y simplificar la situación tal como es percibida por los agentes egoístas, puede parecer que las reglas ayudan a solucionar el dilema del prisionero. No analizaré cuál sería exactamente el mecanismo del que se valdrían las reglas para salvar el obstáculo de la incomunicación, no obstante, porque de hecho la restricción de la incomunicación no es lo que crea el dilema y, por lo tanto, su remoción no facilita su solución. Incluso si los agentes pueden comunicarse entre sí y, por consiguiente, pueden llegar a un acuerdo, sigue siendo racional para cada agente tratar de quebrantar el acuerdo. Debido a esto, los problemas del tipo del dilema del prisionero no son “solucionados” por la introducción de comunicación entre los jugadores, sino más bien por medio de sanciones que tornen difícil o imposible que procuren sus —en apariencia— mayores intereses individuales.

No obstante, si centramos la atención más en la compulsión que en la comunicación, el papel de las reglas, tal como se las concibe en este libro, parece encontrarse en una relación bastante más oscura con la solución del dilema del prisionero. Después de todo, la cooperación forzosa podría provenir tanto de una orden particularizada como de una regla general, y no hay nada en la distinción entre la toma de decisiones particularista y la basada en reglas o, en lo que a esto respecta, entre las directivas particularizadas y las órdenes generales que sea singularmente relevante o de utilidad para las cuestiones relativas al dilema del prisionero. Es verdad que las reglas, a diferencia de las órdenes particulares, podrían facilitar que cierta autoridad produzca la cooperación forzosa que es condición suficiente para la solución de un problema del tipo del dilema del prisionero. Pero “facilitar” no es aquí más que una referencia a todos los argumentos que se han discutido anteriormente en este capítulo. En consecuencia, no hay nada en el dilema del prisionero que haga que las reglas resulten especialmente aptas para su solución a través de la cooperación forzosa, excepto en la medida en que, por razones de ayuda en la comunicación o coerción, las reglas en general podrían facilitar la imposición de la autoridad en cualquier situación.

---

<sup>28</sup> Para una síntesis de los diferentes enfoques, véase CAMPBELL y SOWDEN (eds.), *Paradoxes of Rationality and Cooperation*.



No obstante, si eliminamos la coerción externa, las cosas se ven algo distintas. Ahora la cuestión consiste en determinar qué podría llevar a agentes libres de coerción a que cooperen y se centren en la solución que es mejor para todos —si es que hay algo que pueda hacerlo—. Si, siguiendo a AXELROD en ciertos aspectos y a SCHELLING en otros<sup>29</sup>, consideramos que la prominencia o la facilidad para ser reconocidas es una condición necesaria para la evolución de las soluciones cooperativas al dilema del prisionero y otras paradojas afines del comportamiento colectivo, entonces es precisamente la dimensión simplificadora de las reglas la que suministra la prominencia y simplicidad necesarias.

Éste no es, sin embargo, un papel que las reglas cumplan exclusivamente en el contexto de problemas del tipo del dilema del prisionero, que se definen en términos de agentes egoístas que procuran maximizar su propio bienestar. De hecho, si en lugar de ello se consideran agentes dispuestos a cooperar con otros con idéntica disposición (sea para satisfacer sus propios intereses o para perseguir intereses altruistas por su valor intrínseco)<sup>30</sup>, parece todavía más evidente que la generalidad misma de las reglas resulta fundamental. Si se contemplan en primer lugar los problemas de coordinación y convención en sentido estricto, en los que la convención se desarrolla a partir de los agentes que actúan coordinadamente en lugar de serles impuesta<sup>31</sup>, puede verse que ellos reconocen la prominencia de cierta regla o plan o solución. En este punto, no hay nada especialmente relevante en la distinción entre la toma de decisiones basada en reglas y la toma de decisiones particularista, y esto podría explicar por qué gran parte de la bibliografía sobre el surgimiento de las normas tiene poco que decir —si es que dice algo— sobre las dimensiones de lo particular y lo general<sup>32</sup>.

Sin embargo, una vez que existe cierta norma, una vez que ha surgido y ha adquirido el carácter de una convención, puede ser que los agentes que advierten su utilidad se enfrenten en casos futuros con supuestos en los que la situación que se les presenta cae dentro de la norma tal como la han interpretado previamente, pero en los cuales parece mejor modificarla en lo que respecta a esa situación. Si en tales circunstancias ellos saben que otros miembros de la comu-

<sup>29</sup> Las opiniones de AXELROD se encuentran en «Effective Choice in the Prisoner's Dilemma»; «More Effective Choice in the Prisoner's Dilemma», y «The Emergence of Cooperation Among Egoists». Las contribuciones de SCHELLING pueden encontrarse en *The Strategy of Conflict* y en «Micromotives and Macrobehavior».

<sup>30</sup> Sobre la distinción aludida entre paréntesis, véase GAUTHIER, *Morals by Agreement*, y REGAN, *Utilitarianism and Cooperation*. También es relevante SLOTE, *Beyond Optimizing*.

<sup>31</sup> Siguiendo a LEWIS, *Convention*: 102, tomo a la falta de imposición externa como definitoria de «convención».

<sup>32</sup> Véase ULLMAN-MARGALIT, *The Emergence of Norms*; REGAN, *Utilitarianism and Cooperation*, y SCHELLING, *The Strategy of Conflict*.

nidad coordinada han interpretado previamente la norma del mismo modo, si saben que otros miembros se enfrentan o se enfrentarán con la misma situación que se les presenta ahora, y si sospechan, sin poder determinarlo con certeza, que esos otros miembros considerarán la misma modificación, existirá el riesgo de que esa modificación no sea hecha por los otros agentes. Esto último es el factor crucial. Cuando los agentes tienen mayor confianza en el contenido de la norma que en la probabilidad de que otros agentes la modificarán de la misma manera que ahora le parece deseable al primer agente, es precisamente esta diferencia entre confiar lo uno y lo otro lo que justifica el temor del primer agente de que esa norma, que hasta entonces ha funcionado bien, dejará de hacerlo en caso de ser modificada. Esto significa, por lo tanto, que el agente dispuesto a cooperar tendrá una razón para resistir la tentación de hacer una modificación aparentemente deseable. Y de esto resulta la conclusión de que la cooperación, cuando se la toma en serio, tenderá hacia la generalidad y hacia el atrincheramiento de reglas generales, incluso frente a las tendencias a modificarlas en el momento de su aplicación. Por lo tanto, la capacidad de las reglas del lenguaje o de las reglas de tránsito para funcionar puede, en gran medida, ser el resultado de la disposición de los participantes en el sistema de reglas, que tienden a la cooperación, a resistir la tentación de mejorar esas reglas, porque pueden no estar tan seguros de que otros agentes harán en el futuro la misma modificación como lo están de que esos otros agentes emplean ahora la regla no modificada.

Cuando las convenciones se transforman en reglas "establecidas" sigue valiendo la misma conclusión. En la medida en que esas reglas están también al servicio de propósitos de coordinación y cooperación, tales propósitos pueden ser satisfechos mejor por reglas de una mayor generalidad, porque esa mayor generalidad producirá una mayor comunión en la comprensión, que es lo que se encuentra en el corazón de la coordinación. Además, las funciones de coordinación recibirán un mejor respaldo si el proceso de incentivo es tal que se disuade a los destinatarios de las reglas de modificarlas, incluso cuando creen que sería deseable una modificación o alejamiento de ellas. Por consiguiente, tal como ocurre con los restantes argumentos en favor de las reglas, éste no está libre de costos, ya que cada decisión de no modificar o no alejarse de lo que prescriben las reglas constituye un costo si la modificación o alejamiento podrían haber producido un resultado mejor. Pero esto no hace más que repetir una conclusión previa y obvia: que la coordinación y la cooperación toman a la acción colectiva como un bien independiente (instrumental o último), y que procurar ese bien puede implicar algún sacrificio de otros. Esto también es una forma de distribución del poder, al reconocer que los agentes que participan en empresas cooperativas deben estar dispuestos (o ser forzados) a resignar cierta cuota de poder propio para asignársela al bien colectivo.

## CAPÍTULO VIII

### LAS REGLAS Y EL DERECHO

#### 1. LAS REGLAS Y EL “IMPERIO DE LA LEY”

¿Existe conexión entre la toma de decisiones basada en reglas y la toma de decisiones dentro de esa institución a la que convencionalmente nos referimos con la expresión “derecho”? ¿Qué lugar ocupan las reglas dentro de un “sistema jurídico”? Para mucha gente estas preguntas se responden por sí solas. El derecho *consiste* precisamente en decidir de acuerdo con reglas, porque para quienes así piensan las reglas son aquello que distingue al derecho tanto del ejercicio desnudo del poder como de la práctica no intermediada de la política<sup>1</sup>. Para sostener esta conclusión, quienes asimilan decidir de acuerdo con el derecho a decidir de acuerdo con reglas pueden acudir a los usos lingüísticos ordinarios y a expresiones como la locución inglesa *the rule of law*. ¿Qué significaría *rule of law* —podría sostenerse— sino el imperio de las reglas? \*

Este uso de la expresión inglesa *the rule of law*, no obstante, se vale de una ambigüedad en el significado de la palabra *rule*. En el

---

<sup>1</sup> Un buen ejemplo lo constituye el voto en disidencia del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica Antonin Scalia en *Morrison v. Olson*, 108 S. Ct. 2597 (1988): «Un gobierno de derecho significa un gobierno de reglas. La decisión de hoy sobre la cuestión básica de la fragmentación del poder ejecutivo no se halla regida por reglas y, en consecuencia, no se halla regida por el derecho».

\* Tal como lo señala el autor a continuación, la expresión *rule of law*, cuya traducción más adecuada en español es “Estado de derecho” o “imperio de la ley”, permite que argumentos como el considerado en el texto se aprovechen de la ambigüedad en el significado de la expresión *rule*. Hemos tenido que adaptar en parte lo que se expresa en el original debido a la inexistencia de una ambigüedad semejante en español (N. del T.).

sentido en el que se expresa en inglés que las autoridades (*rulers*) gobiernan (*rule*) a sus súbditos, el uso de la expresión *rule* tiene su afinidad más próxima con “reinar” o “controlar”, y posee sólo una muy remota relación con una forma de toma de decisiones que se caracteriza ya sea por la generalidad o por el atrincheramiento de las generalizaciones. Por lo tanto, la expresión *the rule of law* podría referirse, de acuerdo con el uso ordinario, a cualquier sistema en el que la práctica prevaleciente esté dada por una autoridad organizada y no por el ejercicio de la fuerza física en bruto. Y si la frase inglesa *the rule of law* sólo designa un sistema de autoridad organizada, entonces bajo esta denominación podrían existir sistemas que empleen, no obstante, métodos de toma de decisiones que no se basan sustancialmente en reglas. Esto no significa formular una tesis empírica sobre los sistemas jurídicos existentes ni tampoco una tesis normativa sobre lo deseable que resultaría para el derecho una u otra forma de toma de decisiones. Sólo significa decir que no se llega muy lejos en el análisis de esas cuestiones examinando los usos lingüísticos o incluso las prácticas históricas que esos usos puedan reflejar, porque emplear la expresión *the rule of law* resulta cuanto menos compatible lingüísticamente con que el derecho no sea una cuestión de reglas<sup>2</sup>.

Pero ¿hay algo más en esa concepción que cierta legitimidad lingüística? ¿Puede darse algún sentido plausible a la idea de un sistema jurídico sin reglas? ¿Puede haber derecho sin decisiones de acuerdo con reglas de suficiente generalidad como para que el poder del Estado no se desenvuelva, y las disputas entre los ciudadanos no se resuelvan, más que sobre bases estrictamente *ad hoc*?<sup>3</sup> Desde cierto punto de vista, la respuesta a esta pregunta es “no”, pero desde otro enfoque existe considerable lugar para la idea de un derecho sin reglas. Cuál de estas respuestas sea la correcta depende del tipo de reglas de las que nos ocupemos y, por lo tanto, depende de la distinción entre reglas imperativas y reglas de otro tipo bastante diferente.

Si bien antes distinguí entre reglas que prohíben conductas y reglas que las exigen, ambos tipos resultan similares porque vuelven no optativa a la conducta considerada. Las *permisiones*, no obstante, vuelven optativa a la conducta y difieren, en consecuencia, tanto de las prohibiciones como de las exigencias. Aun así, también puede subdividirse

<sup>2</sup> Sobre la falta de necesidad conceptual o histórica de que el derecho opere de conformidad con reglas generales, véase WINSTON, «On Treating Like Cases Alike», *passim*.

<sup>3</sup> En *The Morality of Law*, FULLER subraya a la generalidad como un rasgo esencialmente definitorio del derecho, pero en «Positivism and Fidelity to Law» ofrece una descripción de las reglas (incluyendo el ejemplo del monumento del tanque) que se encuentra substancialmente enfrentada con la que he venido desarrollando aquí. Esto parece representar una inconsistencia en el pensamiento de FULLER, pues no parece dispuesto a aplicar la descripción de las reglas que considera deberían existir dentro de un sistema jurídico a las reglas que a su criterio definen a un sistema jurídico.

fructíferamente a la clase de las permisiones. Comúnmente las permisiones autorizan una conducta que podría haber preexistido, y de hecho preexistió, a la permisión. Cuando una regla permite a un agente hacer  $\phi$ , se refiere a una situación en la cual hacer  $\phi$  era conceptualmente posible antes de conceder la permisión. Comprendemos perfectamente la idea de cruzar el puente de Brooklyn a pie aun sin tener idea acerca de si tal actividad está o no permitida.

En contraste con este tipo de permisión, otro tipo de permisión es en parte permisiva y en parte constitutiva (véase *supra*, capítulo 1, punto 3), de modo que simultáneamente crea una *potestad* y concede una permisión explícita para su uso. Este tipo de reglas potestativas (o que confieren potestades) ha sido recientemente analizado por HART<sup>4</sup>, RAZ<sup>5</sup> y KELSEN<sup>6</sup>, entre otros, pero el enfoque que ofrezco aquí no pretende ser una exégesis. Así como difieren entre sí los enfoques anteriores de las reglas que confieren potestades, así también difiere el mío de cualquiera de ellos, aunque mi deuda para con todos ellos es manifiesta. Pero dado que mi enfoque se aleja de los restantes tanto en detalle como en énfasis, denominaré *jurisdiccionales* a las reglas de las que voy a hablar.

Las reglas que identifiqué como jurisdiccionales deben su existencia a la distinción entre la creación de jurisdicción y la sustancia de su ejercicio. Las reglas jurisdiccionales conceden típicamente a cierto agente o institución la potestad para tomar decisiones con respecto a una determinada categoría de acontecimientos. Por lo tanto, una regla que confiere potestad a un cierto tribunal para resolver disputas sobre tenencia de menores entre residentes de una determinada área geográfica, o una regla que otorga potestad a un árbitro para decidir cualquier discusión en un acontecimiento deportivo son reglas jurisdiccionales arquetípicas. Y esas reglas son interesantes e importantes porque la jurisdicción que conceden es en gran medida independiente del grado de control sustantivo en el ejercicio de esa jurisdicción. Esto puede verse con mayor claridad si se consideran reglas jurisdiccionales desnudas, las cuales crean jurisdicción pero, en esencia, no imponen ninguna exigencia regulativa sustantiva sobre su ejercicio. A ciertos tribunales, por ejemplo, se les puede otorgar la potestad de decidir todas las disputas sobre tenencia que involucren a padres que residan en Nueva Jersey, pero autorizándolos simplemente a tomar la mejor decisión considerando todos los factores relevantes con relación a cada una de esas disputas.

<sup>4</sup> HART, *The Concept of Law*: 26-48, 77-79, 238-240; *id.*, «Bentham on Legal Powers», *passim*.

<sup>5</sup> RAZ, *Practical Reasons and Norms*: 97-106; *id.*, *The Concept of a Legal System*, *passim*; *id.*, «Normative Powers and Voluntary Obligations», *passim*.

<sup>6</sup> KELSEN, *The Pure Theory of Law*: 145-163; *id.*, *Allgemeine Theorie der Normen*, *passim*. He aprovechado mucho el análisis que sobre KELSEN realizara PAULSON en «An Empowerment Theory of Legal Norms», *passim*.

Al advertir la posible existencia de reglas jurisdiccionales desnudas, es posible contemplar desde una óptica diferente la relación entre las reglas y los sistemas jurídicos, pues muchas veces cuando imaginamos que no podría haber un sistema jurídico sin reglas, no estamos pensando tanto en reglas imperativas como en reglas jurisdiccionales. Es difícil concebir un sistema jurídico sin reglas jurisdiccionales, dado que de lo contrario nada podría haber instaurado el *sistema* desde un principio. Incluso la descripción que ofrece WEBER de una justicia del cadí totalmente *ad hoc* necesita reglas jurisdiccionales, puesto que algo debe determinar que es el hombre bajo el árbol y no otro quien tiene la función de dispensar justicia. Todo esto parece obvio, de modo que podemos aceptar que cualquier sistema jurídico necesita reglas jurisdiccionales para crear y organizar instituciones de toma de decisiones. No obstante, un sistema constituido y estructurado por un conjunto de reglas jurisdiccionales podría de todos modos imponer muy poca exigencia sustantiva sobre las decisiones que se espera que alcancen sus decisores. Los oficiales de policía pueden tener jurisdicción para mantener la paz en ciertas áreas específicas, pero no tener limitaciones adicionales respecto del modo en el cual deben hacerlo, y los jueces pueden tener jurisdicción para resolver disputas de una cierta clase, pero nuevamente sin que se les especifique cómo deben resolver esas disputas. En éstos, así como en otros casos, los funcionarios tendrían un imperativo salomónico, y las reglas sólo existirían para determinar quién tiene autoridad para hacer qué, pero no para determinar en esencia cómo hacerlo<sup>7</sup>.

Incluso un sistema cuyas reglas fueran exclusivamente jurisdiccionales, sin embargo, podría todavía presentar problemas con respecto al carácter de esas reglas. Específicamente, incluso las reglas jurisdiccionales están sujetas a la distinción entre reglas imperativas y de experiencia que ha dominado gran parte de este libro. Cualquier concesión

---

<sup>7</sup> La posibilidad que planteo se vale de la distinción de KELSEN entre autorización formal y material. Mi idea de jurisdicción sin exigencia sustantiva sigue la idea de KELSEN de autorización formal, y mi idea contrastante de una regla imperativa o regulativa sustancialmente constrictiva es bastante similar a la idea de KELSEN de autorización material. Véase KELSEN, *Pure Theory of Law*: 193-278, y PAULSON, «Material and Formal Authorization in Kelsen's Pure Theory», *passim*.

Si se la fuerza demasiado, la distinción entre la exigencia jurisdiccional y la sustantiva se desvanece. Cualquier regla imperativa que impone una exigencia sustantiva podría ser reformulada en forma jurisdiccional, puesto que no existe una diferencia lógica o gramatical entre autorizar a un tribunal a decidir todas las controversias en las que la suma en cuestión sea mayor de diez mil dólares y autorizar a un tribunal a otorgar una reparación económica toda vez que encuentre que una persona ha calumniado a otra. De todos modos, existe un modo en el que la última regla incorpora de forma expresa una regla jurisdiccional, pero en el que una regla más puramente jurisdiccional como la primera puede sostenerse por sí misma sin la clase de guía sustantiva que se observa en la última. Sin pretender, por lo tanto, que exista una división lógica entre los dos tipos, prefiero de todos modos confiar en una diferencia de grado que se refleja en el entendimiento común y jurídico.

de jurisdicción está basada en alguna justificación subyacente, en alguna razón para la creación de esa jurisdicción y, por lo tanto, siempre existirá la posibilidad de que una regla jurisdiccional se revele como sub o sobreincluyente con relación a la justificación que la genera. Cuando se presenta un caso en el que la concesión (o denegación) de jurisdicción para tomar decisiones parece absurda o reñida con la justificación para crear esa jurisdicción, el decisor debe enfrentarse a una elección ahora familiar: ¿debe contraerse (o expandirse) la jurisdicción en tales circunstancias, o la concesión explícita de jurisdicción prevalecerá incluso cuando parezca mejor, desde el punto de vista de la justificación de la regla de jurisdicción, que la regla no prevalezca? Supóngase que una regla jurisdiccional, basada en la justificación de reconocer especial pericia en cuestiones marítimas, confiere potestad a un tribunal de expertos en tales cuestiones para decidir todas las controversias que surjan de acontecimientos que ocurran en "aguas abiertas". Aun así, si un esquiador acuático lesionado demandase al fabricante de los esquís acuáticos defectuosos, la regla parecería conferir jurisdicción al tribunal marítimo pese a que la justificación que subyace a la creación de jurisdicción parecería indicar lo contrario. La resolución de esta cuestión jurisdiccional traería aparejadas exactamente las mismas cuestiones que se presentan cuando esos conflictos surgen respecto de reglas imperativas.

En consecuencia, las preguntas que han de formularse acerca del carácter de las reglas jurisdiccionales son bastante similares a las que versan sobre el carácter de las reglas regulativas. ¿Se tratará a la instanciación como si fuese al menos parcialmente autónoma de la justificación que la genera? ¿O se tratará a las instanciaciones jurisdiccionales como análogas a las reglas de experiencia, útiles como guías preliminares pero que no excluyen la jurisdicción cuando las justificaciones subyacentes o reglas de orden superior indican su conveniencia? Cuando se escoge esta última alternativa (lo cual es raro en la mayoría de los sistemas jurídicos), las reglas jurisdiccionales resultan transparentes respecto de concepciones más fluidas acerca de quién debería decidir qué. Y cuando prevalece el primer carácter de las reglas jurisdiccionales, habrá ciertas instancias en las que no se ejercerá jurisdicción a pesar del hecho de que las justificaciones subyacentes indiquen que debería ejercerse. Esta aproximación más basada en reglas acerca de la concesión de jurisdicción parece ser la alternativa más corrientemente escogida. En ella, las reglas jurisdiccionales ocasionalmente excluyen la jurisdicción cuando la justificación que subyace a esas reglas lo permitiría, y ocasionalmente exigen jurisdicción cuando la justificación subyacente lo prohibiría<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Mi idea de que los tribunales parecen tener una concepción basada en reglas de las reglas jurisdiccionales se sustenta en casos tales como *United States v. Locke*, 471 US 84 (1985).

Así, la distinción entre reglas imperativas y reglas de experiencia se entrecruza con la distinción entre reglas jurisdiccionales y reglas regulativas sustantivas. De todos modos, concentrarse en la distinción entre reglas que crean jurisdicción y reglas que señalan resultados dentro de esa jurisdicción nos permite contrastar de manera provechosa entornos de toma de decisiones en los que los decisores operan con relativa libertad dentro de una jurisdicción establecida por reglas, con aquellos en los que los decisores se ven constreñidos, no sólo respecto del tipo de cuestiones que deciden, sino también respecto de los factores que pueden tomar en cuenta al tomar esa decisión. En consecuencia, la distinción entre reglas jurisdiccionales desnudas y alternativas más exigentes en el plano sustantivo se ilustra con la distinción entre: *a*) una regla que concede a un juez jurisdicción para decidir a cuál de los dos esposos separados ha de asignársele la tenencia de su hijo, pero que exige sólo que el juez tome la mejor decisión considerando todas las circunstancias relevantes; *b*) una regla que concede la misma jurisdicción, e instruye al juez a otorgar la tenencia al esposo que tenga mayores recursos financieros, y *c*) una regla que concede jurisdicción para otorgar la tenencia a la madre en todos los casos. Todas estas reglas son equivalentes en lo que respecta a la jurisdicción, en el sentido de que quedan comprendidas en ella las mismas controversias entre los mismos individuos en cada caso, pero difieren mucho en el grado en el cual el contenido de las decisiones dentro de esa jurisdicción resulta determinado por reglas regulativas sustantivas.

No hay duda de que se necesita de un amplio espectro de reglas jurisdiccionales y de reglas que confieren potestades de otras clases para crear un sistema jurídico y, en consecuencia, no hay razón para objetar la conclusión de HART de que un *sistema* jurídico nace de la unión de reglas primarias que regulan la conducta con reglas secundarias que gobiernan el reconocimiento, cambio y adjudicación de las reglas primarias<sup>9</sup>. Pero el significado de la distinción entre reglas jurisdiccionales y reglas regulativas sustantivas es que los sistemas jurídicos podrían existir en el sentido hartiano y, no obstante, estar compuestos de reglas jurisdiccionales desnudas, con poco contenido regulativo sustantivo. Y una vez que reconocemos que un sistema semejante es posible y que puede plausiblemente ser considerado como jurídico, podemos entonces concentrarnos en la cuestión empírica del grado

---

en el cual el juez Thurgood Marshall, habitualmente más proclive que otros jueces a elegir aproximaciones menos atadas a las reglas en la toma de decisiones, aplicó rígidamente el lenguaje de un prerequisite jurisdiccional (archivo requerido "antes del 31 de diciembre") aun cuando resultaba manifiesto que se había cometido un error al proyectar la legislación.

Las reglas jurisdiccionales presentan, no obstante, un contraste ente la sub y la sobreinclusión incluso mayor que el que se da en otro tipo de reglas, pues no parece que solucionar el problema de la sobreinclusión denegando jurisdicción constituya una aserción de potestad injustificada en igual grado que solucionar el problema de la subinclusión reclamando jurisdicción.

<sup>9</sup> HART, *The Concept of Law*: 77-96.



de exigencia regulativa sustantiva dentro de los sistemas jurídicos existentes, y la cuestión normativa de la conveniencia de modelos de toma de decisiones con mayor o menor regulación sustantiva dentro de un sistema jurídico.

Cuando los componentes de un sistema jurídico se encuentran desprovistos en una medida importante de reglas que imponen una gran exigencia regulativa sustantiva sobre los decisores dentro del sistema, decimos que los decisores ejercitan "discrecionalidad", esto es, se encuentran limitados en lo que hace a dónde pueden operar, pero esencialmente libres en lo que respecta a lo que pueden hacer una vez allí. Sin embargo, el grado de discrecionalidad es una variable, y el vehículo a través del cual un entorno de toma de decisiones determina cuánta discrecionalidad tendrán sus decisores está dado usualmente por el tipo de reglas que se emplean<sup>10</sup>. ¿Se les dirá a los jueces o a otros funcionarios jurídicos que tomen decisiones precisamente de *esta* manera, o a través de términos tales como "razonable" o "apropiado" se los liberará en el plano sustantivo para decidir por ellos mismos qué es lo importante en el caso particular bajo análisis? E incluso, cuando se les da a los jueces y a otros funcionarios jurídicos prescripciones más estrechas y específicas con las cuales trabajar, el grado en el cual se instruya o compela a esos funcionarios a tratar esas prescripciones como reglas imperativas opacas más que como reglas de experiencia transparentes reflejará el grado en cual el sistema ha optado por restringir la discrecionalidad de sus decisores.

Es muy poco lo que puede decirse fuera de un cierto contexto particular sobre el nivel conveniente de exigencia regulativa sustantiva sobre los decisores en cualquier sistema jurídico, o sobre si una relativa falta de exigencia, si es que se la considera conveniente, debería implementarse mediante el uso de expresiones indeterminadas como "razonable" o, en su lugar, por normas de segundo grado que permitan tratar a otras más determinadas como transparentes respecto de su justificación subyacente<sup>11</sup>. No obstante, ahora que hemos visto que las reglas sirven primordialmente como vehículos para la distribución del poder, es posible apreciar que el grado en el que los decisores adoptan (o son compelidos a adoptar) modelos de toma de decisiones basados en reglas parece materializar juicios sociales acerca de la distribución de jurisdicción. Las reglas, incluyendo a las reglas jurídicas,

<sup>10</sup> Ordinariamente esa discrecionalidad será concedida o limitada por la indeterminación de las reglas dentro del sistema. Véase GOTTLEB, *The Logic of Choice*: 91-110; CURTIS, «A Better Theory of Legal Interpretation», *passim*; PECZENIK y WRÓBLEWSKI, «Fuzziness and Transformation», y SCHAUER, «Authority and Indeterminacy»: 31-37.

<sup>11</sup> Adviértase que, a pesar de que puede disminuirse la exigencia por intermedio de uno u otro mecanismo, sólo puede imponérsela por medio de una conjunción de reglas determinadas (al menos hasta cierto punto) y (cierta) falta de transparencia. Una regla determinada totalmente transparente a sus justificaciones subyacentes no es más determinada que esas justificaciones.

distribuyen autoridad para tomar decisiones entre diversos individuos e instituciones, reflejando las decisiones de la sociedad sobre quién ha de decidir qué, en quién debe confiarse y en quién no, a quién se le debe otorgar poder y a quién no, las decisiones de quién deben revisarse y cuáles han de ser definitivas, y quién debe dar órdenes y quién debe recibirlas.

Dado que las reglas distribuyen poder a través del tiempo, atrincherando las categorías y generalizaciones del pasado y, en consecuencia, disipando el poder del presente (o atrincherando las categorías y generalizaciones del hoy contra las presiones del mañana), el grado de su uso también refleja el grado de conservadurismo en la toma de decisiones dentro del sistema. En la medida en que los sistemas jurídicos adoptan la toma de decisiones basada en reglas, sirven como instituciones para preservar el pasado más que como vehículos para alejarse de él. Como se mostró en el capítulo 5, punto 5, las reglas nunca pueden permitir una decisión que de otro modo no podría haber sido tomada, pero pueden bloquear decisiones óptimas que de otro modo serían elegibles. Puede ser que estos procedimientos de toma de decisiones lógicamente subóptimos sean en la realidad óptimos, pero aun así ese carácter óptimo será lo óptimo de un pasado atrincherado. Atrincherar el pasado puede suministrar el punto de apoyo desde el cual los agentes políticos podrán hacer hoy lo que de otro modo sería política o psicológicamente imposible, pero cuando las circunstancias exijan alejamiento más que deferencia respecto del pasado, un mecanismo de toma de decisiones que opera basado en reglas se verá obstruido en lugar de habilitado.

En consecuencia, en la medida en que los sistemas jurídicos adoptan la toma de decisiones basada en reglas, adoptan también los valores de consistencia intertemporal que fueron discutidos en el capítulo anterior —estabilidad por la estabilidad misma, renuencia a confiar en que los decisores se alejen demasiado drásticamente del pasado, y un conservadurismo comprometido con el punto de vista de que los cambios respecto del pasado parecen ser más para peor que para mejor—. He enfatizado en esta sección que no hay nada intrínseco en la idea de sistema jurídico que exija que éste haya de servir a tales valores. En la medida en que apunte a ellos, no obstante, la toma de decisiones basada en reglas puede constituir la forma de implementar ese objetivo, y no debería sorprender que los sistemas jurídicos más propensos a preservar lo que hoy existe sean los que más confían en las reglas.

## 2. *EL COMMON LAW*

Cuando un sistema jurídico, ya sea en todo o en parte, persigue los objetivos para los cuales sirve la toma de decisiones basada en

reglas, ordinariamente empleará y atrincherará reglas canónicamente inscritas de considerable especificidad. Aun cuando un código absolutamente completo del tipo imaginado por BENTHAM pueda ser imposible, naufragando en las limitaciones del lenguaje y en el fenómeno de la textura abierta, ciertas reglas son mucho más restrictivas que otras. Así, aunque incluso una regla atrincherada como “no se admiten perros” puede volverse indeterminada en su aplicación frente a casos de perros muertos o de perros de la pradera, una regla semejante es mucho más restrictiva que “no se permiten disturbios”. Por consiguiente, cuando se consideran importantes los valores que justifican contar con reglas, se seleccionarán y atrincherarán reglas más restrictivas (y ordinariamente más específicas), y el sistema cederá así parte de su capacidad para adaptarse a un futuro cambiante como precio por las virtudes de la toma de decisiones basada en reglas.

A menudo, sin embargo, los sistemas que profesan una preferencia por los valores de la toma de decisiones basada en reglas escogen como método para tomar decisiones, no la aplicación de reglas específicas atrincheradas y canónicamente inscritas, sino más bien el sistema que BENTHAM tanto menospreciara: el *common law*. No obstante, desde el punto de vista del análisis de las reglas, ¿qué ha de hacer con el *common law*? ¿Dónde ha de ubicarse a esta institución en el marco de nuestra distinción entre toma de decisiones basada en reglas y toma de decisiones particularista?

En la toma de decisiones del *common law*, que de ningún modo se restringe a las instituciones jurídicas de los sistemas del *common law* como el de Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra y Australia (y que no es necesariamente exhaustiva dentro de esos sistemas), no se percibe a la función judicial como si implicara primordialmente la aplicación e interpretación de textos canónicos que contienen listas de formulaciones de reglas igualmente canónicas. Los jueces del *common law* toman, en cambio, decisiones aplicando principios jurídicos contenidos en colecciones de opiniones judiciales previas, siendo cada una de esas opiniones la explicación y justificación escrita de la decisión en un caso particular. A medida que aumenta la cantidad de esas opiniones, ciertas justificaciones se repiten y ciertos principios se consolidan. El resultado de esto es el posterior desarrollo de una serie de prescripciones generales tales como “los contratos deben basarse en el libre consentimiento de las partes” y “los dueños de animales salvajes que lastimen a otros son responsables por los daños causados sin importar la culpa”. Estas prescripciones generales tienen la apariencia de reglas, y en cualquier sistema de *common law* bien desarrollado los abogados tendrán la habilidad de referirse a reglas, las opiniones de los jueces citarán reglas y los tratados compilarán reglas, pese a que no será posible identificar un conjunto de reglas canónicas y dotadas de autoridad referidas a los contratos, del modo en el que

es posible identificar el código impositivo o las reglas del ajedrez. En consecuencia, con el tiempo parecerá que existen “reglas” sobre responsabilidad, contratos, propiedad, etc., aunque el conjunto de tales reglas no exista en ninguna parte en forma canónica y codificada. Es más, esas reglas no parecen ser simples descripciones de regularidades que han emergido de decisiones particularistas anteriores. Se las considera prescriptivas, y se entiende que los jueces del *common law* están obligados por ellas.

No hay nada en esta descripción que resulte, no obstante, incompatible con la idea de regla, pues muchas veces las reglas —de las que resultan ejemplos corrientes las reglas del lenguaje y las reglas de etiqueta— surgen sin que haya existido una formulación canónica originaria. Sin embargo, una característica distintiva del *common law*, más allá del hecho de que sus reglas son creadas por los jueces y no por los legisladores, es el carácter que poseen sus reglas cuando se las confronta con los hechos de un caso particular. Es propio del *common law* que las reglas que se consideran existentes con carácter previo a cierto caso, y que deberían ser conocidas por los abogados con carácter previo al caso, están sujetas a ser modificadas cuando las características del caso lo exigen. Esto es, cuando el juez entiende que sería tonto, o incompatible con una sana política, o inconsistente con la justificación que la sustenta, aplicar lo que previamente consideró que era la regla aplicable, tiene abierta la posibilidad de modificarla en el momento de su aplicación. El proceso del *common law* se caracteriza por la susceptibilidad al cambio de sus reglas en el curso de su aplicación, un fenómeno que se encuentra manifiestamente en conflicto con la concepción de las reglas que he ofrecido en los capítulos anteriores<sup>12</sup>.

Muchos de los hitos más memorables entre las decisiones del *common law* ponen de manifiesto esta característica de tratar a las reglas como maleables en el momento de su aplicación. Las reglas que regulaban la responsabilidad por productos defectuosos en Nueva York en 1916 eran tales que cualquier abogado habría podido decir que la responsabilidad sólo se imponía sobre quienes habían *vendido* el producto. El fabricante, al no haber participado en la transacción con el consumidor final, no era responsable, incluso si el consumidor hubiese sufrido perjuicios por un producto defectuosamente fabricado. Sin

<sup>12</sup> Este conflicto se explica de manera esclarecedora en SIMPSON, «The Common Law and Legal Theory», *passim*. Las conclusiones de BENTHAM eran similares en *A Comment on the Commentaries* y *Of Laws in General*, pero mientras BENTHAM fue llevado por tales conclusiones a exhortar el completo rechazo del método del *common law*, SIMPSON nos pide en cambio ver al *common law* como una práctica, una práctica cuyas instituciones, costumbres, fuentes y participantes suministran un grado de estabilidad que no suministran las así llamadas “reglas” del *common law*. Exploro estos temas en mayor profundidad en SCHAUER «Is the Common Law Law?».

embargo, en *MacPherson v. Buick Motor Co.*<sup>13</sup>, el juez Benjamín Cardozo de la Corte de Apelaciones de Nueva York dictaminó que los fabricantes, aun sin haber sido parte en la operación, podían pese a ello ser responsables frente a los consumidores. De manera similar, generalmente se entendía que la regulación de los contratos en Nueva Jersey en 1960 establecía que la renuncia del consumidor a una garantía que de lo contrario habría resultado aplicable era válida a menos que la renuncia hubiese sido inducida fraudulentamente. Sin embargo, ese año, en *Henningsen Bloomfield Motors Inc.*<sup>14</sup>, la Corte Suprema de Nueva Jersey dictaminó que esas renunciaciones eran nulas, incluso en ausencia de fraude, cuando fueran excesivas y la naturaleza del rubro no suministrase una genuina oportunidad para que el consumidor pudiera negociar cláusulas distintas en el contrato.

La clave para entender *MacPherson*, *Henningsen* y un importante número de otras decisiones igualmente famosas reside en el hecho de que no se trató de casos en los que no hubiese ninguna regla en el momento de la decisión, ni tampoco se trató de casos en los que una regla posiblemente aplicable fuese vaga o de alguna otra forma indeterminada. Por el contrario, al tiempo en el que los jueces debieron decidir estos casos, los abogados de las respectivas jurisdicciones podrían haber identificado reglas que parecían aplicables a sus supuestos fácticos. Nos equivocáramos si concibiésemos a estos casos como situaciones no previstas por el derecho preexistente, o como subsumibles en lagunas del derecho preexistente, o como si sólo constituyeran casos de penumbra de las reglas existentes. Desde el punto de vista de la imagen que se tenía entonces acerca de las reglas existentes, no se trataba de casos difíciles sino de casos fáciles. En estos casos, así como en un sinnúmero de otros semejantes, los hechos se encontraban comprendidos antes de la decisión en lo que al menos *parecía* ser una regla. Pese a ello, no obstante, las circunstancias del caso particular, o bien la percepción por parte del juez de un cambio en el panorama empírico o normativo, lo llevó a decidir esos casos de una manera distinta de la indicada claramente por una regla preexistente. Por consiguiente, decisiones como éstas, que a veces sólo pretenden estar aplicando reglas existentes, de hecho cambian esas reglas en el mismo proceso de su aplicación.

La característica falta de canonicidad del *common law* hace mucho más fácil cambiar las reglas cuando se las aplica. A pesar de que los abogados y los jueces pueden describir un buen número de reglas del *common law*, y aunque tanto las opiniones judiciales como los tratados pueden transcribirlas en letras de molde, las reglas no tienen una formulación única dotada de autoridad y, consecuentemente, el proceso

<sup>13</sup> 217 NY 382, 111 NE 1050 (1916).

<sup>14</sup> NJ 358, 161 A. 2d 69 (1960).

de aplicarlas no implica una interpretación del *texto* de la regla. Pero si bien esto explica por qué resulta relativamente fácil modificar e incluso descartar las reglas del *common law* en el proceso de aplicación, deja sin responder la pregunta más general acerca de si las reglas del *common law* pueden ser consideradas reglas después de todo. Hay cosas a las que sin duda el *common law* denomina “reglas”, pero si siempre se encuentran sujetas a modificación cuando las circunstancias de cierto caso parecen indicar la conveniencia de un cambio, entonces el sustento normativo no lo suministra la presunta regla, sino más bien aquellos factores que se empleen para determinar si ella debe modificarse o aplicarse tal como fuera interpretada previamente.

Si lo que parece ser una regla puede así modificarse cuando lo que ella indica resulta inconsistente con una sana política o con su propósito subyacente, entonces —como hemos visto— la propia regla no proporciona ninguna restricción. Si esto es así, y así es como BENTHAM y otros han entendido el funcionamiento del *common law*, entonces parece que las reglas del *common law* son descriptivas en lugar de prescriptivas, y funcionan meramente como guías temporarias. Esta interpretación del carácter de las reglas del *common law* se correspondería con el hecho de que, cuando un tribunal refina o incluso cambia una regla del *common law* en el proceso de aplicarla, la sociedad en la que ese tribunal opera no considera que haya hecho algo ilegítimo (aunque pueda pensar que hizo algo *equivocado*). Las normas de práctica y de conducta que obligan al juez del *common law* no prohíben por extra-jurisdiccional esta actividad aparentemente no sujeta a reglas, aunque esta actividad trata a un ejemplar de regla jurídica como si fuese un sumario descriptivo de decisiones previas más que como una guía prescriptiva para decisiones futuras. De hecho, los jueces del *common law* que han recibido mayores loas, al menos de la historia, son quienes, como Cardozo, entendían que las reglas preexistentes parecían actuar más como una oportunidad para el cambio que como una restricción en su contra. Parece entonces primordial para el *common law* que las formulaciones de sus reglas, ya sea en un tratado, en el discurso de los abogados o incluso en un caso, se traten como contingentes y no canónicas.

Por lo tanto, para entender el *common law* no debemos concentrarnos en el modo en el cual permite colmar lagunas, solucionar casos difíciles, o crear derecho cuando ninguna regla parece regular el caso, dado que esas actividades tienen una importancia periférica. Lo que es primordial en el *common law* es que sólo en un sentido muy peculiar puede considerarse regla a aquello que previamente se pensó que lo era, porque ella se aplicará a casos futuros si, y sólo si, esa aplicación es consistente con el espectro completo de directrices y principios que, en un sistema de reglas más complejo, ocupan el mismo lugar que

ocupaban las justificaciones en muchos de nuestros ejemplos simples previos<sup>15</sup>. El *common law* parece constituir, en consecuencia, una forma de tomar decisiones de acuerdo con justificaciones en lugar de una forma de tomar decisiones de acuerdo con reglas. Es rico en reglas de experiencia, pero elude el uso de reglas en un sentido fuerte y restrictivo<sup>16</sup>. A diferencia de la toma de decisiones basada en reglas, el *common law* no contempla a las respuestas incorrectas como el inevitable precio a pagar por generalizaciones invariablemente poco precisas. Más bien trata a todas las generalizaciones como contingentes y perfectibles (FULLER hablaba del *common law* como "constructor de su propia pureza"), y los resultados erróneos representan defectos en el sistema más que resultados inevitables de reglas sub y sobreincluyentes. Las reglas del *common law* idealmente no son ni sub ni sobreincluyentes, dado que las zonas de posible sub y sobreinclusión de conformidad con cierta formulación que tiene sólo el carácter de regla de experiencia pueden solucionarse precisamente en el momento de la aplicación.

Incluso si el carácter revisable de las reglas del *common law* no tuviese más restricciones que las que acabo de describir, esa falta de restricciones no indicaría que el sistema deba ser condenado. Pese a ello, no se trataría de un sistema en el que las funciones asociadas con la toma de decisiones basada en reglas pudiesen cumplimentarse adecuadamente. Por el contrario, el *common law* sería un sistema en el que se estima que las ventajas de una precisa aplicación de las justificaciones subyacentes superan las desventajas de una aplicación necesariamente más cruda de las reglas. Y el *common law*, tal como existe actualmente, no sólo parece dispuesto a sacrificar en el altar de la perfección objetivos tales como la posibilidad de predecir resultados y la eficiencia, sino que también parece dispuesto, para disgusto de BENTHAM, a confiar considerable autoridad decisoria a los jueces. Un enfoque más crudo basado en reglas sería aquel en el que la potestad de los jueces para establecer justificaciones se encontraría más limitada, en el que la gente podría planear sus asuntos basándose en una guía fácilmente accesible e invariable de cómo serán tratados esos planes

---

<sup>15</sup> Véase EISENBERG, *The Nature of the Common Law*. Mi referencia a "directrices y principios" está parcialmente de acuerdo con la paralela distinción de DWORKIN (*Taking Rights Seriously*: 22-28, 90-100). Estoy de acuerdo con la esencia de la distinción (o al menos con que se ajusta a la ética no consecuencialista de DWORKIN), pero no estoy de acuerdo con la tesis descriptiva de DWORKIN de que los jueces del *common law* usan generalmente sólo principios y no directrices como fuentes a partir de las cuales decidir si se debe cambiar una regla jurídica existente y, en todo caso, cuándo. No emitiré aquí ninguna opinión sobre si DWORKIN está en lo correcto al sostener que los jueces *deben* limitarse al dominio de los principios y dejar las determinaciones de las directrices en manos de instituciones popularmente responsables como las legislaturas electas.

<sup>16</sup> Las reglas del *common law* se aproximan bastante a la concepción sumaria de reglas de RAWLS en «Two Concepts of Rules», las que surgen como sumarios de decisiones particularistas previas y no suministran razones para la decisión en tanto reglas para casos futuros.

por el derecho, en el que el contenido del derecho sería más estable y en el que el uso de los recursos para la toma de decisiones sería más eficiente<sup>17</sup>. Atenuando la toma de decisiones basada en reglas, el *common law* atribuye potestades a sus jueces, pues trata como menos peligrosos a los riesgos consiguientes de esa investidura de poder que a los que resultan de la aplicación de reglas canónicas más crudas a circunstancias que sus creadores podrían no haber imaginado y que producen resultados que la sociedad puede no estar dispuesta a tolerar.

Esta concepción caricaturizada del *common law* no está destinada a describir con precisión el proceso de toma de decisiones de los sistemas existentes del *common law*. Está destinada, no obstante, a demostrar cómo las aspiraciones del *common law* se alejan de las reglas, y cómo una ganancia precisamente en lo que distingue al *common law* es comparativamente una pérdida en lo que hace valiosa a la toma de decisiones basada en reglas. En diferentes épocas, los sistemas que han recibido la denominación *common law* han estado más cerca o más lejos del modelo puro de *common law* que he intentado bosquejar. Tal como ha destacado una interesante bibliografía histórica<sup>18</sup>, por ejemplo, el *common law* ha operado con frecuencia con un estilo menos instrumental y más formal, tratando a la interpretación ordinaria existente de una regla como si fuese al menos *presuntamente* aplicable justamente en virtud de su existencia. En casos semejantes, esas interpretaciones ordinarias, que se formulan como sumarios de un conjunto de decisiones anteriores, poseen peso normativo aun cuando no satisfagan sus justificaciones subyacentes, y aun cuando deban ser mejoradas marginalmente, modificándose en el proceso de aplicación. En la práctica, por lo tanto, las reglas del *common law* se cristalizan con el correr del tiempo y operan como reglas precisamente en el sentido en el que he usado ese término en este libro. Las interpretaciones previas de las reglas se tornan formuladas tanto en los casos de aplicación como en la bibliografía profesional, esas formulaciones (o variaciones menores de ellas) se vuelven atrincheradas y, por consiguiente, el significado de esas formulaciones, y no una aplicación sensible al caso de las justificaciones que subyacen a ellas, determina o al menos incide en la decisión de los casos subsiguientes, de manera que aunque pueda parecer deseable una modificación o refinamiento de las reglas existentes, eso ya no será condición suficiente para su modificación o refinamiento.

<sup>17</sup> Me refiero aquí solamente a la concepción que previamente he utilizado de la eficiencia, entendida como un uso sobrio de recursos que puede sostenerse que resultan limitados para la toma de decisiones. No trataré la cuestión de si el resultado del *common law* es realmente eficiente en un sentido más amplio. Sobre esa cuestión, véase, por ejemplo, PRIEST, «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», y RUBBIN, «Why is the Common Law Efficient?».

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, HORWITZ, *The Transformation of American Law: 1780-1860*, y FERGUSON, «The Horwitz Thesis and Common Law Discourse in England», *passim*.



Cuando se encuentra vigente esa concepción del *common law*, sus reglas previamente articuladas se vuelven rígidas, resistentes a las modificaciones para adecuarse al caso que ha de resolverse que caracterizan al *common law*. En tales circunstancias, por lo tanto, se tomarán ciertas decisiones cuyos resultados diferirán de los que se habrían producido en ausencia de esa rigidez. En la medida en que existen casos semejantes, los sistemas se alejan del modelo puro de reglas de experiencia del *common law*. Vemos entonces en la mayoría de los sistemas reales de *common law* una disposición a aceptar, al estilo tradicional de las reglas, cierto número de resultados inferiores en casos particulares, a cambio de aquellos valores conectados con reglas que son promovidos por una concepción más fuerte de ellas de lo que la teoría tradicional del *common law* pretende adoptar. Es más, los sistemas reales del *common law* pretenden apoyarse en gran medida en los precedentes para fortalecer los valores de la estabilidad y la posibilidad de predecir resultados. Como se intentará mostrar en la sección siguiente, esto es más problemático de lo que la concepción tradicional del *common law* muchas veces está dispuesta a reconocer, pero como mínimo el lenguaje específico de las opiniones judiciales previas a menudo asume también un significado canónico, y se las trata como si ellas mismas fuesen reglas, y no como si fueran meras articulaciones de las razones para crear reglas. En la medida en que existe este fenómeno, el lenguaje de las opiniones judiciales previas hace que los sistemas reales del *common law* se basen en lo que atañe a sus métodos más en reglas de lo que mi descripción previa e incompleta parece indicar.

Aun así, pese a que el *common law* como sistema incorpora cierto número de mecanismos que atenúan las tendencias del sistema a alejarse del modelo basado en reglas, es útil pensar en el *common law* no sólo como un sistema, sino como un método. Como método está más asociado con reglas de experiencia relativa o completamente transparentes, y persigue la optimización específica al caso más que la estabilidad basada en reglas. Y, como método, el *common law* sólo contingentemente se relaciona con materias como la propiedad, los contratos o la responsabilidad, que en los países del *common law* se han desarrollado sustancialmente a través del uso de ese método. Es también un método que se emplea para desarrollar el derecho de conformidad con la autorización implícita que se desprende de términos poco precisos en las leyes y, para algunos, es incluso un método que debería influir en nuestra interpretación de las leyes en forma canónica<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Véase especialmente CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*. Una sugerencia semejante tiene el efecto de tratar a las leyes como si tuviesen en sí al menos algo de la adaptabilidad frente a las falencias internas que es característica de las reglas de experiencia. Ese enfoque, más allá de la cuestión de si es deseable, es ciertamente plausible, dado que, como hemos visto en el capítulo 6, las formulaciones específicas de reglas asumen el carácter de reglas en sentido fuerte si, y sólo si, un conjunto subyacente de interpretaciones las convierte

Como sistema y no como método, sin embargo, puede considerarse al *common law* como un entorno de toma de decisiones en el que los métodos del *common law* se hallan presentes, pero no son excluyentes. Ordinariamente el método del *common law* es atemperado en los sistemas del *common law* por reglas, pero por reglas que se presentan en una forma ligeramente diferente. Debido a la ausencia de codificación, en los sistemas del *common law* normalmente sus reglas se hallan en los casos de aplicación y en el discurso profesional, y esas reglas se atrincheran mediante interpretaciones que tienden a conferirles una fuerza presuntiva mas no concluyente. Muchas veces se considera que el mecanismo para lograr ese atrincheramiento se encuentra en la idea de los precedentes, y es a esto a lo que ahora me abocaré.

### 3. EL PROBLEMA DE LOS PRECEDENTES

Debido a que el *common law*, incluso en sus formas mas atenuadas, no se funda en la interpretación de textos canónicos, su carácter basado en reglas debe buscarse en otra parte. Aunque las reglas descriptivas dotadas de autoridad en el discurso profesional pueden adoptar un carácter prescriptivo, resulta más corriente que las restricciones basadas en reglas dentro del *common law* se funden en el principio de los *precedentes*. Al ocuparse tanto de interpretaciones de leyes como de decisiones dotadas de autoridad del *common law*, los sistemas jurídicos pretenden característicamente recurrir los precedentes y, con frecuencia, justifican esa dependencia acudiendo a las mismas virtudes que se emplean para justificar la toma de decisiones basada en reglas, tales como la posibilidad de predecir resultados, la estabilidad y el quitar poder al decisor. Esto sugiere que puede existir cierta afinidad entre la toma de decisiones basada en reglas y la basada en precedentes, una afinidad que puede explicar por sí sola por qué los sistemas de toma de decisiones, al valorar estos rasgos, encuentran lugar tanto para las reglas como para un sistema fuerte de precedentes.

Pero ¿qué significa atenerse a los precedentes?<sup>20</sup> El esqueleto llano de lo que significa apelar a un precedente puede formularse fácilmente: el tratamiento previo de la ocurrencia de *A* del modo *x* constituye, únicamente en virtud de su origen histórico, una razón para tratar a *A* del modo *x* siempre y cuando *A* ocurra nuevamente. Es importante reconocer que pese a que podemos apelar al pasado para muchos fines,

---

en tales. De manera similar, por lo tanto, un conjunto subyacente distinto de interpretaciones podría convertirlas en algo diferente, por ejemplo, en reglas de experiencia, o en reglas con al menos cierta aptitud potencial para la modificación y aplicación simultánea.

<sup>20</sup> En parte de lo que sigue utilizo argumentos empleados anteriormente en SCHAUER, «Precedent».

no toda apelación al pasado implica atenerse a los precedentes. Se debe, por ejemplo, diferenciar los argumentos basados en los precedentes de los argumentos basados en la experiencia. La primera vez que un niño ve la hornalla de la cocina al rojo vivo puede que la toque, pero cuando la vuelva a ver enrojecida conocerá su peligro y mantendrá sus dedos a salvo. Si un médico ve un cierto conjunto de síntomas que en el pasado han indicado fiebre tifoidea, probablemente diagnosticará fiebre tifoidea cuando esos síntomas aparezcan otra vez. No obstante, aunque en cada uno de estos casos un conjunto presente de hechos, semejante a un conjunto previo, lleva al decisor a recurrir a la experiencia para alcanzar una conclusión, este proceso es diferente del argumento basado en los precedentes. Cuando se razona a partir de la experiencia, los hechos y las conclusiones del pasado no tienen importancia fuera de lo que nos enseñan sobre el presente. La probabilidad de que el presente sea como el pasado determina y agota el valor de la experiencia previa. Si creemos que el caso actual debe decidirse de manera diferente, ningún residuo estrictamente de precedente subsiste en el cálculo. Es más, si creemos ahora que la decisión previa fue incorrecta, rechazaremos el valor de la experiencia por completo. Pero si realmente estamos argumentando a partir de precedentes más que aprendiendo de la experiencia, entonces el hecho de que se haya decidido algo antes le otorga peso en la toma de la decisión presente, a pesar de nuestra creencia actual de que la decisión previa fue errónea.

En términos más generales, cuando la fuerza de una conclusión actual se mantiene o cae completamente en virtud de argumentos en favor o en contra de ella, no existe apelación a los precedentes, incluso si se había alcanzado la misma conclusión en el pasado. Si los precedentes importan, una decisión previa que ahora se cree errónea afecta no obstante a la decisión actual simplemente porque es previa y, por consiguiente, un argumento basado en los precedentes opera sustancialmente como un argumento basado en reglas. Del mismo modo en el que un argumento basado en reglas le confiere un peso independiente al hecho de que un resultado sea indicado por esa regla, así también el argumento basado en precedentes le confiere peso independiente al hecho de que un resultado se parezca a uno alcanzado en el pasado. El argumento basado en precedentes es, de esta manera, un argumento basado en la autoridad, y es por esa razón que es tan diferente calificar a un precedente como dotado de autoridad que decir que es persuasivo.

Lo que distingue al razonamiento basado en precedentes del razonamiento basado en reglas, no obstante, es la necesidad en el primero de *construir* la generalización/predicado fáctico que ya existe en el caso de las reglas. Como hemos visto, el predicado fáctico de una regla —una generalización que comprende necesariamente una multiplici-

dad de acontecimientos— es parte de la forma canónica de la regla. Pero cuando sólo existe una decisión previa y no existe formulación de la regla, la fuente del predicado fáctico es oscura y, por consiguiente, la restricción que impone la decisión previa se torna problemática. Considérese, sin embargo, otro hito memorable del *common law*: *Donoghue v. Stevenson*, en el que la Casa de los Lores estableció, como en *MacPherson v. Buick*, que el embotellador de la botella de refresco era responsable respecto del consumidor final del producto cuando éste fuese defectuoso, en este caso por contener los restos de un caracol en descomposición<sup>21</sup>. Ahora bien, si tal como se sostiene esta decisión ha de tener efectos como precedente, ¿cuál será ese efecto? Supóngase que un caso subsiguiente presentase la cuestión de la responsabilidad respecto de una *araña* descompuesta en una botella de *agua* gasificada. Dado que las arañas no son caracoles, que el agua gasificada no es un refresco, y dado que la decisión en *Donoghue v. Stevenson* sólo concernía a un acontecimiento en particular, el tribunal en el caso de la araña en la botella de agua gasificada debe generalizar, o construir un predicado fáctico a partir del resultado del caso del caracol en la botella de refresco. La necesidad de generalizar se origina en el hecho de que el primer caso no involucraba una categoría, sino que sólo se refería a un acontecimiento. *Donoghue v. Stevenson* no se refería a todas las bebidas, o a todos los animales en descomposición, o a todos los individuos de cualquier otra categoría. Se refería a los caracoles descompuestos en botellas de refresco, y no hay nada que, desde el punto de vista lógico, obligue a tratar al caso de la araña en la botella de agua gasificada como similar y, por lo tanto, regido por el caso del caracol en la botella de refresco<sup>22</sup>.

Tenemos así ante nosotros el problema de los precedentes. No hay dos eventos que sean exactamente iguales, pero la idea de la obligatoriedad del precedente presupone que una decisión previa regulará un conjunto subsiguiente de hechos que son *semejantes* al primero. No obstante, dada la falta de absoluta identidad, el factor que determina la similitud debe provenir de algo diferente de la pretendida decisión vinculante de ciertos hechos particulares. Desde un cierto punto de vista, ese factor determinante de la similitud o *regla de relevancia* es establecida por el segundo tribunal. Dado que el primer caso (precedente) no contiene ninguna generalización, quien ha de tomar la decisión en el segundo caso crea la generalización *en ese momento* a la luz de las circunstancias del caso que ha de resolverse y de las del caso precedente. Si ocurriese que en el momento en el que se decide el caso actual se percibe que hay algo en la diferencia entre el agua gasificada y el refresco que resulta normativamente relevante,

<sup>21</sup> [1923] AC 532, 1932 SC (HL) 31.

<sup>22</sup> Sobre la falta de nexo lógico entre uno y otro caso, véase STONE, *The Province and Function of Law*: 187-189.

quedará abierta para el juez la posibilidad de diseñar una generalización diferente, que incluya al precedente pero no al caso actual<sup>23</sup>. Debería resultar claro, no obstante, que este proceso es en sustancia no vinculante. Podría construirse un sinnúmero de generalizaciones que incluyan al caso precedente pero no al caso actual, o viceversa, y un sinnúmero de generalizaciones que incluyan a ambos. En consecuencia, la nuda decisión en el primer caso, como un conjunto de hechos con un resultado, puede con posterioridad considerarse como una instancia de un sinnúmero de categorías superpuestas pero no concordantes y, por lo tanto, no puede servir para suministrar en los casos subsiguientes una fuerza vinculante semejante a la de las reglas que con frecuencia se supone que el seguimiento de un precedente debe brindar.

Esta conclusión no se modifica si existiesen diversos precedentes en lugar de sólo uno. Supóngase que existe una larga historia de casos de productos adulterados que comprenden no solamente caracoles y arañas, sino también agentes químicos, bacterias, arena y polvo, y que comprenden no sólo botellas de refresco y agua gasificada, sino también productos de todas las variedades. Con semejante surtido de casos, un observador podría, mediante un proceso de interpretación inductiva, establecer una regla jurídica del tipo "los casos  $c(1)$ ,  $c(2)$ ,...  $c(n)$  cuentan como la regla que  $x$ ", donde  $x$  tiene un predicado fáctico generalizado que incluye a los casos  $c(1)$  a  $c(n)$ . Como en cualquier proceso inductivo, no obstante, la aptitud para extraer una regla de una serie de casos se ve obstaculizada por el fenómeno de la subdeterminación. Ninguna regla es únicamente derivable de una serie de decisiones previas y, por consiguiente, una multiplicidad de reglas extensionalmente divergentes podría satisfacer la exigencia de compatibilidad con todos los miembros de esa serie. Como hemos visto al examinar la relevancia de las consideraciones wittgensteineanas sobre el seguimiento de reglas con respecto a las reglas regulativas (capítulo 4, punto 3), por consiguiente, la aptitud para identificar la restricción basada en reglas en una serie de casos sin que exista una generalización formulada es profundamente problemática. Pero, nuevamente, como en cualquier proceso inductivo, el problema de la subdeterminación no hace que la inducción sea imposible en la realidad. Sin embargo, hace que el resultado inductivo resulte dependiente de valores contingentes que residen fuera de los individuos en torno a los cuales se construye la generalización inductiva. Tales valores resultan por sí mismos más o

<sup>23</sup> Con respecto a este proceso, véase LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, *passim*, y STONE, *The Province and Function of Law*: 187-189. Una variación de este enfoque sostiene que la capacidad de quien decide el caso precedente para determinar qué hechos cuentan como relevantes funciona en cierto modo como una restricción sobre el decisor del nuevo caso. GOODHART, «Determining the Ratio Decidendi of a Case». También este punto de vista, no obstante, pone más énfasis en la necesaria construcción en el último caso que en la fuerza vinculante del anterior, MONTROSE, «The Ratio Decidendi of a Case»: 593.

menos atrincherados, no obstante, y en el contexto de hechos jurídicos complejos y controvertidos, las restricciones que hacen que ciertas inducciones resulten admisibles y otras no raramente serán suficientes para evitar que un decisor construya generalizaciones susceptibles de justificar igualmente dos decisiones mutuamente excluyentes.

Frente a problemas como estos, así como a otros estrechamente relacionados, un enfoque corriente de los precedentes jurídicos considera que ellos consisten no sólo en los acontecimientos previos y la decisión, sino también en la *descripción* que de esos hechos haga el tribunal precedente. Cuando la descripción de los hechos se vuelve parte de lo que *constituye* el precedente, el argumento a partir de precedente se torna bastante similar al argumento a partir de reglas<sup>24</sup>. La descripción de los hechos del precedente es en realidad una generalización y, como consecuencia, esa descripción articulada constituye el predicado fáctico de una regla. Si el tribunal precedente decide el caso del caracol-en-la-botella-de-refresco *porque* no debe haber sustancias nocivas en productos consumibles, y describe explícitamente a un caracol en una botella de refresco como una instancia de la categoría de sustancias nocivas en productos consumibles, entonces un tribunal posterior puede considerar esa descripción como el predicado fáctico de una regla y decidir (y verse obligado) de acuerdo con ello.

Aun si no existe en el precedente un enunciado explícito de la categoría de la cual el caso es miembro, es posible que el tribunal que lo decidió haya indicado sus razones para decidir en un sentido y no en otro. Dado que una razón es tal solamente porque posee prioridad sobre, y es más amplia que, la decisión que ella justifica, una razón puede en sí misma considerarse una generalización. Consecuentemente, otro tribunal puede luego usar el razonamiento del caso precedente para construir la generalización que a su vez comprenderá el predicado fáctico de una regla potencialmente vinculante<sup>25</sup>.

Sin embargo, a veces no habrá ninguna caracterización dotada de autoridad en el caso precedente, ya sea directa o por intermedio de una justificación. Esto puede suceder como consecuencia de una indeterminación en el lenguaje de una opinión judicial, o porque no existe (dentro o fuera del derecho) opinión escrita alguna. No obstante, aun en caso de ausencia en el precedente de una caracterización dotada de autoridad que ofrezca una generalización dotada de autoridad, puede que el carácter vinculante de los precedentes no sea tan ilusorio

<sup>24</sup> Una argumentación convincente en apoyo de este punto de vista puede encontrarse en ALEXANDER, «Constrained by Precedent». Un antecedente puede encontrarse en SIMPSON, «The Ratio Decidendi of a Case»: 415.

<sup>25</sup> No obstante, cuanta mayor "construcción" tenga lugar, más se introducirá el problema de la subdeterminación, pues con el incremento de la vaguedad o complejidad de las razones argüidas en el caso precedente se incrementará la posibilidad de que existan construcciones extensionalmente divergentes de las mismas razones.

como muchas veces se supone. Si bien no hay dos acontecimientos que sean exactamente iguales, y si bien nada en el caso precedente determina cuál sea la clase de generalización apropiada, es un error asumir que el decisor en el caso actual carece por completo de restricciones para determinar qué acontecimientos pueden asimilarse a qué otros acontecimientos. A veces puede que tratemos con clases naturales, de manera que nuestro conocimiento del acceso a esas clases puede generar presiones para decidir casos posteriores de perros de la misma manera en la que se decidieron casos anteriores de perros, precisamente porque la categoría "perro", siendo natural, determina por sí misma que ciertas semejanzas sean más plausibles que otras. E incluso cuando no se hallan involucradas clases naturales, o ellas sean simplemente partes de acontecimientos más complejos, puede no obstante ocurrir que las categorías de semejanzas se encuentren sustancialmente determinadas por consideraciones lingüísticas y culturales, fuera en gran medida del control de los decisores individuales. Pese a obvias diferencias, nos referimos al ajedrez *amateur* y al fútbol profesional como "juegos", y, a pesar de obvias similitudes, disponemos de palabras diferentes para matar ciervos en los bosques de Vermont y para matar vacas en los corrales de Omaha. Esas categorías extra-jurídicas de semejanzas tienen la aptitud de crear grupos que trascienden e invaden las decisiones individuales. En consecuencia, en la medida en que ciertas caracterizaciones de los acontecimientos pasados fluyen con mayor facilidad como resultado del lugar que ocupan en la estructura lingüística y conceptual existente, no necesariamente es el caso que una decisión previa resulte por completo sujeta a múltiples generalizaciones. Aunque numerosas generalizaciones pueden ser lógicamente posibles, ciertas pautas lingüísticas y culturales más amplias que cualquier entorno de toma de decisiones pueden, no obstante, hacer que ciertas generalizaciones sean mucho más plausibles que otras. La presencia de un caracol vivo en una botella de refresco es, desde el punto de vista lógico, tanto un ejemplo de un producto consumible adulterado como un ejemplo de un animal atrapado, pero en este mundo la primera generalización es cultural, lingüística y psicológicamente más aceptable que la última. De manera semejante, es más probable que se tome a la prohibición gubernamental de una marcha neo-nazi en los Estados Unidos de Norteamérica como una instancia de supresión de la libertad de expresión por parte del gobierno que como una instancia de acción contra los nazis, tal como es dable esperar que se verifiquen tendencias de asimilación exactamente opuestas en Alemania o Israel. Por consiguiente, muchas veces puede ocurrir que la ausencia de una generalización canónica en el caso precedente no determine una correlativa falta de fuerza vinculante del precedente en el caso actual, porque es posible que el decisor del caso actual advierta que, examinando una decisión previa, puede descubrirse un

predicado fáctico a partir de ella, puramente en virtud del aparato conceptual con el que se contempla al mundo.

Así, tanto una descripción canónica de los hechos del caso en el precedente como una justificación canónica en el precedente que puede emplearse para construir una descripción canónica derivada, o una categoría aparentemente natural dentro de la cual quedan comprendidos los hechos del precedente, pueden servir como generalizaciones a partir del pasado y, por lo tanto, comprender el predicado fáctico de una regla que debe ser aplicada ahora. Esto en sí mismo no dice nada sobre el peso que tendrá la regla derivada del precedente en la decisión del caso actual, del mismo modo en que la formulación de cualquier otra regla tampoco determina su propio peso<sup>26</sup>. Pero sí muestra, no obstante, que excepto por el hecho de que la falta de una formulación canónica del predicado fáctico incrementa sustancialmente la indeterminación de la regla establecida en el precedente (una indeterminación que resulta compuesta cuando existen precedentes múltiples y extensionalmente divergentes), no hay nada en las restricciones basadas en precedentes que las diferencie unívocamente de las restricciones basadas en reglas. Esto deja mucho por decir sobre el carácter de las reglas derivadas de los precedentes, pero ahora que es posible apreciar que esas reglas no son otra cosa que un subconjunto de las reglas *simpliciter*, todas las cuestiones que podrían surgir respecto del peso y el carácter de los precedentes jurídicos pueden ser asimiladas en la siguiente discusión acerca del peso y el carácter de las reglas jurídicas<sup>27</sup>.

#### 4. CONFLICTOS ENTRE REGLAS Y PRIORIDAD LOCAL

El determinar hasta qué punto un sistema jurídico se basa en reglas será entonces en gran medida una función del peso que se atribuya a reglas canónicamente formuladas, reglas del *common law* interpretadas por profesionales del derecho, y reglas construidas a partir de decisiones previas. No obstante, incluso cuando ese peso es signifi-

<sup>26</sup> Sobre la concepción de los precedentes como si suministraran razones de segundo orden renovadas en peso, véase PERRY, «Second Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory»: 932-6; *id.*, «Judicial Obligation, Precedent and the Common Law», *passim*.

<sup>27</sup> La distinción corriente entre *distinguir* un precedente y *dejarlo de lado* guarda analogía con la distinción entre modificar una regla al momento de su aplicación y derogarla. Si el caso actual queda fuera del predicado fáctico de la regla construida a partir del precedente, entonces ése no es un precedente para el caso actual. Pero si el caso actual queda comprendido dentro del predicado fáctico de la regla construida y, no obstante, se lo distingue del precedente en razón de diferencias entre el caso actual y el precedente que no se reflejan en la interpretación previa de aquello para lo cual el caso anterior era precedente, entonces lo que se describe como «distinguir» equivale exactamente a modificar una regla al momento de su aplicación, sustituyendo así la vieja regla por una nueva.



cativo, la preponderancia en el sistema de la toma de decisiones basada en reglas no está asegurada en lo absoluto. Sólo si todo acontecimiento quedase comprendido en una y sólo una regla, el carácter de las reglas individuales *como* tales sería un indicador fiable del alcance de la fuerza vinculante de las reglas en el sistema como un todo. Pero en la realidad esto raramente se verifica, siendo más frecuente que diversas reglas y precedentes dentro de un sistema de toma de decisiones apunten en muchos casos en direcciones opuestas. Sin un mecanismo que permita dirimir conflictos entre reglas, sin importar cuanto sea el peso que se atribuya a una cierta regla, ello no garantizará una decisión basada en reglas, pues ese peso con frecuencia resultará cancelado por una regla de peso equivalente que indica una conclusión opuesta.

Por lo tanto, pese a que en las secciones previas de este capítulo, y de hecho a lo largo de todo el libro, sólo he prestado atención a reglas aisladas, es hora de complicar la presentación, pues la mayoría de los *sistemas* de reglas contiene un espectro altamente complejo de reglas. Cuando se ordena una multiplicidad de reglas en un sistema, el grado de restricciones basadas en reglas muchas veces resultará más una función del modo en el que las distintas reglas se relacionan unas con otras que del modo en el que cualquiera de ellas opera. Ésta es una tesis empírica más que una tesis lógica. Aunque el fenómeno de la textura abierta garantiza que ningún sistema puede ser perpetuamente inmune a los conflictos entre reglas, planificar cuidadosamente un conjunto de reglas a la luz del conocimiento existente puede al menos minimizar la posibilidad de conflictos. No obstante, cuando las reglas no se proyectan simultáneamente sino a través del tiempo por numerosas autoridades no coordinadas, la posibilidad de conflictos aumenta dramáticamente. Como consecuencia de ello, el conjunto de reglas que conforman el sistema jurídico (o cualquier otro sistema de reglas diseñado de manera semejante) frecuentemente determinará resultados diferentes y mutuamente excluyentes para el mismo caso, especialmente debido al hecho de que los acontecimientos no son simples sino complejos. Cuando el conjunto de reglas presenta semejante desorden, la jerarquía de esas reglas potencialmente conflictivas tiene mucha mayor aptitud que el carácter de una regla cualquiera para determinar el grado de restricciones basadas en reglas dentro del sistema.

Resulta útil describir la relación entre las reglas que conforman un sistema en términos de su dimensión de *localidad*. Considérese la diferencia entre dos reglas, una que exige que los conductores circulen con precaución en todo momento y otra que establece un límite mínimo de velocidad de 40 millas por hora en un determinado tramo de una autopista de acceso limitado. Aunque estas reglas son extensionalmente divergentes, existen ciertos casos que quedan comprendidos en los predichos fácticos de ambas y para los cuales las dos reglas determinan

resultados diferentes y mutuamente excluyentes. Conducir a 40 millas por hora o más puede resultar también, bajo determinadas circunstancias, carente de precaución. Pero si bien se pueden imaginar muchos casos en los que dos (o más) reglas en conflicto resultan aplicables, una de ellas parecerá *más* aplicable o, para decirlo mejor, *más directamente* aplicable. La regla menos general, que resulta aplicable a un número menor de casos, parece más aplicable a los hechos a los que se aplica. La regla que incluye el menor número de hechos, además de aquel que se encuentra bajo examen, parece en cierta forma más cercana a este último, y, por ello, dicha regla puede calificarse como la regla más *local*<sup>28</sup>.

La dimensión de localidad explica muchas de las tensiones que surgen en los sistemas de reglas. Es lógicamente posible, aunque poco frecuente en la práctica, que dos reglas que sean equivalentes en cuanto a su localidad entren en conflicto. Es raro que las reglas que establecen una velocidad máxima de 45 millas por hora gobiernen el mismo tramo de autopista que aquellas que establecen una velocidad mínima de 45 millas por hora. Son mucho más corrientes los casos de conflictos entre reglas localizadas a distancias diferentes del hecho particular bajo consideración. El caso *Riggs vs. Palmer*<sup>29</sup>, inmortalizado por Ronald DWORKIN<sup>30</sup>, constituye un buen ejemplo. En *Riggs* un testador había instituido como beneficiario en su testamento a su nieto, y el nieto con posterioridad intentó acelerar la recepción de su herencia asesinando a su abuelo. Cuando su calidad de heredero fue cuestionada ante los tribunales, el nieto se apoyó en las leyes de testamentos en vigencia entonces, que establecían, en esencia, que la persona instituida como beneficiario de un testamento debía heredar de conformidad con sus términos<sup>31</sup>. Los demandantes, sin embargo, fundaron con éxito su reclamo en una regla menos local, pero aun así aplicable, que prohibía a la gente beneficiarse de sus propios ilícitos.

La decisión en *Riggs* representa, por lo tanto, la resolución de un conflicto normativo en virtud de la asignación de prioridad a la regla más distante sobre la más local. En la medida en que las reglas menos locales, como la regla "nadie debe beneficiarse de sus propios ilícitos"

<sup>28</sup> El aspecto al que me refiero como carácter "local" es bastante similar al de la generalidad. «[Un] principio p1 es más general que otro principio p2 si, y sólo si, es analíticamente verdadero que transgredir p2 es, en virtud de ese hecho, transgredir p1, pero la converso no es analíticamente verdadera», HARE, «Principles»: 3. No obstante, a diferencia del análisis de HARE de la generalidad, mi noción de localidad permite que una regla sea más local que otra, aunque tenga una dirección diferente. En mi enfoque, una regla como "no se admiten vehículos en el parque", basada en la seguridad, es más localmente aplicable a la situación de un vehículo en el parque que la regla "sea cortés", aun cuando no sea necesariamente el caso que introducir un vehículo en el parque constituya una falta de cortesía.

<sup>29</sup> 115 NY 506, 22 NE 188 (1889).

<sup>30</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*: 23; *id.*, *Law's Empire*: 15-20.

<sup>31</sup> Véase SILVER, «Elmer's Case»: 383.

que se presenta en *Riggs*, parecen ser menos específicas, más globales y, en cierto sentido, más fundamentales, esta forma de encarar los conflictos normativos no resulta en absoluto ilógica. La prioridad de lo más fundamental (aunque más distante) sobre lo más local, sin embargo, disminuye las restricciones en cualquier sistema que use ese mecanismo para resolver conflictos normativos. Dado que las reglas son instancias de sus justificaciones, una manera de considerar el conflicto entre una regla local y una distante es como un conflicto entre el resultado generado por la regla y el resultado generado por la aplicación directa de una justificación menos local pero, no obstante, aplicable. De todos modos, en un sistema normativo complejo, las reglas locales pueden entrar en conflicto no sólo verticalmente con los resultados generados por sus justificaciones, sino también horizontalmente (o tal vez diagonalmente) con las justificaciones que residen en otra parte del sistema. Las leyes de testamentos, que constituían las reglas que permitían al beneficiario instituido —el nieto— heredar en *Riggs*, no eran una instancia del principio de que nadie debe beneficiarse de sus propios ilícitos. Las unas y el otro descansan sobre ejes diferentes. Pero una norma regulativa de las decisiones que permite (o incluso exige) al decisor preferir la regla más distante no es más que una extensión de una norma que permite a ese decisor preferir la justificación de la regla a la regla misma. Si las restricciones que introducen las reglas disminuyen en la medida en que ellas resultan derrotables en virtud de sus propias justificaciones, tal como lo he sostenido extensamente a lo largo de este libro, entonces *a fortiori* esas restricciones se verán disminuidas al extremo de que la regla más local será derrotable incluso en virtud de justificaciones que residan en cualquier otra parte del sistema.

Inversamente, el poder de las reglas aumenta dentro de un sistema en la medida en que ellas posean *prioridad local*, tanto sobre sus propias justificaciones como sobre otras reglas más distantes del sistema. Cuando la prioridad de una regla específicamente aplicable genera un resultado consistente con ella incluso cuando otras reglas del sistema digan otra cosa, e incluso cuando un decisor, tomando en cuenta todo lo relevante, elegiría un resultado diferente del indicado por la regla más local, los decisores sujetos a esa prioridad se verán en ciertos casos imposibilitados de alcanzar el mejor resultado. Por consiguiente, para que las reglas operen *como reglas* dentro del sistema, no es suficiente que se las trate como atrincheradas con respecto a sus propias justificaciones generadoras. También deben ser tratadas como atrincheradas con respecto a otras reglas, y es ésta la relación que pretende captar la idea de prioridad local.

La prioridad local no necesita ser absoluta para ser una prioridad, como tampoco las reglas necesitan ser absolutas para ser reglas. Pero dado que en los sistemas jurídicos existentes (contingentemente) los

hechos son regulados de manera conflictiva por reglas más o menos localmente aplicables, *algún* grado de prioridad local es necesario para preservar en esos sistemas un mínimo de decisiones basadas en reglas. Ordinariamente esa prioridad sólo existe como una presunción, sujeta a ser superada en casos particularmente exigentes como *Riggs*. El que las leyes de testamentos operen de esta manera presuntiva y no concluyente, por ejemplo, queda demostrado por el hecho de que muchos beneficiarios indignos, si bien no tan espectacularmente indignos como el nieto en *Riggs*, heredan de conformidad con los términos del testamento, aunque no deberían heredar si una regla semejante a “nadie debe beneficiarse de sus propios ilícitos” tuviese que ser aplicada directamente a sus acciones. Por lo tanto, la prioridad local puede ser superada, pero el hecho de que se requiere algo más fuerte para superarla en nombre de otra regla de lo que sería necesario para aplicar esa otra regla ante la ausencia de prioridad local se pone de manifiesto en el conjunto de casos, tales como los que conciernen a beneficiarios levemente indignos, para quienes esa prioridad superable no es superada en los hechos. Esos resultados indican que ordinariamente se confiere al menos prioridad presuntiva a la regla más localmente aplicable, lo cual parece mínimamente necesario para que las reglas existentes en un sistema de reglas cumplan la función que se espera de ellas.

## 5. EL DESAFÍO REALISTA

¿Pero no es todo esto más bien ilusorio? ¿Marca realmente alguna diferencia toda esta palabrería sobre reglas y presunciones? Ninguna discusión sobre los sistemas de reglas en el derecho, y de hecho ninguna discusión sobre las reglas en general, sería completa sin dar cuenta de ese conjunto de desafíos escépticos a la toma de decisiones basada en reglas denominado *Realismo Jurídico Americano* o, más corrientemente, *Realismo Jurídico*. El Realismo Jurídico nada tiene que ver con el realismo metafísico o ético, ni con cualquier otra posición filosófica a la que comúnmente se califica como “realista”. De hecho, en un sentido importante el Realismo Jurídico se encuentra en el polo opuesto de tales posiciones, dado que sostiene que los decisores jurídicos no se encuentran en absoluto limitados por fuerzas externas respecto de sus propias preferencias decisorias<sup>32</sup>. El Realismo Jurídico, cuyos miembros más prominentes fueron Jerome FRANK y Karl LLEWELLYN<sup>33</sup>, cuestionó la aptitud de las reglas para limitar las elecciones,

<sup>32</sup> Véase COLEMAN, «Negative and Positive Positivism»: 147-148

<sup>33</sup> Véase FRANK, *Law and the Modern Mind*, y LLEWELLYN, *The Bramble Bush*; *id.*, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Entre las fuentes secundarias más útiles se encuentran KALMAN, *Legal Realism at Yale*; RUMBLE, *American Legal realism*, y TWINING, *Karl Llewellyn and*

especialmente las elecciones judiciales, del modo que lo supone el enfoque tradicional de las reglas. Los realistas creían que los decisores, especialmente los jueces al decidir los casos difíciles, inicialmente realizan un juicio “considerando todos los factores relevantes” acerca de quién debe ganar. Ese juicio preliminar, que tomaría en cuenta factores morales, políticos, económicos y psicológicos, no sería arbitrario, pero sí particularista, al centrar la atención en el resultado óptimo *para este caso*. Habiendo tomado tal decisión, *luego* el decisor la racionalizaría —sostienen los realistas— en términos de alguna regla jurídica. Para los realistas jurídicos, las reglas no sirven como fuentes de orientación *ex ante*, sino como vehículos de legitimación *ex post* de decisiones que se alcanzan sin tomar en cuenta a las reglas.

Los realistas reconocían que cierto grado de legitimación era necesario. No veían a los decisores jurídicos como tiranos capaces de basarse en un argumento del tipo “porque yo lo digo” para justificar cualquier cosa que desearan. Más bien, los realistas reconocían que los decisores jurídicos ordinariamente operan en un medio social y político en el que se encuentran compelidos a fundar sus decisiones con una justificación pública plausible. Pero aunque el realismo reconoce la necesidad de una justificación pública plausible que se refiera a las reglas existentes, sostiene también que cuando el juez se enfrenta a un caso en el que debe tomar una decisión, puede racionalizar un número cualquiera de decisiones conflictivas. Si esto es así, ninguna de estas elecciones racionalizadas en base a reglas impone su prioridad sobre ninguna otra, y la elección entre resultados racionalizables en base a reglas se apoyará sobre fundamentos no basados en reglas o considerando todo lo relevante. Así, la noción de regla como una limitación a la decisión desaparece, y las referencias a las reglas sólo sirven para enmascarar lo que en realidad es una toma de decisiones particularista.

El cuadro realista de la toma de decisiones puede parecer un enfoque poco plausible de una amplia variedad de situaciones decisorias. Nuestros encuentros cotidianos con reglas, tanto jurídicas como de otro tipo, desmienten el argumento de que podemos hacer cualquier cosa que deseemos y encontrar alguna regla jurídica para justificar nuestras acciones. Parece no haber reglas que permitan racionalizar conclusiones como que alguien puede ser presidente de los Estados Unidos de Norteamérica por tres períodos de cuatro años, que el derecho inglés permite a un padre casarse con su hija natural o que una persona que no pague sus impuestos a las ganancias en tiempo oportuno de acuerdo con el derecho noruego debe ser condenado a muerte, como no hay una regla en el bridge que permita a un jugador declarar dos espadas después de que su oponente ha efectuado una declaración

---

*the Realist Movement*. Entre las manifestaciones contemporáneas se encuentra KENNEDY, «Freedom and Constraint in Adjudication: Towards a Critical Phenomenology of Judging».

legítima de tres corazones. Ningún realista ha sostenido seriamente que las reglas sean *tan* ilusorias como para que un decisor que desee uno de estos resultados pueda alcanzarlo y racionalizar tal conclusión, dado que cualquier versión sofisticada del realismo reconoce que, en la medida en que alguien busque esos resultados, advertirá la futilidad de litigar, y la cuestión simplemente nunca se planteará. Sin embargo, el corolario de esto es que los casos que efectivamente surgen acaecen en gran medida en el marco de hechos respecto de los cuales dos partes consideran que vale la pena litigar. Dada esta limitación en el conjunto de ocasiones para una decisión judicial, la plausibilidad del desafío realista aumenta de un modo dramático, dado que ahora estamos en presencia de un entorno de ocasiones para la toma de decisiones seleccionadas, al menos en parte, por su dificultad<sup>34</sup>. Por lo tanto, si asumimos que estadísticamente es poco probable que los litigantes tengan deseos de litigar en un caso en el que lo que se reclama es manifiestamente polémico, el espectro de oportunidades para la toma de decisiones que debe enfrentar un juez será un grupo auto-seleccionado de casos en el que puede construirse un argumento plausible basado en reglas respecto de ambos lados de la cuestión<sup>35</sup>.

Con relación a este espectro limitado de casos, el desafío realista parece verdaderamente poderoso, dado que ahora el desafío puede ser reformulado de modo que sostenga que, con relación a cualquier decisión en la que dos partes reclamen un resultado no trivial, los jueces pueden decidir, y de hecho deciden, sobre la base de factores externos respecto de las reglas que simulan aplicar, y usan las reglas sólo para racionalizar resultados que se obtienen sobre bases ajenas a las reglas. Es más, parece que la posibilidad de justificar jurídicamente dos resultados mutuamente excluyentes aumenta dramáticamente debido a la aptitud del decisor para basarse en diferentes características del mismo hecho. Hemos visto que a veces diversas reglas en conflicto (posiblemente ubicadas a diferentes distancias del hecho) se aplicarán a la misma descripción del mismo hecho. Sin embargo, es más corriente que surjan conflictos entre reglas como resultado de que cualquier hecho complejo puede ser caracterizado de diversas maneras. Aun cuando sea poco frecuente que un sistema jurídico simultáneamente exija y prohíba la misma conducta, no es tan extraño que posea reglas que simultáneamente exijan *x* y prohíban *y*. Por consiguiente, en la medida en que cierto número de hechos complejos contengan tanto la propiedad *x* como la propiedad *y*, las caracterizaciones alternativas

---

<sup>34</sup> Sobre las bases empíricas en apoyo de la tesis que sostiene que las controversias terminan en los tribunales en proporción a su dificultad jurídica, véase PRIEST y KLEIN, «The Selection of Disputes for Litigation», *passim*.

<sup>35</sup> Exploro esta cuestión con mayor extensión en SCHAUER, «Judging in a Corner of the Law».

producirán el mismo efecto que se produciría si el sistema jurídico contuviera una regla que exige y prohíbe  $x$  (o  $y$ )<sup>36</sup>.

No obstante, que el desafío realista sea coherente y plausible no es suficiente para considerarlo probado. Si el desafío consiste únicamente en que las personas pueden litigar en casos no resueltos por un sistema de reglas, y que en *esos* casos cualquiera de los dos (o más) resultados mutuamente excluyentes pueden justificarse de conformidad con alguna regla, está próximo a ser verdadero por definición, pues sólo dice que las reglas no orientan las decisiones a las que no se dirigen o no solucionan<sup>37</sup>. Pero el argumento realista es más fuerte, ya que pretende también describir casos a los que las reglas literalmente se dirigen. Aquí parte del argumento se basa en la existencia de reglas suficientemente indeterminadas como para permitirles tolerar especificaciones ampliamente divergentes. Supóngase que cierta regla exige a un juez resolver todas las controversias del modo que se tutele mejor los derechos y la dignidad de las personas. Y luego supóngase que se le pide al juez decidir si se debe castigar a una persona que de manera pública y errónea (pero de buena fe) cuestionó la honestidad de otra. En la medida en que es posible justificar cualquier resultado (responsabilidad o irresponsabilidad de quien formuló el cuestionamiento) como tuitivo de los derechos y la dignidad de las personas, dependiendo de cómo se evalúen los derechos de libertad de expresión y a una buena reputación que se encuentran en juego, está claro que la propia regla no soporta la pesada carga de apuntar hacia un resultado más que hacia el otro. La preocupación de los realistas consistía en que este hecho resultaba muchas veces oscurecido en el lenguaje de la justificación judicial, ya que los jueces muchas veces simulan que fue la regla y no otra cosa lo que determinó el resultado.

Es más común que el realismo recurra a casos que involucran conflictos potenciales entre reglas dentro de un sistema. Cuando un sistema contiene reglas equivalentes en cuanto a su localidad, o no contiene una preferencia de la regla local sobre la más distante, o contiene un conjunto de reglas que con frecuencia son capaces de justificar resultados opuestos dependiendo de la caracterización de un único hecho, los decisores muchas veces tendrán la aptitud de justificar dos o más resultados incompatibles apelando a una regla. Estas posibilidades ofrecen un fundamento al desafío realista, que ahora puede considerarse como una afirmación empírica sobre la propensión de cualquier sistema de reglas a no suministrar una guía basada en reglas para los hechos que pretende cubrir.

<sup>36</sup> Entre las fuentes originarias de este argumento se encuentra GENY, *Méthode de Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, *passim*.

<sup>37</sup> Formular esta afirmación verdadera por definición puede resultar importante si la gente niega el fenómeno de la elección dentro del universo de casos próximos. Véase SCHAUER, «Formalism».

De hecho, el desafío realista es empírico en dos sentidos. En primer lugar, no es una verdad necesaria sino contingente el que los sistemas de reglas contengan una multitud de reglas actual o potencialmente conflictivas. Sabemos que el fenómeno de la textura abierta asegura que los sistemas de reglas no pueden garantizar que se eviten a perpetuidad los conflictos, especialmente debido a que los hechos complejos pueden incluirse en múltiples reglas<sup>36</sup>. Y sabemos que los incentivos para litigar son tales que un sistema de adjudicación formal presentaría una alta concentración de casos de textura abierta. Pero aun así, el desafío realista sería en gran medida un epifenómeno en un sistema de reglas diseñado con el propósito expreso de minimizar en grado máximo los conflictos entre reglas para todos los hechos pre-visibility. Ningún sistema jurídico existente, sin embargo, ha sido diseñado con ese único propósito y, consecuentemente, la disponibilidad de reglas para justificar resultados inconsistentes es un hecho frecuente, aunque contingente, en los sistemas jurídicos existentes, si bien la extensión del fenómeno varía de un sistema a otro.

Además, el desafío realista plantea una tesis empírica sobre la psicología del juez y sobre el modo en el que la mayoría de los jueces interpretan el papel que deben desempeñar. Suponiendo la disponibilidad de reglas justificatorias múltiples y aparentemente conflictivas, un decisor debe enfrentar dos alternativas. Puede decidir sobre la base de factores distintos de esas reglas y luego emplear aquellas reglas que sean compatibles para justificar una decisión que fue alcanzada sobre otras bases. O puede lidiar con las reglas, tratando de encontrar alguna reconciliación, interpretación o prioridad que elimine lo que a primera vista parecía un conflicto entre reglas opuestas. Aunque los realistas asumen la primera alternativa, otros puntos de vista sobre la toma de decisiones judiciales, entre los cuales se destaca el de Ronald DWORKIN, asumen justamente la opuesta y suponen que un juez que se enfrenta a reglas aparentemente conflictivas tomará esto como una oportunidad para una reflexión más profunda y no para apartarse del dominio del sistema de reglas. Aunque resolver esta controversia sobre

---

<sup>36</sup> Esto constituye una necesidad lógica y es una función del modo en el cual los términos de un sistema jurídico son en sí mismos de textura abierta y, en consecuencia, potencialmente vagos. No obstante, esta posibilidad lógica no necesita asumir tanta importancia como suele suponerse. Cualquier sistema de reglas podría contener una regla por defecto (o de clausura) que disponga que cualquier hecho no cubierto por las reglas existentes debe tratarse de cierto modo. Por ejemplo, un sistema jurídico podría contener una regla que disponga que no puede atribuirse responsabilidad a menos que el fundamento para hacerlo resulte manifiesto en el sistema existente de reglas. Aunque esto no eliminaría la vaguedad potencial que podría derivarse de hechos nuevos que se ubican en el límite de lo que antes se consideraba claro, sí eliminaría gran parte de la dificultad que se presenta ordinariamente debido a la ocurrencia de hechos que no han sido tratados por las reglas existentes. Es sólo porque el sistema jurídico pretende regular todas las conductas humanas (véase más adelante capítulo 9, punto 3), y sólo porque no está dispuesto a tolerar las consecuencias de semejante regla de clausura al hacerlo, que a partir de ello los hechos inesperados crean el problema jurídico que crean.



la psicología y la propia comprensión que los jueces poseen sobre su función es empírica, no hay razón para suponer que la respuesta sea uniforme en todo el conjunto de los decisores. Cuando el decisor posee fuertes opiniones, ya sean morales o políticas, personales o económicas, y cuando el caso implique tales opiniones, puede que prevalezca el primer modelo y que esas opiniones morales, políticas, psicológicas o económicas dominen el deseo de desarrollar la mejor respuesta internamente coherente. Pero cuando el decisor es más agnóstico, ya sea en general o en relación con las cuestiones que se presentan en el caso particular, un enfoque basado en el deseo de los jueces de introducir siempre sus propias opiniones puede desfigurar la fenomenología de la toma de decisiones judiciales.

La plausibilidad del desafío realista se apoya, en consecuencia, en conclusiones empíricas sobre la estructura de un sistema de reglas y sobre la comprensión que los jueces tienen de su propia función (o la aptitud de los jueces para actuar sobre la base de un cierto modo de concebir su función). Las conclusiones empíricas del realismo son al menos plausibles, y en muchos entornos de toma de decisiones bien puede ser que sean correctas, aunque no puedo profundizar esto aquí. Sin embargo, ahora puede apreciarse que el desafío realista no constituye sino una aplicación de un punto ya discutido. Dado que las reglas operan dentro de un marco que determina su carácter, y dado que ese marco puede ser sustancialmente político, social, económico y psicológico, el carácter de una regla en el proceso de toma de decisiones de cualquier decisor, o población de decisores, no es algo que pueda determinarse analizando únicamente el concepto de regla. Ese análisis puede explicar lo que sucede cuando los decisores toman en serio a las reglas. No puede explicar si lo hacen ni cuándo lo hacen.

## 6. EL POSITIVISMO PRESUNTIVO

La discusión en torno a las reglas canónicas, las reglas del *common law*, los precedentes y la prioridad local ha resaltado el modo en el que cada una de estas características de la toma de decisiones judiciales contribuye al grado de restricciones basadas en reglas presente en el sistema. Ordinariamente tales restricciones serán más presuntivas que absolutas, suministrando así cierto grado de restricción pero admitiendo la posibilidad de que se la deje de lado en circunstancias particularmente exigentes. Cuando las reglas o sus equivalentes funcionan de este modo presuntivo, los valores a los que ellas contribuyen se ven promovidos, pero atemperados por la manera en la cual las presunciones —tal como se analizó en el capítulo 5, punto 3— permiten que un decisor conserve la aptitud para vislumbrar la gama completa de factores disponibles a fin de determinar si el caso analizado es uno

de aquellos en los que esos factores suministran una razón de una fuerza tan excepcional como para que la razón para superar su exclusión resulte superior a la razón que suministran las reglas para esa exclusión. Si este cuadro normativamente atractivo del papel de las reglas resulta también descriptivamente fidedigno para muchos sistemas jurídicos, nos brinda una forma novedosa de examinar una vieja cuestión.

Los teóricos del derecho han estado discutiendo por generaciones la validez conceptual, fidelidad descriptiva y deseabilidad normativa de un punto de vista acerca del derecho conocido como *positivismo*, que desde un cierto enfoque es la encarnación sistemática de una perspectiva basada en reglas acerca de los sistemas normativos. Las discusiones en torno al positivismo jurídico muchas veces contraponen ese enfoque con otro conocido como "derecho natural", y consiguientemente se considera que la tesis central del positivismo es su negación de toda conexión necesaria entre derecho y moral. Desde AUSTIN y BENTHAM, pasando por HART y KELSEN, hasta MACCORMICK y RAZ, los positivistas más destacados han ofrecido un punto de vista acerca de los sistemas jurídicos que sostiene que la identificación de una norma jurídica y su calificación como jurídica son lógicamente independientes de su contenido moral sustantivo. A esta altura, no obstante, sobrevendría una confusión si no se distinguen dos concepciones bastante diferentes del positivismo.

Una concepción del positivismo, que se remonta a KELSEN y ha sido ofrecida recientemente en diferentes versiones por Jules COLEMAN<sup>39</sup>, David LYONS<sup>40</sup> y Philip SOPER<sup>41</sup>, niega que el positivismo sea una tesis descriptiva, y sostiene en lugar de ello que constituye una tesis conceptual sobre la idea de derecho, de manera que lo que sea o no derecho en una cierta comunidad es un hecho social relativo a ella. Desde este punto de vista, esto es, lo que COLEMAN denomina la *tesis de la separación*, el positivismo será correcto en tanto una cierta comunidad pueda establecer como derecho a un conjunto de normas o procesos de toma de decisiones cuyo carácter jurídico no dependa de su corrección moral. «La tesis de la separación es la afirmación de que existe al menos una regla de reconocimiento concebible (y, en consecuencia, un sistema jurídico posible) que no establezca a la verdad de los principios morales entre las condiciones de verdad para ninguna proposición jurídica». Pero de conformidad con esta versión del positivismo, una cierta comunidad podría también establecer como derecho no sólo a un conjunto de normas que dependiese de su corrección moral, sino que incluso podría determinar que el conjunto de

<sup>39</sup> COLEMAN, «Negative and Positive Positivism».

<sup>40</sup> LYONS, David, «Principles, Positivism, and Legal Theory».

<sup>41</sup> SOPER, «Legal Theory and the Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute».

sus normas jurídicas fuese completamente concordante con el conjunto de sus normas morales. En la medida en que esto lo determina la comunidad, en la medida en que en sí misma ésta es una cuestión de hechos sociales, no existe ninguna conexión *necesaria* entre derecho y moral.

Esta versión conceptual del positivismo bien puede ser correcta, y de hecho creo que lo es, pero el que lo sea o no tiene muy escasa conexión con el enfoque que se asuma de las reglas. Si lo que el positivismo sostiene es solamente que lo que es derecho y lo que no lo es resulta determinado por hechos sociales y no necesariamente por argumentos morales, entonces de manera similar la decisión de cierta comunidad de considerar que su derecho está conformado por las decisiones *ad hoc* de una persona también sería suficiente para que ése fuese su derecho. Y si una versión tan extrema de toma de decisiones libre de reglas satisface las condiciones para ser derecho, entonces estaría claro que no habría nada acerca de las reglas que tuviese incidencia alguna en la corrección de la tesis del positivismo, entendida como una versión metafísica no descriptiva o conceptual de la naturaleza del derecho.

Sin embargo, de conformidad con otra interpretación, defendida (de un modo más extremo de lo que aquí resulta relevante) por RAZ<sup>42</sup> y atacada por DWORKIN, el positivismo es una tesis descriptiva acerca de la divergencia extensional entre el derecho de una comunidad y su moral, de manera que para que el positivismo sea descriptivamente correcto, la regla de reconocimiento en cualquier comunidad (si la tesis descriptiva se concibe como universal) o en una cierta comunidad (si la tesis descriptiva es sólo relativa a una comunidad) debe demarcar el derecho de esa comunidad de su moral. De acuerdo con este enfoque (y no hay razón para que discuta aquí cuál de estos enfoques ofrece la mejor versión del positivismo), que considera al positivismo como una tesis descriptiva y no conceptual, una comunidad en la que el derecho y la moral resulten concordantes no sería una comunidad cuyo sistema jurídico pudiese *describirse* de manera fidedigna como positivista.

Desde la perspectiva de esta interpretación acerca de lo que el positivismo pretende sostener, el positivismo será descriptivamente fidedigno en cualquier comunidad en la que el conjunto de las normas jurídicas no sea concordante con el conjunto de las normas morales. No obstante, el énfasis puesto en la moral distrae la atención. En este debate más descriptivo que conceptual sobre el positivismo, la moral no es más que un ejemplo de un universo más amplio de lo "no jurídico". Pese a que quienes suscriben esta visión sobre cuáles son las preguntas que el positivismo busca responder y qué respuestas ofrece

---

<sup>42</sup> RAZ, *The Authority of Law*: 37-52.

a ellas de hecho sostienen que el núcleo del positivismo consiste en su rechazo de una conexión conceptual o necesaria entre el carácter jurídico de una regla y su valor moral, con igual fervor defenderían al ser consultados el rechazo de una conexión conceptual entre el carácter jurídico de una regla y, digamos, su factibilidad política, su atractivo estético o literario, o su viabilidad económica. Así como esta interpretación del positivismo sostiene que un derecho moralmente inicuo puede, no obstante, ser derecho, igualmente sostiene (o sostendría) que tanto normas económicamente absurdas como políticamente desastrosas pueden, no obstante, ser normas jurídicas.

De poco serviría tratar de resolver aquí el debate acerca de cuál de estas versiones del positivismo es más plausible. Quiero suponer la plausibilidad de la última versión de lo que el positivismo sostiene (lo que no significa asumir que sea correcta), pero esto es consistente con que la primera versión, que responde a una pregunta diferente, sea también plausible. Sin embargo, nada de lo que digo aquí se apoya en esa suposición, y los lectores que la rechacen pueden sustituir la palabra "positivismo" por otras expresiones para referirse a la tesis de la divergencia extensional que fundamenta lo que sigue. De todos modos, bajo el presupuesto de que el positivismo concierne a la *idea* de reconocimiento (más que a una "regla" de reconocimiento, lo cual puede imponer una limitación innecesaria) en el sentido hartiano, el núcleo del positivismo no reside en algo especial en torno a la distinción entre derecho y moral, sino en el concepto de *aislamiento sistemático*. Para el positivista, puede haber sistemas cuyas normas son identificadas por referencia a algún criterio que permite distinguir a las normas jurídicas de otras normas, tales como las de la política, las de la moral, las de la economía o las de protocolo. Este criterio de identificación, al que HART denomina la "regla de reconocimiento" y DWORKIN califica como de "pedigree", selecciona a las normas jurídicas del universo de las normas, y suministra así un criterio de validez jurídica. Si una norma es seleccionada de este modo, se trata de una norma jurídica válida, con independencia de su aversión moral, su inconsistencia económica o su insensatez política.

Una vez que se advierte que el positivismo concierne a sistemas normativos más pequeños y distinguibles de la totalidad del universo normativo, puede admitirse que un sistema positivo es en diversos aspectos el análogo sistemático de una regla<sup>43</sup>. Así como las reglas confinan la toma de decisiones a un conjunto limitado de factores rele-

<sup>43</sup> Podría pensarse en la idea de un "sistema cerrado", pero esta idea debería tomarse con precaución. Tal como KELSEN adecuadamente insistía, no hay razón para creer que un sistema cerrado de normas jurídicas deba constituir la fuente exclusiva de orientación para la toma de decisiones dentro de un sistema jurídico. Es más, como también enseña KELSEN, distinguir las normas jurídicas de las no jurídicas no implica la conclusión de que las normas jurídicas puedan ser aplicadas a los casos particulares sin recurrir a consideraciones extra-jurídicas.

vantes, del mismo modo el positivismo confina la toma de decisiones a un conjunto limitado de normas. Y así como esta manera de circunscribir lo que resulta potencialmente relevante puede, en el caso de reglas individuales, generar una respuesta que sea, considerando todos los factores relevantes, equivocada, del mismo modo puede ocurrir que la toma de decisiones únicamente de conformidad con las reglas seleccionadas por la regla de reconocimiento genere una respuesta errónea desde el punto de vista de las justificaciones subyacentes al sistema jurídico considerado como un todo. Una visión positivista de un sistema jurídico considera que éste, como un todo, es la instanciación de sus justificaciones subyacentes (la justicia, el orden o lo que sea) y, al estilo de las reglas, trata a esa instanciación como atrincherada frente a los esfuerzos por verla como meramente transparente respecto de las justificaciones del propio sistema.

Estamos ahora en condiciones de entender el poderoso ataque de Ronald DWORKIN al positivismo. Si observamos los sistemas jurídicos reales, argumenta DWORKIN, muchas veces vemos que los resultados determinados por la aplicación de la regla identificable por su origen o *pedigree* resultan moral, social, económica o políticamente indeseables. Considérese nuevamente *Riggs vs. Palmer*, esto es, el caso del heredero asesino. Repito que *Riggs* no era un caso difícil en el sentido de que presentara hechos no cubiertos por las reglas existentes. Las reglas existentes, cuya validez podría determinarse recurriendo a una regla de reconocimiento hartiana, sí ofrecían una respuesta<sup>44</sup>. Lo que ocurría era simplemente que esa respuesta resultaba moralmente incómoda, y lo que el positivismo no puede explicar es cuándo y cómo, tal como ocurre en *Riggs*, la respuesta que genera el positivismo se rechaza, acudiéndose a normas no identificadas o identificables en virtud de una regla de reconocimiento. El positivismo, desde luego, no sostiene una tesis fuerte de exclusividad. No hay nada en el positivismo que lo comprometa con la idea de que sólo las reglas jurídicas identificables por su origen deben guiar las decisiones judiciales. Pero el positivismo sí parece comprometido con la tesis más débil de que *si* existe una regla jurídica identificable por su origen que se aplica al caso bajo análisis, entonces debería empleársela para determinar el resultado. Si los decisores jurídicos pueden dejar de lado el resultado generado por la regla jurídicamente identificable, entonces parece no tener sentido alguno la idea de regla de reconocimiento.

Pero incluso esta versión podría ser más fuerte de lo que necesita el positivismo. Esto es, podría decirse que lo que ocurrió en *Riggs* fue simplemente que ciertas normas no jurídicas derrotaron a las jurídicas, del mismo modo en el que la teoría positivista permite que un ciudadano se niegue a obedecer normas jurídicas moralmente repro-

---

<sup>44</sup> Véase LEVINSON, «Taking Law Seriously»: 1087.

bables. El positivismo se refiere a la validez jurídica y no a las acciones últimas, y no hay nada en el positivismo que obligue a ningún decisor, incluyendo al juez en un tribunal, a considerar a las normas positivas como la fuente exclusiva para la toma de decisiones.

Una solución semejante para *Riggs*, por muy impecable que pueda ser desde el punto de vista lógico, le resultaría a los dworkinianos empobrecedora desde el punto de vista de la experiencia. Si resulta que los jueces, esto es, los protagonistas jurídicos arquetípicos, deciden casos con cierta frecuencia de conformidad con normas distintas de las jurídicas, ¿qué propósito se persigue al identificar el subconjunto de las normas que llamaríamos “jurídicas”?<sup>45</sup>

Algunos defensores del positivismo han intentado responder al desafío de DWORKIN de un modo diferente, destacando de qué manera la norma triunfante en *Riggs*, según la cual nadie debe beneficiarse de sus propios ilícitos, sería una norma jurídica, identificable en sí misma como válida en virtud de una regla de reconocimiento<sup>46</sup>. Si esto es así, entonces no habría nada en *Riggs* que pusiera al positivismo en tela de juicio, y este caso no sería más que un ejemplo del hecho de que la regla de reconocimiento puede reconocer criterios de prioridad que permitan que reglas generales y distantes semejantes (lo que DWORKIN denomina “principios”) triunfen sobre otras menos generales y más localmente aplicables.

No obstante, incluso esta respuesta puede ser controvertida con casos como *Henningsen vs. Bloomfield Motors*. Lo que confiere importancia a *Henningsen* no es que también en él, como en *Riggs*, se haya dejado de lado lo que antes del caso parecía ser la respuesta generada por las reglas positivamente reconocidas. Lo que muestran casos como *Henningsen* es que ninguna respuesta generada por el conjunto de las normas positivamente identificadas resulta inmune a ser rechazada en virtud de normas que no poseen tal carácter. Aunque sea posible sostener que en *Riggs* se dejó de lado una norma positiva en nombre de otra norma positiva, no puede decirse lo mismo respecto de *Henningsen*, en el que el derecho positivo fue dejado de lado en nombre de principios morales y sociales no incorporados previamente al sistema

<sup>45</sup> En este punto, la diferencia de enfoque entre DWORKIN y los positivistas se torna crucial. Muchos positivistas consideran que su preocupación primordial está dada por el funcionamiento normal de las normas jurídicas en la vida cotidiana, y si ese enfoque dice poco acerca del papel de los jueces en los casos difíciles desde el punto de vista moral, político o incluso jurídico, esto no constituye un motivo importante para preocuparse. En cambio DWORKIN, al contemplar al derecho en gran medida a través de los ojos del juez, necesita tratar como central lo que la mayoría de los positivistas considera periférico.

<sup>46</sup> Para esta clase de defensa del positivismo, véase COLEMAN, «Negative and Positive Positivism», *passim*; MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*: 229-274; SARTORIUS, «Social Policy and Judicial Legislation», *passim*; SILVER, «Elmer's Case»: 387-399, y TUR, «Positivism, Principles, and Rules», *passim*.

jurídico. Y si siempre es posible dejar de lado el derecho positivo en nombre de valores no identificables por su origen, entonces incluso la decisión de no dejar de lado el derecho positivo implicará una decisión, *en passant* \*, de que el derecho positivo es consistente con esos valores más amplios<sup>47</sup>. La consecuencia de esto, una consecuencia inconsistente con el cuadro positivista, es que los resultados jurídicos son *siempre* una función, no sólo de normas identificables por su origen, sino también de normas no identificadas y no identificables por su origen<sup>48</sup>.

Aun así, no puede considerarse que *Riggs*, *Henningsen* y otros casos parecidos hayan refutado el positivismo, sino sólo que han refutado la proposición que afirma que el positivismo describe de manera fidedigna el sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica o el sistema jurídico de cualquier otro país en el cual puedan encontrarse casos semejantes. Imagínese, no obstante, un sistema en el que: *a*) una regla maestra de reconocimiento permite identificar por su origen un número limitado de reglas; *b*) se instruye a todos los decisores dentro del sistema para que tomen sus decisiones de acuerdo con, y sólo de acuerdo con, esas reglas identificables en virtud de su origen, y *c*) una regla por defecto (o de clausura) especifica el resultado que debe alcanzarse en todos los casos no cubiertos por alguna de las reglas identificables en virtud de su origen. En un sistema semejante, una explicación positivista parece plausible, y puede así advertirse que el positivismo como tesis descriptiva no resulta conceptualmente defectuoso (a menos que se lo considere una tesis acerca de todos los sistemas jurídicos y no una tesis acerca de sistemas jurídicos posibles), sino sólo empíricamente defectuoso. Pocos sistemas jurídicos se parecen a este modelo estilizado, pero no hay ninguna razón lógica por la cual no podrían parecerse a él.

No debería resultar sorprendente que los sistemas reales se hayan distanciado de este modelo. Es característico de los sistemas jurídicos que las cuestiones de las que se ocupan sean de importancia, a diferencia de los sistemas de reglas del ajedrez y del cricket. El resultado de una decisión jurídica puede convertir a uno de los litigantes en un príncipe o en un mendigo, puede volverlo famoso o infame, triunfador o fracasado. Y cuando los litigantes a quienes se atribuyen tales

\* En francés en el original. (N. de los T.)

<sup>47</sup> Sobre este punto, véase *Law's Empire*: 350-354, y EISEMBERG, *The Nature of the Common Law*: 2-3, 146-161.

<sup>48</sup> En la medida en que *Henningsen* apoya, en cambio, la proposición de que en ciertos sistemas los jueces no se encuentran limitados en cuanto a las normas que pueden emplear para justificar sus decisiones, un análisis de la toma de decisiones judiciales puede ser positivista en el primer sentido (conceptual) pero no en el segundo (descriptivo), pues ahora desde la perspectiva del juez no hay aislamiento sistemático ni regla de reconocimiento que distinga a las fuentes jurídicas legítimas para la toma de decisiones judiciales de cualquier otra fuente.

consecuencias se encuentran frente al decisor jurídico, la presión para alcanzar el resultado correcto, en lugar de un resultado sustantivamente incorrecto generado por la fiel aplicación de las reglas, parece ser enorme. Es más, el derecho no está simplemente allí para que se lo mire. Esperamos que la gente obedezca sus mandatos, incluso cuando discrepan con ellos. En ciertos sistemas, de manera más notable y extrema en los Estados Unidos de Norteamérica, se confía al sistema la potestad de adoptar decisiones que poseen profundos efectos morales, políticos y económicos. ¿Tiene algo de sorprendente entonces que un sistema semejante se sienta incómodo con una decisión que, aunque se halle justificada con relación a una única regla determinada, parezca incorrecta a la luz de todas las consideraciones morales, sociales y políticas relevantes? Y si una sociedad desea un sistema en el que resultan más importantes el respeto y la precisión que la posibilidad de predecir resultados, la estabilidad o incluso el quitar poder a los decisores, ¿no deberían a veces sacrificarse las virtudes de las reglas en aras de alcanzar la mejor respuesta?

De todos modos, incluso dentro de un sistema que reconozca que ciertas reglas amplias y distantes deben ocasionalmente triunfar sobre las específicas y locales, todavía parecen subsistir las virtudes asociadas a las reglas. No podemos esperar, y de hecho no esperamos, que los individuos se dediquen de manera incesante a calcular la probabilidad de que 55 millas por hora pueda significar algo diferente en ciertas circunstancias. O puede ser que sí lo hagamos, pero que confiemos en que esos cálculos serán tan intuitivos y, en general, tan coincidentes con la respuesta generada por la regla local que el ciudadano que los lleve a cabo no deba verse paralizado por la inseguridad.

Esta confianza existe, no obstante, precisamente porque la regla local tiene efectivamente una prioridad. Esa prioridad no es absoluta, tal como lo ponen de manifiesto casos como *Riggs* y *Henningsen*, pero puede ser, y de hecho es, una prioridad después de todo. Y si de hecho existe una prioridad del resultado generado por un conjunto de reglas limitado e identificable en virtud de su origen, lo que surge es un sistema que podría describirse mejor como *positivismo presuntivo*. Una teoría semejante explicaría no sólo por qué no heredó el nieto en *Riggs*, sino también por qué muchos otros beneficiarios casi tan indignos pero no tanto *sí* lo hacen. Podría explicar no sólo por qué el documento que firmaron Henningsen y Bloomfield Motors no regulaba la cuestión cuando Henningsen entabló el juicio, sino también por qué lo que la gente firma en la mayoría de los casos sí lo hace. Y, en un sentido más amplio, explicaría por qué los abogados y los jueces dedican tanto tiempo a estudiar y referirse a reglas jurídicas. Si esas reglas no fuesen más que un tipo dentro de un espectro mucho más amplio de tipos de consideraciones a ser tomadas en cuenta en un modelo de toma de decisiones más holístico, nos veríamos en figurillas para explicar



la preponderancia comparativa de esas reglas en la toma de decisiones judiciales, y estaríamos perplejos frente a la justificación de instituciones tales como las facultades de derecho, los exámenes de habilitación para abogados y las editoriales jurídicas.

En consecuencia, el positivismo presuntivo es una tesis descriptiva sobre el carácter de un conjunto de normas identificables en virtud de su origen dentro del universo de razones para decidir que emplean los decisores en cierto sistema jurídico. Al decir que este conjunto identificable en virtud de su origen tiene una fuerza presuntiva pero no absoluta, no pretendo apoyarme en el sentido epistémico estricto de “presuntivo” que se encuentra, por ejemplo, en las reglas de la prueba. Con frecuencia, cuando utilizamos una presunción presumimos la existencia de cierto hecho a partir de la existencia de algún otro hecho y, por lo tanto, la existencia del hecho presumido es un producto de la falta de certeza sobre el verdadero estado de cosas. Las presunciones, como la presunción de inocencia o la presunción de paternidad, sirven primordialmente como formas sustancialmente oblicuas de acomodarse a la falta de certeza epistémica.

Por el contrario, mi uso de “presuntivo” se refiere en términos generales a la fuerza que poseen las reglas y, más específicamente, a un grado de fuerza tal que la regla ha de ser aplicada a menos que puedan ofrecerse razones particularmente exigentes para no aplicarla. Cuando se la usa de esta manera, la idea de presunción no tiene un contenido necesariamente epistémico, y sólo constituye un modo de describir un grado de prioridad fuerte pero derrotable dentro de un universo normativo en el cual las normas en conflicto pueden producir resultados mutuamente excluyentes. Podríamos preferir las normas que emanan de una fuente a las que emanan de otra por razones epistémicas, pero la misma preferencia podría, en cambio, surgir de un sinnúmero de razones no epistémicas para asignar competencia de un modo y no de otro. Cuando, por ejemplo, en el derecho constitucional norteamericano se considera inconstitucional una discriminación establecida por el gobierno sobre la base de la raza a menos que el Estado pueda demostrar un “interés apremiante” para trazar tal distinción, el carácter de la discriminación racial puede describirse adecuadamente como “presuntivamente inconstitucional”, pese a que las razones para asignarle tal carácter no son epistémicas. No se trata de que el Estado sepa menos sobre alguna cuestión fáctica, sino más bien que diversas consideraciones no epistémicas tornan no permisibles (más que erróneas) ciertas decisiones gubernamentales, excepto frente a las contingencias de mayor gravedad.

Una noción similar de presunción da sustento al positivismo presuntivo. El positivismo presuntivo es una manera de describir el juego recíproco entre un subconjunto de reglas identificables en virtud de su origen y el universo total de las normas (no identificables por su

origen), de manera que el primero es tratado por ciertos decisores como si prevaleciera en forma presuntiva, en este sentido de "presuntivo" no necesariamente epistémico. En consecuencia, tales decisores dejan de lado una regla dentro del subconjunto de aquellas que son identificables en virtud de su origen, no cuando piensan que ella ha producido un resultado erróneo o subóptimo en el caso considerado, con independencia de lo bien fundada que pueda estar esa creencia, sino en cambio cuando, y sólo cuando, el decisor percibe que las razones para dejarla de lado son particularmente fuertes.

No puedo aquí probar la fidelidad descriptiva del positivismo presuntivo, porque esa afirmación requeriría la identificación empírica no sólo de aquellos casos en los que la presunción es dejada de lado, sino también de la afirmación estadística de que usualmente las reglas presuntivas de hecho prevalecen. Vale la pena, no obstante, señalar (y vincular esta discusión con aquella del capítulo 5, punto 3, en la que explico mis diferencias con RAZ sobre si puede haber una exclusión no absoluta) que una afirmación psicológica acerca de las presunciones de hecho sustenta el punto de vista que aquí ofrezco. La mejor manera de demostrar esto consiste en examinar la plausibilidad de la suposición opuesta. La suposición psicológica opuesta, que se encuentra implícita en la afirmación de RAZ de que las razones excluyentes son necesariamente no superables, sostiene que la idea misma de una presunción refutable, por muy impecable que pueda ser desde el punto de vista lógico, es fenomenológicamente falaz. Para que una presunción pueda ser alguna vez refutada (o superada), sostiene este argumento, las consideraciones potencialmente refutadoras deben ser investigadas no sólo en aquellos casos en los que la refutación de hecho tiene lugar, sino en todos los casos. ¿De qué otra manera, si no es examinando los factores potencialmente refutadores en cada caso, podría determinarse si son lo suficientemente fuertes en el caso bajo consideración? Si esto es así, prosigue el argumento, entonces la tesis sobre el carácter presuntivo supone afirmar que los decisores, atisbando bajo el telón que conforma la regla presuntiva, podrían, no obstante, ser capaces de bajar ese telón e ignorar el factor potencialmente refutador en todos los casos en los que no sea del todo fuerte. Y es justamente esa posibilidad de ignorar lo que uno ya sabe lo que pone en duda el escéptico.

Frente a esto, no tengo otra cosa que ofrecer más que una posibilidad contraria. Esta posibilidad sostiene que los decisores pueden establecer la diferencia entre un factor que prevalecería si el proceso decisorio fuese particularizado y un factor que no prevalece debido a la presunción o carga de persuasión predominante en un entorno decisorio particular. Si el jurado puede absolver en aquellos casos en los que cree que el acusado es culpable, pero no cree que la fiscalía haya probado ese hecho más allá de una duda razonable, entonces otros decisores podrían igualmente fallar en favor de una regla pre-

suntiva, pero no idealmente prevaleciente, en aquellos casos en los que el factor derrotante fuese débil. Si esto es así, entonces es posible reconciliar las observaciones en conflicto en la discusión sobre el positivismo. Por un lado, los positivistas observan que la mayoría de las cosas a las que la gente denomina "normas jurídicas" existen en una colección moderadamente limitada de libros, que los abogados hacen referencia a una colección moderadamente limitada de fuentes con notable frecuencia y que no parece tan difícil en la mayoría de los casos rutinarios determinar lo que el derecho exige. Pero en otros casos, como lo observan DWORKIN y otros autores, parecen prevalecer normas que de ningún modo constituyen un conjunto cerrado semejante, incluso cuando una norma que es jurídica en el sentido restringido apunta en la dirección opuesta. Pero si el positivismo presuntivo es correcto, entonces ambas observaciones son correctas. En la mayoría de los casos, el resultado generado por la regla más localmente aplicable e identificable en virtud de su origen es la que prevalece. Pero en todos los casos esa regla será confrontada con un conjunto más amplio de consideraciones no identificables en virtud de su origen, y la regla será dejada de lado cuando el resultado que ella impone se encuentra enormemente reñido con el determinado por ese conjunto más amplio y moralmente aceptable de valores. Llamar o no "derecho" a este conjunto de factores derrotantes es una discusión que resulta en cierta medida terminológica. No obstante, es también una discusión que apunta a la retórica de la legalidad, a la medida en la cual los decisores jurídicos que confían en un universo de normas sociales no identificables en virtud de su origen, deben al hacerlo apoyarse en las connotaciones de deducción, exigencia y dominio limitado que sugiere la palabra "derecho". No exploraré aquí con mayor profundidad esta cuestión, y concluiré este capítulo sólo con la afirmación descriptiva de que el positivismo presuntivo podría constituir la visión más adecuada del lugar que ocupan las reglas en muchos sistemas jurídicos modernos.



## CAPÍTULO IX

### LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS

#### 1. LOS CASOS EN LOS QUE SE INTERPRETA

Las reglas normalmente son discretas y realizan gran parte de su trabajo sin provocar dudas interpretativas conscientes en sus destinatarios. Puede que no nos agrade detenernos frente a señales que dicen “pare”, pagar nuestros impuestos a las ganancias, abstenernos de fumar en la mesa al cenar o usar prendas que nos resultan incómodas, pero entendemos lo que se nos exige y, por lo general, actuamos de conformidad con ello. En tales casos, consideramos que las reglas están siendo *aplicadas* y hablar de la “aplicación de una regla” ordinariamente presupone una tarea relativamente rutinaria. A veces, sin embargo, las cosas no son tan simples y no somos capaces, de un modo rápido y fácil, de determinar precisamente qué es lo que la regla pretende que hagamos. Decimos entonces que la regla requiere una *interpretación*. El uso corriente parece reservar la palabra “interpretación” para los casos en los cuales parece haber un problema.

En lo que a esto respecta, el uso lingüístico corriente puede resultar engañoso, dado que *toda* aplicación de una regla es también una interpretación<sup>1</sup>. Cuando leo la expresión “No se admiten perros” como

---

<sup>1</sup> —Cuando vengas mañana, trae mis botines de fútbol. También, si es humanamente posible, un spaniel irlandés. Urgente. Saludos. Tuppy.

—¿Cómo entiendes esto, Jeeves?

—Tal como yo interpreto el documento, señor, el Sr. Glossop desea que Ud., cuando venga mañana, le traiga sus botines de fútbol. También, si es humanamente posible, un spaniel irlandés. Indica que la cuestión es urgente y le manda saludos.

indicativa de que no se admiten perros, y cuando entiendo que la no admisión de perros me prohíbe entrar con Angus a este restaurante en este momento, realizo actividades interpretativas que, para distintas personas en este mundo, o para personas de distintos mundos, podrían ser llevadas a cabo de un modo diferente. No obstante, en general no consideramos que estas actividades impliquen interpretación, dado que hay un sentido en el que interpretar un texto o una regla es lidiar con un *dilema*, *batallar* con una situación en la cual las reglas, que por lo general son criaturas ociosas, se tornan más notorias cuanto más difíciles se vuelven las cuestiones interpretativas que normalmente exigen nuestra reflexión. En tales circunstancias, a diferencia de muchas otras, no tenemos la certeza de qué es lo que la regla con exactitud nos exige<sup>2</sup>.

Las cuestiones relativas a la interpretación de las reglas, por lo tanto, resultan ser cuestiones acerca de cómo deben decidirse los casos difíciles. De todos modos, si bien reformular la cuestión de esta forma se apoya en una distinción fructífera entre aquellas reglas que nos hablan con claridad y aquellas que no lo hacen, existe el riesgo de que formular el punto de este modo constituya una petición de principio. Interpretación puede ser lo que hacemos cuando nos enfrentamos a un caso difícil, pero la propia cuestión de qué es lo que constituye un caso difícil es problemática. Nuestra primera tarea al reflexionar sobre la interpretación, en consecuencia, será considerar los *casos* en los que se interpreta. Sólo después de que le hayamos encontrado algún sentido a qué es lo que hace difícil a un caso difícil podremos enfocar el problema de cómo deberían resolverse dichos casos.

Cuando hablo de “resolver” un caso difícil no me refiero a lo que un agente debería, considerando todos los factores relevantes, *hacer*. Más bien me refiero a cómo ha de entenderse lo que una regla indica. Supóngase que, recién llegado del taxidermista, arribo a un restaurante con el cadáver rellenado, preservado y embalsamado de mi bulldog recientemente fallecido. Mi primera pregunta es si esta regla “no se admiten perros” es aplicable en absoluto, dado que el perro embalsamado es, en el mejor de los casos, un caso fronterizo de aplicación de la palabra “perro”. Pero si determino que la regla *efectivamente* se aplica, esto no fuerza a concluir que deba, considerando todos los factores relevantes, permanecer fuera del restaurante, ni tampoco fuerza a concluir que el propietario, considerando todos los factores relevantes, deba denegarme la entrada.

---

—Sí, así es como yo lo entendí también..., WODEHOUSE, *The Ordeal of Young Tuppy*, citado en BLACKBURN, *Spreading the Word*: 3.

<sup>2</sup> Mis conclusiones relativas a la distinción entre aplicación e interpretación son congruentes con la interpretación que ofrece MCGINN del contraste de WITTGENSTEIN entre el proceso *activo* de interpretación con el acto *pasivo* de ver de manera literal. *Wittgenstein on Meaning*: 15-16. Véase también DASCAL y WRÓBLEWSKI, «Transparency and Doubt», *passim*.

En este ejemplo he supuesto que la regla reside en el significado de una formulación canónicamente expresada, y la dificultad interpretativa surge precisamente porque no resulta claro qué es lo que *significa* la palabra “perro” en este contexto. Pero no siempre resulta tan claro precisamente cuál es la regla. ¿Qué pasaría si el cartel hubiese sido tachado parcialmente, y se leyera “no se admiten #(/g#\””? En ese caso, incluso antes de determinar lo que la regla significa, debería tener que determinar lo que la regla *dice* (“no se admiten perros”, o “no se admiten cigarros” o alguna otra cosa), y ésta también es una cuestión interpretativa.

Pero es más realista pensar que puede resultar poco claro cuál es la regla o qué es lo que ella dice, no porque los símbolos hayan sido físicamente tachados, sino porque no hay ninguna formulación canónica a la que podamos apuntar. Hemos visto que las reglas del *common law* muchas veces operan al estilo de las reglas, pero que localizar la regla con frecuencia resulta difícil. Puede encontrarse una versión en una opinión judicial, otra en un tratado jurídico y una tercera en un artículo de una revista jurídica escrito por un autor eminente. En tales casos, el primer obstáculo interpretativo consiste en encontrar la regla, puesto que no se puede interpretar lo que no es posible encontrar. Surgen problemas similares cuando se entiende que las reglas residen en todo o en parte en el nivel del propósito o justificación de primer orden. Puede resultar difícil determinar cuál es la justificación de cierta formulación de una regla, y si la justificación y no su formulación es lo que constituye la regla (véase *supra* capítulos 4, punto 5, y 5, punto 1), nos enfrentamos a dificultades interpretativas desde el comienzo.

Incluso una vez que hemos localizado la regla, de todos modos pueden surgir problemas interpretativos. Bajo una cierta interpretación, existe un caso problemático —un caso en el que ha de interpretarse, en el sentido que dicha expresión cobra en los “casos difíciles”— siempre que el resultado generado por la regla sea, considerando todos los factores relevantes, problemático. Desde este punto de vista, un caso “fácil” o “claro” es aquel en el que no sólo hay una respuesta simple sobre la base de los materiales que componen la propia regla, sino que esa respuesta simple es por lo demás, considerando todos los factores relevantes, aceptable. Debería ahora resultar claro, no obstante, que un punto de vista como ése (dejando de lado cuestiones de presunciones) lleva a poner completamente en crisis la idea de una regla, puesto que disuelve lo que la regla indica en la cuestión relativa a qué decisiones deberían tomarse sobre la base del conjunto total de justificaciones, en uno o varios niveles superiores respecto del de la propia regla, que existan en todo el entorno de toma de decisiones.

Hay momentos en los que el trabajo de Ronald DWORKIN parece susceptible de esta “interpretación”. Recuérdese del capítulo 8 el caso

*Riggs vs. Palmer*, donde las leyes aparentemente claras de testamentos parecían permitir al nieto que había matado a su abuelo heredar a este último, del mismo modo en el que lo hubiese heredado si su abuelo hubiese muerto por causas naturales. Resulta crucial para comprender la idea de un caso difícil, al igual que para comprender el ataque de DWORKIN al positivismo jurídico, que se reconozca que los hechos involucrados en *Riggs* caían de un modo relativamente claro bajo el alcance lingüístico de la regla más localmente aplicable, la ley de testamentos. La tesis descriptiva de DWORKIN es que el hecho de que un acontecimiento quede comprendido en el alcance de la regla más localmente aplicable no determina el resultado que un tribunal alcanzaría o debería alcanzar al decidir qué hacer en tal caso<sup>3</sup>. Aunque *Riggs* era por ello en cierto sentido un caso fácil, se torna difícil precisamente porque el resultado generado por la regla más localmente aplicable es social, política o moralmente *difícil* de digerir. En tales circunstancias, DWORKIN observa adecuadamente que la práctica jurídica estadounidense y, de manera menos extendida, la práctica jurídica inglesa<sup>4</sup>, confiere potestad a los jueces para tratar a la regla más localmente aplicable como si no fuera concluyente y estuviese sujeta a ser superada o revisada sobre la base de aquellos factores que tornan difícil desde el inicio al caso localmente fácil.

Pero adviértase que este procedimiento, quizás tan deseable desde el punto de vista político y moral como fidedigno desde el punto de vista descriptivo, arroja un serio cuestionamiento contra el carácter de regla de aquello que parece ser la regla más localmente aplicable. Para que la regla no se confunda con el conjunto de justificaciones que nos hicieron preocupar por el resultado, para que la regla no resulte superflua al generar un conjunto de resultados extensionalmente equivalentes a aquellos que se hubiesen obtenido sin ella, la regla en tanto regla debe, como hemos visto, tener al menos cierto grado de fuerza presuntiva, cierto grado de resistencia. Si lo tiene, entonces habrá un conjunto no vacío de casos en los cuales la regla producirá resultados que podrían haber sido distintos en ausencia de ella, incluso aunque también haya casos en los cuales la presunción se ve superada o la resistencia es vencida. Pero si la regla no ofrece resistencia cuando, considerando todos los factores relevantes, parece señalar un resultado incorrecto, entonces sólo tiene la forma pero no el efecto de una regla.

No está claro cuánta resistencia tienen las reglas en el modelo interpretativo de DWORKIN. El énfasis mismo que pone en que los principios se extraen o construyen a partir de reglas preexistentes, y aún

<sup>3</sup> Véase especialmente DWORKIN, *Law's Empire*: 15-53, 114-150.

<sup>4</sup> Sobre la diferencia entre ambas prácticas en lo que a esto respecta, véase ATIYAH y SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, *passim*.



más sus ocasionales referencias a la «fuerza gravitacional»<sup>5</sup>, pueden ser un indicio de que su punto de vista está más cerca del cuadro que estoy presentando de lo que puedo haber sugerido. No obstante, en ninguno de los numerosos ejemplos que ofrece, la regla más localmente aplicable genera un resultado que no se habría alcanzado igualmente a partir de la aplicación de los principios subyacentes a esa regla (o al sistema del cual ella es miembro) y, en consecuencia, no resulta claro si hay lugar en el enfoque de DWORKIN para una forma fuerte de toma de decisiones basada en reglas<sup>6</sup>. En la medida en que no lo haya, no obstante, su enfoque parece menos fidedigno incluso como descripción de la práctica jurídica estadounidense. Tal como se advirtió en el capítulo 8, muchas veces herederos indignos no tan indignos como el nieto de *Riggs vs. Palmer* heredan incluso en circunstancias en las que podría apropiadamente considerarse que han actuado incorrectamente. Esto brinda un fuerte argumento en favor de la proposición de que una de las características del derecho estadounidense es el modo en el que las restricciones que impone la regla más localmente aplicable producen resultados que de otro modo serían distintos. La regla más localmente aplicable no siempre prevalece, como *Riggs* e innumerables otros casos lo muestran, pero esto sólo pone de manifiesto que el mejor modo de dar cuenta del papel de las reglas en el sistema jurídico estadounidense, así como en muchos otros, es el positivismo presuntivo y no un positivismo concluyente.

Esta digresión sobre DWORKIN ilustra las dificultades implicadas en tratar de determinar precisamente qué es un caso difícil, en el sentido de presentar a un decisor frente a un dilema interpretativo. Si se definen como casos difíciles incluso aquellos en los que una regla clara produce un resultado incómodo, entonces los casos fáciles serían sólo aquellos en los que el resultado señalado por la regla resulta consistente con el mejor resultado, considerando todos los factores relevantes. Esto obviamente no funciona porque de nuevo confunde la regla con su justificación. Ahora bien, puede ocurrir que la propia justificación constituya la regla, ya que ahora sabemos que una regla puede encontrarse en un lugar distinto de una formulación canónica. En ciertos entornos de toma de decisiones, la regla puede consistir en una cierta combinación de formulación y justificación de primer orden, o en una cierta combinación de formulación e intención originaria, o en alguna otra cosa. Pero sea lo que sea y donde quiera

<sup>5</sup> DWORKIN, *Taking Rights Seriously*: 111-115. También es relevante la discusión de DWORKIN de la "prioridad local" en *Law's Empire*: 250-254, 400-407. Aunque DWORKIN está hablando de la prioridad entre distintas ramas del derecho, la misma idea es aplicable a las reglas dentro de una misma rama.

<sup>6</sup> Sobre el modo en el que DWORKIN parece poner en crisis la idea de regla exigiendo que se la interprete de la mejor manera posible desde el punto de vista moral y político para una ocasión particular, véase ALEXANDER, «Striking Back at the Empire»: 424-425, y SCHAUER, «The Jurisprudence of Reasons», *passim*.

que esté, *esa* regla tendrá un núcleo claro y una penumbra, y los problemas interpretativos, tal como los hemos definido, se presentarán sólo en la zona de penumbra y no en el núcleo. En consecuencia, identificar los casos en los que se interpreta exige identificar los casos difíciles, y ese cometido es parasitario de una teoría que explique a la vez qué es lo que torna difícil un caso difícil y qué es lo que hace fácil a un caso fácil. Y esto a su vez es una función de qué dato —la formulación, la intención originaria, el propósito o lo que sea— constituye la regla. Sólo cuando se cuenta con una clara representación de qué dato genera una decisión es posible comprender cuándo ese dato es claro y cuándo no lo es<sup>7</sup>. De todos modos, parece que el retrato pretendidamente fidedigno de la práctica jurídica estadounidense que ofrece DWORKIN confunde el problema relativo a qué hacer con el problema relativo a cómo determinar qué es lo que una regla *significa*. Si lo que una regla significa *es* precisamente lo que debemos hacer, entonces las dos cuestiones se confunden. Pero si este enfoque es incorrecto, y si, en consecuencia, las reglas mismas no son irrelevantes en un cierto entorno de toma de decisiones, entonces los dilemas acerca de qué hacer, a los que *podríamos* denominar “interpretativos”, no son idénticos a los dilemas acerca de lo que una regla *significa*, a los que sin duda deberíamos denominar “interpretativos”.

## 2. UNA NUEVA VISITA A HART Y FULLER

Esta misma confusión entre lo que una regla indica y lo que un juez debe *hacer* (o incluso lo que un sistema jurídico debe hacer) se encuentra presente en el famoso debate entre H. L. A. HART y LON FULLER<sup>8</sup>. Cuando FULLER presentó como contraejemplo el monumento del vehículo que debía erigirse en el parque (véase *supra* capítulo 4, punto 5), o cuando de manera similar preguntaba si una regla como “no se debe dormir en la estación” debía ser aplicada a un ejecutivo cansado que cabeceó por un instante mientras esperaba su tren, entendió que estaba poniendo en tela de juicio la misma posibilidad de que una regla tuviese casos claros fuera de la aplicación de su *propósito* frente a las circunstancias y el contexto de un caso particular.

Es más que plausible que un sistema jurídico podría querer asumir como reglas propias alguna combinación del significado de una formulación y el propósito localizable que subyace a esa formulación.

<sup>7</sup> Empleo la expresión “dato” para describir los ítems presumiblemente relevantes para determinar qué es el derecho, sin incurrir en la petición de principio que implicaría referirse a esos ítems como “reglas” o “derecho”. La idea que tengo en mente está próxima a la utilización de la expresión “derecho de primer nivel” por parte de GAVISON en «Comment».

<sup>8</sup> HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», y FULLER, «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart».

Por consiguiente, una regla en un sistema semejante muy bien podría ser precisamente el significado de la formulación si, y sólo si, el resultado señalado por la formulación fuese consistente con el resultado señalado por la justificación de la regla. Pero, tal como lo he remarcado a lo largo de este libro, una regla semejante sería extensionalmente equivalente a que la propia justificación fuese la regla. No hay nada incoherente en esto, puesto que las reglas pueden existir en niveles diferentes de las formulaciones canónicamente articuladas. No obstante, esto sólo posterga el problema a un estadio distinto, ya que de todos modos puede haber casos, tal como hemos visto, en los que el resultado señalado tanto por la formulación como por su justificación pudiera todavía diferir del resultado señalado por la justificación aún más profunda que subyace a esa justificación. Considérese no sólo al campeón olímpico, sino también un caso en el que el mismo ejecutivo, habiendo perdido el último tren, se saca los zapatos, se recuesta sobre su abrigo y procede realmente a dormir mientras espera al primer tren de la mañana siguiente. Bajo estas circunstancias, la justificación para la regla que prohíbe a la gente usar la estación como sustituto de un hogar o un hotel podría resultar satisfecha con la imposición de sanción, pero es posible que la justificación subyacente a esa justificación, concerniente a casos arquetípicos de vagancia, no resulte satisfecha siquiera con la aplicación de la justificación de primer orden al sancionarse al ejecutivo. Si bajo estas circunstancias se aplica la regla cuando es consistente con su justificación, aun cuando resulte inconsistente con la justificación de esta última, habremos simplemente descubierto que hay reglas en el sistema. Las reglas, no obstante, residirían en justificaciones atrincheradas de primer orden y no en formulaciones inscritas.

En consecuencia, a menos que se asuma una poco plausible teoría particularista del significado, bajo la cual la noción de significado se confunde con lo que un decisor en un cierto entorno de decisión debería hacer en un cierto caso (véase *supra* capítulo 4, punto 1), parece que HART estaba en lo cierto. Existen núcleos de significado claro de las reglas (casos claramente comprendidos dentro de la regla), pese a que puede que no siempre resulten congruentes con el núcleo claro de significado del uso lingüístico ordinario de la formulación canónica de la regla. También existen, desde luego, los casos a los que HART se refería como de penumbra (¿las bicicletas o los carritos de bebé han de ser considerados vehículos?), en los cuales se requiere de interpretación en un sentido distinto<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Adviértase también lo expresado por RUSSELL en «Vagueness»: «Todas las palabras son aplicables sin lugar a dudas dentro de cierta área, pero se vuelven controvertibles en una zona de penumbra fuera de la cual son nuevamente con certeza no aplicables».

Esto sugiere que no era necesario que HART concediera incluso tanto como subsiguientemente concedió a FULLER<sup>10</sup>. Al reconocer la función del propósito en la constitución de la idea misma de regla, HART también incorporó lo que no es sino una elección contingente efectuada por la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos. Considérese a este respecto algunos otros famosos ejemplos de casos en los que la aplicación literal de una regla genera lo que indudablemente puede considerarse un resultado absurdo. Uno es el caso imaginado por PUFENDORF, en el que un cirujano boloñés que había llevado a cabo una cirugía de emergencia fue acusado, de conformidad con una ley claramente dirigida a prevenir duelos y peleas públicas, de «derramar sangre en las calles»<sup>11</sup>. Otro es el caso de ficción *R. vs. Ojibway*, en el que las disposiciones de una mítica ley para aves pequeñas definía “ave pequeña” como cualquier animal pequeño cubierto con plumas y con dos patas<sup>12</sup>. En esta definición, no obstante, quedaban comprendidas no sólo las aves pequeñas, sino también un poney con un cojinillo sobre su lomo, a resultas de lo cual el dueño del poney, que lo había matado para librarlo del dolor que sufría por haberse quebrado una pata, fue correctamente condenado por transgredir la ley que prohibía matar aves pequeñas<sup>13</sup>.

Estos casos, junto con el del monumento de FULLER y muchos otros que son reales y no ficticios como éstos, están destinados a mostrar lo absurdo de la aplicación literal de las formulaciones de reglas. Es importante distinguir, no obstante, lo absurdo del resultado de la posibilidad conceptual de reglas sub y sobreincluyentes. Los resultados en estos casos pueden ser desagradables, pero el hecho de que me resulten desagradables las anchoas no me lleva a controvertir su existencia. No obstante, la intolerancia respecto de estos resultados absurdos ha producido un entorno jurídico en el que ordinariamente se *otorgan potestades* a los jueces para dejar de lado el resultado señalado por la formulación normativa más localmente aplicable cuando ese resultado sea absurdo. Pero ese enfoque, que trata a la justificación y no a la formulación como regla, es contingente y no necesario. Por lo demás, no resulta en absoluto claro que no pueda decirse nada en defensa de la alternativa aparentemente desagradable. Un sistema jurídico receloso en otorgar potestades a los jueces para determinar el propósito de las reglas (considérense las instrucciones que se le imparten a los oficiales de policía acerca de lo que se le debe decir a un sospechoso cuando se lo arresta), podría instruir a los jueces para que apliquen simplemente la regla, incluso cuando el resultado les parezca incon-

<sup>10</sup> HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*: 8, 106.

<sup>11</sup> PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*, citado en *United States v. Kirby*, 74 US (7 Wall.) 482, 487 (1968).

<sup>12</sup> POMERANTZ y BRESLIN, «Judicial Humor —Construction of a Statue»: 138.

<sup>13</sup> Adviértase que los ponis tienen cuatro patas —y más—.

sistente con su propósito, o incluso si el resultado les parece absurdo. Un enfoque semejante reflejaría la decisión de preferir errores ocasionales, o incluso resultados absurdos, a un régimen en el que se confiriera potestad a los jueces para buscar el propósito o el carácter absurdo de las reglas, pues podría ser que se considere que tal potestad representa un riesgo de error o de variaciones en las decisiones aún más peligrosas que tolerar resultados ocasionalmente absurdos. La pregunta, por consiguiente, no es solamente si un resultado es absurdo, sino también si los decisores deberían tener competencia para determinar qué resultados son absurdos y cuáles no. Cuando se lo reformula así, el argumento en apoyo de aquello a lo que muchas veces se hace referencia peyorativamente como "formalismo" puede que no resulte todavía convincente, pero está lejos de ser absurdo.

Si se adoptara un enfoque semejante en un cierto sistema jurídico, dicho sistema podría (pero sólo podría) tener un título inferior para exigir obediencia de sus destinatarios. Sin duda reduciría el atractivo intelectual de ser juez. No obstante, ninguna de tales consecuencias ha de considerarse concluyente, y ninguna de ellas sugiere que sea conceptualmente imposible tener un sistema semejante. Lo que se advierte, en consecuencia, es una tendencia persistente, especialmente en la teorización jurídica centrada en los jueces, a considerar que las facultades contingentes de los jueces demuestran la incompatibilidad de la idea de regla con la tolerancia de resultados absurdos. Pero las cosas son justamente al revés, ya que la idea misma de toma de decisiones basada en reglas implica la aceptación de cierto número de resultados subóptimos en el área de sub o sobreinclusión.

Los resultados absurdos, en consecuencia, no son sino manifestaciones extremas de una característica primordial de la idea de regla. A veces podría resultar deseable evitar las experiencias recalcitrantes que cualquier regla genera, pero la compulsión por evitar respuestas erróneas claramente generadas por reglas claramente aplicables es algo bien distinto de los casos en los que no estamos seguros de lo que una regla parece exigir. Por consiguiente, el debate en torno a la naturaleza de las reglas, incluyendo el debate entre HART y FULLER sobre qué debe hacerse en el área de sub o sobreinclusión de las reglas, en última instancia no es muy pertinente respecto de la cuestión bien distinta de la interpretación de las reglas cuando éstas resultan poco claras.

### 3. REGLAS Y REALIDAD

Antes de volver sobre las cuestiones relativas a la resolución de los casos difíciles, es necesario, no obstante, considerar un intento adicional por fusionar las cuestiones relativas a qué es lo que una regla

exige con aquellas relativas a qué es lo que, considerando todos los factores relevantes, un decisor debe decidir. A esta postura, a la que he aludido antes (capítulo 4, punto 1), se la caracteriza como una aplicación de la semántica realista a cuestiones acerca de la interpretación de las reglas, y desde un punto de partida diferente busca cuestionar nuevamente la idea de que toda regla tenga un núcleo claro de significado relativamente independiente del contexto. Como los puntos de vista de FULLER y DWORKIN, este enfoque controvierte la idea de que hay casos fáciles comprendidos en una regla y, en consecuencia, controvierte asimismo la noción de caso difícil, porque la idea de caso difícil sólo resulta coherente bajo una interpretación subyacente de las reglas según la cual existen casos fáciles.

La postura a la que aquí me refiero se encuentra primordialmente asociada con M. MOORE, aunque ha sido también defendida por L. KATZ, D. BRINK y cierto número de otros autores<sup>14</sup>. Todos ellos pretenden inspirarse en concepciones semánticas generalmente asociadas con S. KRIPKE, K. DONNELLAN y H. PUTNAM, entre otros. En este enfoque —o al menos así lo suponen sus traductores—, el lenguaje es esencialmente transparente, y no es más que un indicador contingente de una realidad más profunda. En un sentido interesante, por lo tanto, la semántica realista es a la semántica convencionalista lo que las reglas de experiencia son a las reglas imperativas. Si entonces resulta que nuestra comprensión del fenómeno subyacente que el lenguaje refleja se modifica, cambiará también el significado del lenguaje, no como una consecuencia causal sino como un corolario lógicamente necesario del cambio en la comprensión misma.

Las consecuencias de este punto de vista para nuestra comprensión de las reglas resultan intrigantes. Para usar el ejemplo de PUTNAM, si cambiara nuestra comprensión de la naturaleza del agua, entonces también cambiaría el significado de la palabra “agua”, y entonces el significado de cualquier regla cuyo predicado fáctico incluyera “agua” cambiaría en la misma medida. MOORE y otros autores sostienen, por consiguiente, que las reglas deben ser entendidas de conformidad con esta tesis de la transparencia, de modo que quienes interpretan reglas no sólo tienen una justificación para mirar debajo de ellas, sino que tienen la obligación de hacerlo.

Pero aun suponiendo que KRIPKE, PUTNAM y sus camaradas filosóficos estén en lo cierto, *¿respecto de qué* es transparente el lenguaje? De acuerdo con la versión corriente de la teoría, ciertas palabras son transparentes respecto de la propia clase (o construcción) real, tal como ella es ordinariamente entendida por la mejor teoría disponible acerca

<sup>14</sup> Véase MOORE, M., «A Natural Law Theory of Interpretation»; *id.*, «The Semantics of Judging». Véase también KATZ, *Bad Acts and Guilty Minds*, y BRINK, «Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review»; *id.*, «Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)».

de lo que *es* el agua. No obstante, esto constituye un salto injustificado de la mejor teoría generalmente admitida de lo que *es* el agua a lo que cierto decisor querría hacer con este agua en este momento. Esto significa que no hay nada en la semántica realista que exija necesariamente (o incluso que tolere) un enfoque particularista del lenguaje, y aunque el punto de vista de una cierta comunidad lingüística pueda cambiar respecto de aquello que representa el término “agua” en la medida que cambie su punto de vista de lo que es el agua, de ello no se sigue que no haya alguna concepción relativamente acontextual de lo que la palabra “agua” significa para una determinada comunidad lingüística en un momento dado. Y en tanto ello sea así, nada de lo que hemos concluido cambia, dado que para la aplicación de ese significado siempre resta la posibilidad de que genere un resultado distinto del generado por la aplicación directa de las justificaciones subyacentes a las reglas de las cuales ese significado es parte componente.

Pero quienes propugnan este punto de vista preguntarían ¿qué ocurre con aquellos términos que poseen contenido moral, tales como “muerte” o “negligencia”? Aquí parecería como si ese componente moral fuese parte del significado de la expresión, y con seguridad sería inmoral confiar en una definición convencional de “muerte” si hacerlo produce un resultado inmoral. No obstante, esta vía niega la posibilidad de una moral basada en reglas. Incluso las palabras con contenido moral tienen aptitudes referenciales, y esa referencia puede orientarse hacia algo diferente de lo que constituye el resultado óptimo para *este* caso. De lo contrario, la idea de moral se tornaría esencialmente particularista, y ningún término, frase u oración moral podría decir nada excepto “tome ahora la mejor decisión considerando todos los factores relevantes”<sup>15</sup>. Si toda decisión moral fuese necesariamente particularista, las restricciones que imponen las reglas efectivamente desaparecerían, al menos en el contexto de términos moralmente cargados. No obstante, la fuente de esta conclusión parece extraña. Puedo admitir concepciones cambiantes de la muerte, así como el inextricable componente moral en la definición de la palabra “muerte”, sin aceptar que la única respuesta a la pregunta “¿ella murió?” sea “¿por qué quiere saberlo y qué depende de ello?”

Ahora resulta claro que el programa realista sólo funciona si la teoría semántica en la que se basa incorpora una teoría de toma de decisiones particularistas óptimas. Esto significa que la pretendida aplicación de la semántica realista, como desafío a un enfoque convencional de las reglas (y BRINK, entre otros, presenta las cosas justamente en estos términos) sólo será exitosa si las reglas *significan* precisamente

---

<sup>15</sup> Sobre estas cuestiones resulta relevante la discusión respecto de la asimetría de la autoridad (capítulo 6, punto 4) para explicar por qué una moral basada en reglas podría tener más o menos sentido según cuál sea el punto de partida de la evaluación.

lo que constituiría la mejor decisión moral en todo caso particular. Pero a menos que estemos dispuestos a perder por completo el concepto de significado, o a menos que la postura comentada se restrinja ahora a un número (relativamente) pequeño de términos moralmente cargados, con poco significado convencional<sup>16</sup>, esta concepción del lenguaje, según la cual éste es consistente con la mejor decisión particularista bajo las circunstancias del caso considerado, parece escasamente comprensible<sup>17</sup>.

Si se la restringe a un conjunto de expresiones mucho más limitado que el universo del lenguaje, la postura que aquí se discute se vuelve bastante más plausible. Supóngase que en el marco de un sistema jurídico tratamos con términos tales como "incumplimiento contractual", "*habeas corpus*", "orden de inhabilitación", "parte interesada"<sup>18</sup>. Estas expresiones, que son técnicas hasta la médula, no tienen significado alguno fuera de su significado jurídico sistemático. Por lo tanto, sería mucho más plausible que tuviesen significados que incorporaran los fines y aspiraciones del sistema del cual forman parte. En ese caso, si una de las aspiraciones del sistema consistiera en evitar resultados absurdos, una regla que incorporase el término "*habeas corpus*" sería incapaz de generar un resultado absurdo salvo que se la malinterprete, porque evitar resultados absurdos en los casos particulares es algo que habría sido incorporado en el significado del propio término.

Pero debería resultar manifiesto que este enfoque constituye una petición de principio. Como hemos visto, podría no ser descabellado que un sistema jurídico admitiera cierto número de resultados absurdos en casos individuales. Cualquier sistema sensible a cuestiones de distribución del poder y diseño institucional debería al menos considerar como plausible un sistema más fuerte basado en reglas que reconociera la posibilidad de resultados absurdos, pero que reconociera, asimismo, que está dispuesto a aceptar tales resultados como el menor de los males posibles en la toma de decisiones.

Esto no significa decir que un sistema semejante sería mejor que uno que tolerara menos los resultados absurdos o subóptimos en los casos individuales. Significa decir, no obstante, que la idea del realismo

<sup>16</sup> Esta precisión aparece implícitamente en el trabajo más reciente de BRINK, «Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)».

<sup>17</sup> En «Defeasability and Meaning», BAKER reconoce la tensión que aquí describo y sugiere que la idea de derrotabilidad se funda, ya sea en un rechazo de concepciones ordinarias del significado o bien en un deseo de fusionar una teoría del significado con una teoría de los actos de habla. Creo que está en lo correcto en ambas cosas, aunque soy menos optimista respecto de la posibilidad de desarrollar una teoría del significado que permita rescatar la idea de derrotabilidad.

<sup>18</sup> Y quizás también con términos de la constitución norteamericana tales como "protección igualitaria de la ley", "debido proceso legal" y "libertad de expresión".



resulta sorprendentemente similar a la de FULLER, ya que ambas consideran a las definiciones de los términos como coextensivas de los fines del sistema en el que tales términos se usan. Y ambas, al menos en sus manifestaciones extremas, consideran a las definiciones de los términos también como coextensivas de las mejores decisiones particulares que se alcanzan en casos particulares dentro del sistema. En la medida en que este enfoque se aplique a términos que poseen existencia fuera del sistema, parece incoherente. Y en la medida en que se lo aplique a términos que sólo tienen existencia dentro del sistema, el argumento implica una teoría de la adjudicación bastante plausible, pero en absoluto conceptualmente necesaria, que se encuentra enmascarada como una teoría del significado.

#### 4. PROPÓSITO E INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS REGLAS

Aunque hemos dado un largo rodeo, estamos de nuevo donde nos encontrábamos al comienzo de este capítulo. Hemos visto que en cualquier concepción de lo que es una regla que sea plausible y que no presuponga lo que quiere demostrar, habrá ciertos casos claramente comprendidos por ella, otros claramente no comprendidos por ella y otros respecto de los cuales resulta dudoso determinar si se hallan o no cubiertos por la regla. Debo reiterar que esto resulta compatible con cualquier concepción acerca de qué *es* una regla (o dónde está ella). Si la regla es una formulación canónica, entonces algunos casos estarán claramente cubiertos por ella, otros claramente no y en otros esto resultará dudoso. De modo similar, si la regla es cierta justificación o conjunto de justificaciones, entonces nuevamente habrá un conjunto de casos claramente dentro de *esa* regla, algunos fuera de ella y otros en la zona de penumbra. Sólo si la noción de regla es coextensiva respecto de una determinación completamente particularista, en cuyo caso no tendríamos noción de regla en absoluto, no habría un conjunto de casos claramente dentro, otro claramente fuera y otros dudosos.

Por lo tanto, estamos en condiciones de examinar la pregunta interpretativa fundamental. ¿Cómo deben interpretarse las reglas en los casos de duda, con independencia de cuáles sean los componentes de la regla? Una respuesta corriente a esta pregunta es que tales dudas deberían resolverse consultando las intenciones originarias de quienes formularon la regla. Estas intenciones, se dice, constituyen la fuente necesaria de orientación para la toma de decisiones cuando falla la orientación de la regla que de otro modo estaría disponible.

El recurso a la intención originaria no puede con plausibilidad considerarse como una necesidad lingüística. Incluso los más devotos de

una teoría intencional del significado no sostienen que el significado de un término *sea* precisamente esa intención<sup>19</sup>. Si tal fuese el caso, entonces sería imposible explicar cómo es que las palabras usadas son capaces de brindar al oyente alguna pista de lo que el hablante quiso decir.

Una vez que se acepta que el lenguaje tiene un significado independientemente de lo que quien lo usa (o formula) originariamente tuvo intención de decir<sup>20</sup>, puede advertirse que no hay necesidad de recurrir a la intención originaria. Si el significado del término resulta insuficiente y nos enfrentamos a un caso lingüísticamente difícil, entonces no hay nada en la naturaleza del significado que sugiera que debamos preguntar “¿qué habría pensado James Madison sobre esto?” Podríamos *querer* formular esa pregunta, pero hacerlo requeriría una resolución sustantiva acerca de por qué se consideró que las reglas existían desde el comienzo.

Tómese, por ejemplo, la (relativamente) extendida proposición de que cuando el lenguaje de las leyes resulta insuficiente, las intenciones originarias del cuerpo que promulgó la ley deben tomarse como concluyentes. Admítase, aunque esto es altamente discutible, que los cuerpos colegiados como las legislaturas pueden tener intenciones. No obstante, la existencia de esa intención no impone su uso como debido. Utilizar tales intenciones es considerar a la legislación desde un modelo imperativo<sup>21</sup>, semejante al modo en el que contemplamos la relación entre un soldado y su sargento. Cuando se considera la relación entre el soldado y su sargento, se reconoce que la relación de autoridad (establecida quizás por otras reglas) coloca al soldado en una posición en la que está obligado a cumplir con los *deseos* del sargento. Tan pronto como se adopta este modelo, puede entenderse por qué el atribulado soldado, que en cierta ocasión resulta insuficientemente orientado por las instrucciones realmente impartidas por el sargento, acudiría a otras pruebas para determinar lo que el sargento habría deseado que se hiciera en tales circunstancias.

<sup>19</sup> Pienso aquí en GRICE, «Meaning»; *id.*, «Utterer's Meaning and Intentions», y SCHIFFER, *Meaning*.

<sup>20</sup> Las reglas subsisten en el tiempo, y también lo hacen sus formulaciones. Esto lleva a un problema respecto de cómo deberíamos entender el lenguaje en el que se formula una regla. Incluso dejando de lado cuestiones relativas a la intención, ¿una expresión debería significar lo que habría significado al tiempo en el que ella fue formulada, o debería significar lo que significa ahora en esta comunidad lingüística, aun si eso es distinto del significado que tenía cuando la regla fue formulada? La respuesta sólo puede determinarse haciendo referencia a los valores que informan la internalización de la regla. Aunque toda internalización tiene lugar *ahora*, la internalización actual podría (pero no necesita) incorporar el significado de cierto momento en el pasado.

<sup>21</sup> Véase POSNER, «Legal Formalism, Legal Realism and Interpretation of Statutes and the Constitution».

Aquí, como en cualquier otro lugar, el recurso a las intenciones originarias es exigido por la naturaleza sustantiva de la relación. Dado que el objeto mismo de un testamento, por ejemplo, es permitir al dueño de una propiedad disponer de ella para después de su muerte *como lo desee*, puede comprenderse por qué la referencia a la intención del testador constituiría el curso natural cuando las instrucciones contenidas en el propio testamento resultasen indeterminadas. De manera similar, no es difícil entender el estímulo que subyace en la así llamada teoría "subjetiva" de los contratos, de acuerdo con la cual se recurre de pruebas externas de las intenciones de las partes contratantes a fin de completar los términos de un acuerdo cuando los contenidos en el propio documento no brindan una respuesta clara a cierto problema interpretativo.

En otros contextos, sin embargo, el recurso a la intención originaria parece menos requerido por la naturaleza de la situación. Cuando se presenta un caso en el cual el intérprete no está seguro de lo que exigen las reglas del béisbol o del bridge, la importancia de tratar de discernir a partir de pruebas extrínsecas lo que Abner Doubleday o Cornelius Vanderbilt pensaban o hubieran pensado sobre el caso parece mucho menor. Pensamos que recurrir a la intención originaria es tan extraño para el bridge o el béisbol como natural para los testamentos o los contratos porque nuestra comprensión de aquello de lo que trata el bridge puede describirse sin hacer referencia a los creadores del juego. El bridge sería igualmente divertido (para quienes pensamos que lo es) si sus reglas hubiesen sido descubiertas bajo la hoja de un repollo. Sólo cuando las intenciones de quien promulga la regla son parte de aquello en lo que consiste la actividad de seguir esas reglas podría resultar necesaria la referencia a las intenciones originarias en casos de dificultad interpretativa.

En consecuencia, puede también apreciarse por qué la cuestión de la intención originaria del autor en referencia a reglas de la Biblia, del Corán o del Talmud no es una cuestión de teoría normativa ni de filosofía del lenguaje sino de teología. De manera similar, la cuestión de la intención originaria del autor con respecto a la interpretación jurídica es nuevamente un problema de jurisprudencia sustantiva, con lo cual quiero significar que se trata de una cuestión que puede ser respondida por, y sólo por, una teoría acerca de lo que el derecho es y hace. Si, por ejemplo, el derecho *es* precisamente algo que se vincula con la continuidad, que consiste en comprometer el futuro a través de las decisiones legislativas actuales, y en seguir las órdenes de autoridades humanas<sup>22</sup>, entonces no sorprendería en absoluto que

---

<sup>22</sup> Los esfuerzos de DWORKIN por demostrar las dificultades para adivinar la intención originaria, *Law's Empire*: 53-76, le resultan necesarios precisamente porque la suya es una teoría sustantiva de la naturaleza del derecho que parecería tornar relevantes a las intenciones de

se valorase el recurso a la intención originaria, dado que en esta visión del derecho quienes crearon las normas en algún momento en el pasado son algo más que meros escribientes, son los creadores de las normas y deben ser obedecidos, así como las legislaturas actuales son creadoras de normas que deberán ser obedecidas mañana.

Por el contrario, si se contempla al derecho de manera diferente, como un conjunto de reglas que, sin importar quien las haya creado, son aquellas que *nosotros* aceptamos hoy y que *nosotros* elegimos utilizar ahora para coordinar nuestra existencia social, entonces del hecho de que ciertos seres humanos en cierto momento fuesen primariamente responsables de establecer al comienzo la forma canónica de ciertas reglas en los textos legales, no se seguirá nada con respecto al uso de las intenciones legislativas para resolver problemas interpretativos. En este último enfoque, la fuente de orientación en los casos de indeterminación queda abierta, y ésta es una pregunta que quienes viven hoy bajo tales reglas han de responder en términos de a quién desean conferir potestad para llenar las lagunas generadas por la indeterminación. Si una sociedad teme otorgar demasiado poder a quienes poseen autoridad para llenar esas lagunas, primordialmente los jueces, puede, no obstante, optar por exigir a esos jueces que sigan las intenciones históricas. Aquí, sin embargo, el recurso a las intenciones originarias no es tanto el producto de la importancia teórica de la intención originaria como de su utilidad instrumental para limitar a los jueces. Desde esta perspectiva, el instrumento para imponer tal restricción podría ser alguna otra cosa, como por ejemplo una regla por defecto que establezca que, en los casos de duda, quien ha formulado el reclamo jurídico debe perder. Porque cuando el uso de la intención originaria está al servicio de una restricción en tanto restricción, más que al servicio de una teoría sustantiva de la autoridad<sup>23</sup>, la intención originaria se vuelve nada más que una técnica, entre otras, que podría servir a tal fin.

## 5. INTERPRETACIÓN Y DISCRECIONALIDAD

Se sigue de lo expuesto que pueden existir circunstancias en las que no sea necesario considerar a la ausencia de una guía clara a partir de las reglas existentes como una oportunidad para imponer restricciones adicionales sobre los intérpretes. En esas circunstancias reconocemos que cuando las reglas resultan insuficientes, los intérpretes poseen *discrecionalidad*. No obstante, la identificación de una

---

los miembros anteriores de la comunidad. En una teoría del derecho diferente, no habría razón para atribuir importancia a la intención originaria y, por lo tanto, no habría necesidad de demostrar que ella resulta difícil de determinar.

<sup>23</sup> Esto no significa decir que no podría haber una teoría sustantiva de tales restricciones.

zona de discrecionalidad no responde ninguna de nuestras preguntas: sólo las presenta. ¿Qué *es* exactamente la discrecionalidad y en qué circunstancias sería sensato otorgarla?

La gente habla corrientemente de “discrecionalidad sin grilletes”, pero la frase es redundante. La discrecionalidad *es* libertad respecto de grilletes cuya imposición sería de lo contrario plausible. Cuando se imponen restricciones, la discrecionalidad disminuye *pro tanto*. Cuando se concibe la interpretación en función de los problemas que surgen cuando no se está seguro de si una regla se aplica, muchas veces se presupone este modelo de discrecionalidad, y muchos de quienes han escrito sobre reglas con frecuencia lo incorporan explícitamente. A veces vemos referencias a una responsabilidad de creación de reglas “intersticial” que es detonada cuando las restricciones que imponen las reglas resultan insuficientes, y algunos se refieren a las “lagunas” que surgen en los sistemas de reglas, lagunas que es función del intérprete llenar. La imagen de KELSEN de un «marco sin una pintura» capta lo que mucha gente piensa, porque esta metáfora ofrece el modelo de un pintor libre para pintar lo que desee en el lienzo, en la medida en que se respeten los límites establecidos por el marco<sup>24</sup>.

No obstante, parece haber aquí una confusión, ya que identificar la libertad para la toma de decisiones que resta luego de que las reglas han cumplido su labor es diferente de tratar de determinar lo que las reglas dicen en primera instancia. La pregunta acerca de qué es lo que debe hacerse en los intersticios entre las reglas no es idéntica a la pregunta acerca de dónde se ubican esos intersticios.

Por lo tanto, cuando una regla se presenta por vez primera como poco clara, parece incuestionable que se miren en primer lugar las justificaciones que subyacen a ella. Aunque puede no ser claro si un perro embalsamado es un perro, esa falta de claridad desaparece una vez que se admite que la justificación que subyace a la regla “no se admiten perros” pretende excluir del restaurante a aquellos agentes que, por su conducta molesta, pueden interferir con el placer de cenar de otra gente en el restaurante. Sin perjuicio de lo que pudiera decirse sobre los perros embalsamados, está fuera de discusión su incapacidad para correr por ahí, ladrar o comer restos de comida del piso. En consecuencia, aunque hemos visto que resulta inconsistente con las virtudes comúnmente atribuidas a la toma de decisiones basada en reglas el permitir que una justificación *triunfe* sobre la regla, no se sigue de ello que la justificación deba ser invisible cuando no estamos seguros de lo que la regla significa y, en consecuencia, de qué conducta restringe.

---

<sup>24</sup> Este modelo de interpretación se articula en PECZENIK y WRÓBLEWSKI, «Fuzziness and Transformation». Véase también GOTTLIEB, *The Logic of Choice*, 91-100; CURTIS, «A better theory of legal Interpretation», *passim*; FRIEDMAN, «Law and Its Language»: 572-573, y SCHAUER, «Authority and Indeterminacy», *passim*.

Sin importar con qué frecuencia el recurso a la justificación pueda resolver un caso que de otro modo sería difícil, la dificultad subsistirá a veces incluso después de que se haya consultado la justificación. No solamente ocurre que a veces no estamos seguros de si una regla se aplica, sino que con frecuencia tampoco estamos seguros de si se aplica su finalidad (incluso cuando sabemos cuál es esa finalidad). Supóngase que concluyésemos que un perro embalsamado, que quizás es un perro y quizás no lo es, puede o no molestar a otros clientes del restaurante, en parte porque sin importar cuán dócil y tranquilo un perro embalsamado pueda ser, de todos modos no es lo que la mayoría de la gente desearía ver cuando cena. La exclusión del perro embalsamado podría o no servir a la finalidad de la regla. Simplemente no estamos seguros.

Aquí parece de nuevo plausible volver a la justificación, en este caso a la justificación de segundo orden que subyace a la de primer orden. Podría ocurrir, por ejemplo, que la justificación de evitar molestias a los clientes fuese en sí misma la instanciación de una justificación consistente en maximizar el placer de cenar de esos clientes. Si ése fuese el caso, podríamos (los hipotéticos intérpretes) desear excluir al perro embalsamado, sobre la base de que, aun cuando no resulte claro si el perro embalsamado resultaría molesto, es mucho más claro que la presencia de un perro embalsamado difícilmente podría incrementar el placer de cenar de nadie en el restaurante con excepción de su dueño.

Esta visión de la interpretación orientada a los fines no parece dejar espacio alguno para *lagunas*. Aunque la identificación de la finalidad puede resultar difícil e incluso controvertible, la idea de una laguna parece, no obstante, una pobre caracterización de lo que ocurre incluso cuando no estamos seguros de lo que requiere la justificación de una regla. Considérese otra vez la regla "no se admiten vehículos en el parque". Cuando se presenta el problema de si una bicicleta es un vehículo, podría haber ciertas dudas al consultar la justificación de primer orden respecto de si la finalidad subyacente a la regla es minimizar el ruido o promover la seguridad de los peatones. En el primer caso, se admitirá la bicicleta en el parque, pero en el segundo resultará excluida. A efectos de resolver esta dificultad, podríamos esperar que el intérprete acuda a la justificación de segundo orden. Supóngase, sin embargo, que este nuevo nivel de análisis revela simplemente un deseo de maximizar el placer de los residentes del pueblo en el que está ubicado el parque. Ahora estamos en duda, y la tarea que debemos acometer está lejos de ser fácil, pues se trata de una cuestión práctica que genera una multiplicidad de respuestas entre una multiplicidad de intérpretes. De todos modos, esos intérpretes están todavía en un sendero que se inició con la propia regla, y el destino podría ser distinto si el intérprete hubiese comenzado a partir de otro lugar.

Por consiguiente, si estamos pensando en una única regla regulativa, parece difícil alcanzar la idea de laguna. El fracaso de la regla "no se admiten perros" para excluir hombres sin corbata difícilmente puede considerarse una "laguna" de la regla, y sería extraño pensar que cada caso no cubierto por la regla es una laguna. Por otra parte, incluso el fracaso de la regla "no se admiten perros" para excluir osos o niños molestos es una laguna sólo si, como hemos visto, la justificación y no la instanciación es lo que constituye la regla. Si se excluye a los osos y a los niños molestos, entonces "no se admiten perros" simplemente no es, y nunca fue, una *regla*. En consecuencia, si una regla no puede generar la idea de una laguna, y si las indeterminaciones en los límites de aplicación de la regla (el caso del perro embalsamado, por ejemplo) pueden resolverse a través de un proceso que va desde y a través de la propia regla, resulta igualmente difícil encontrar algún espacio para lo que podría denominarse "discrecionalidad" en un sentido fuerte de la expresión.

La situación es distinta, sin embargo, si en lugar de considerar sólo una regla contemplamos y asumimos un sistema *completo* de reglas. Al decir completo no quiero significar cerrado, como es el caso de las reglas de ajedrez. Más bien pretendo hacer referencia a un sistema, como el *common law* en los países de esa tradición, que aspira a regular todas las disputas. Eso no significa, desde luego, que todo aquel que presente un reclamo judicial lo ganará. Pero sí significa que el sistema pretende suministrar una respuesta para todo caso en el que dos ciudadanos tienen un conflicto. Por lo tanto, en este enfoque no existe nada parecido a una situación que quede completamente fuera del sistema de reglas, como tampoco, empleando el ejemplo de DWORKIN, hay en el tenis saques que no caigan dentro ni fuera de la cancha<sup>25</sup>.

Cuando un sistema de reglas tiene semejante pretensión de completitud, puede en efecto haber lagunas, dado que se espera que las reglas determinen un resultado para cualquier acontecimiento. Supóngase que nuestro restaurante pretende contar con un sistema de reglas completo que se ocupe de todos los casos en los que un potencial cliente se acerca a la puerta del restaurante. Desde este punto de vista, debería haber una solución para todo caso en el que alguien quiere entrar en el restaurante con algo. Podría imaginarse una lista de prohibiciones un tanto compleja, de conformidad con la cual se excluye a los perros, a los hombres sin corbata y los niños menores de seis

<sup>25</sup> DWORKIN, *A Matter of Principle*: 119-145. DWORKIN formula un argumento similar en su discusión del encuentro de ajedrez entre Fischer y Tal, *Taking Rights Seriously*: 101-105. La sonrisa de Tal a Fischer, una actividad hasta entonces no cubierta por las reglas del ajedrez, es un caso difícil precisamente porque las reglas del ajedrez pretenden cubrir todo lo que pasa entre los jugadores durante el juego. Sobre la pretensión de completitud de las reglas jurídicas, véase COHEN, «Theory and Definition in Jurisprudence»: 223-207.

años. Ahora supóngase nuevamente que llega un cliente trayendo con él un oso pequeño. Ninguna prohibición específica excluye al oso, de modo que se podría pensar que la no prohibición permite que el oso ingrese. Tal sería el resultado si el sistema de reglas fuese considerado completo, y se considerara que el sistema contiene una regla por defecto que especificara el resultado para todos los casos no específicamente enumerados. Si las reglas del restaurante dispusieran implícitamente que todo lo que no está prohibido está permitido, entonces estaría permitido entrar con el oso, y no habría nada oculto, difícil o que requiera interpretación en ello. De manera similar, si las reglas del ajedrez especificaran que los jugadores pueden hacer todo lo que no está específicamente prohibido, entonces la sonrisa de Tal a Fischer \* estaría permitida y, nuevamente, no podría decirse que este caso tenga nada de "difícil".

Nos estamos acercando ahora a una comprensión cabal de nuestro problema. Las lagunas son exclusivamente el producto de la conjunción de dos condiciones distintas, que sólo existen en sistemas con pretensiones de completitud, y que no disponen de una regla por defecto (o de clausura) para los casos no previstos. Si no hay una regla por defecto en el sistema, como no la hay en el ajedrez para las actividades que tienen lugar durante un encuentro pero que no están cubiertas por las reglas, y como no la hay en el *common law*, la respuesta a un caso no cubierto por el sistema es "veremos". Entender la existencia de lagunas en un sistema jurídico, por consiguiente, es una función de la *ausencia* en el derecho (o, al menos, en el *common law*) de una regla que establezca que el actor perderá si no puede fundar su pretensión en una justificación preexistente. Si el actor tiene una pretensión, esto se convierte en una circunstancia jurídicamente cognoscible incluso si no hay una regla preexistente que confiera resarcimiento en casos como ése.

Cuando efectivamente existe una laguna, al presentarse conjuntamente esta aspiración sistemática de completitud y la ausencia de una regla por defecto, pueden imaginarse dos enfoques diferentes. Para uno de ellos, las reglas existentes no ofrecen ningún apoyo para la decisión que ahora ha de tomarse, y el intérprete deberá decidir en el nuevo caso, considerando todos los factores relevantes, qué debe hacerse. Para el otro, asociado primordialmente a DWORKIN<sup>26</sup>, el intérprete contempla al sistema de reglas existente como un conjunto potencialmente coherente, y decidirá el nuevo caso de la forma que mejor

---

\* Tanto aquí como en la nota 25 precedente hemos cambiado la referencia a "la sonrisa de Fischer a Tal" que obraba en el original por resultar inexacta. (N. del T.)

<sup>26</sup> En la visión de DWORKIN, el cometido de la interpretación es totalizante y no intersticial. En consecuencia, podríamos describir este enfoque como dworkiniano pero no como el de DWORKIN.



desarrolle y se corresponda con la empresa establecida por el sistema de reglas existentes.

No es del todo claro, no obstante, que los dos enfoques sean genuinamente diferentes. Examinemos más detenidamente estos dos modelos, uno al que podríamos denominar "legislativo", porque considera que el intérprete desempeña un papel orientado por las mismas consideraciones que guiaron al creador originario de la regla, y otro al que podríamos denominar "interpretativo", porque le pide al intérprete que complemente la regla acudiendo únicamente a las restantes reglas ya existentes en el sistema aplicable. De acuerdo con el modelo interpretativo, dado que por estipulación la finalidad que subyace a la regla originaria no resulta apta para suministrar una respuesta, el intérprete debe alcanzar aquella decisión que resulte más coherente con los "datos" existentes. Pero este proceso tropieza con el problema de la subdeterminación. Ninguna explicación, teoría o historia tendrá la propiedad de ser la única que se ajuste a las reglas existentes y a las decisiones tomadas a partir de ellas. El intérprete deberá entonces, entre todas las interpretaciones que se ajustan al sistema de reglas existente, seleccionar una entre ellas sobre la base de algún factor que no resultará unívocamente derivable del sistema<sup>27</sup>. Para hacer esto, el intérprete, si es racional, tomará entonces la decisión que resulte mejor, considerando todos los factores relevantes, donde "todos los factores relevantes" ha de entenderse como basado precisamente en aquello que el sistema pretende lograr.

En el modelo legislativo, donde otra vez por estipulación toda noción de finalidad subyacente a cierta regla en particular se ha agotado como fuente para la orientación de la decisión, el legislador recientemente investido deberá tomar la mejor decisión, nuevamente "considerando todos los factores relevantes". Dado que puede suponerse que incluso el legislador originario ha tomado en cuenta las razones que justifican este sistema de reglas, parece que el intérprete que opera bajo el modelo legislativo estará basando su decisión en los mismos factores empleados por el intérprete en el modelo interpretativo para elegir entre teorías coherentes en competencia.

Adviértase que la similitud que hemos encontrado es precisamente una similitud y no una verdadera equivalencia extensional. En el modelo legislativo se encontraría abierta para el intérprete la posibilidad de elegir una interpretación que no se ajusta adecuadamente al sistema existente y a su finalidad, una opción de la que no dispone el intérprete en el modelo interpretativo. Pero es difícil imaginar algún sistema de reglas que otorgue a sus intérpretes, cuando no coincidan con los creadores de las reglas, la potestad de alcanzar una decisión que se aparte

<sup>27</sup> Véase ALEXANDER y BAYLES, «Hercules or Proteus: The Many Theses of Ronald Dworkin», y HANEN, «Justification and Coherence».

drásticamente de las presuposiciones existentes del sistema íntegro cuando se enfrentan a un dilema interpretativo. Y en tanto no estemos tratando con un sistema semejante, que toma al caso fortuito hasta entonces no considerado como una autorización para que el intérprete cambie la naturaleza del sistema, parece que el intérprete legislativo desarrollará un proceso similar al que lleva a cabo el intérprete en el modelo interpretativo.

Lo dicho hasta aquí supone, no obstante, que tratamos con casos cuya dificultad surge en los límites de aplicación de una regla *regulativa*. Cuando se trata de reglas jurisdiccionales y no de reglas regulativas, el cuadro parece diferente. Decir que “no se admiten perros” es una regla jurisdiccional parece extraño, aunque ella confiere potestad a quien ha de aplicarla para determinar qué es un perro. En la mayoría de los casos, no obstante, esta determinación ya habrá sido hecha por la comunidad lingüística. Pero si la regla se presenta de un modo diferente, y prohíbe la denegación de la “protección igualitaria de las leyes”, o “contratos, maquinaciones y conspiraciones que restrinjan el comercio”, o “conducta indigna de un caballero”, o “conducta antideportiva”, ella posee un aspecto jurisdiccional o de asignación de potestades dominante asociado con su aspecto regulativo, pues *toda* aplicación exige del decisor que lleve a cabo la determinación lingüística (y quizás social) de qué conducta es “no igualitaria”, “restrictiva del comercio”, “indigna de un caballero” o “antideportiva”.

En tales casos, parece circular sostener que la determinación del significado de estos términos que confieren potestades ha de hacerse en función de las reglas existentes dentro del sistema, pues una de las reglas del sistema establece que tales determinaciones deben ser hechas por el intérprete. Aquí resulta difícil incluso concebir esto como un caso difícil en el sentido interpretativo. El preciso propósito de estas reglas es conferir potestad a los intérpretes para elaborar los resultados sobre la base de factores que no se hallan contenidos en la regla y, en consecuencia, un intérprete que asume esta tarea estaría haciendo algo que se torna forzosamente en un acto interpretativo debido a las limitaciones del lenguaje, a las limitaciones en la previsión de los legisladores o a la ineliminable posibilidad de la textura abierta, pese a tratarse de algo diferente. Cuando vemos al intérprete forzado a interpretar debido a alguno de estos factores, es posible entender por qué la interpretación debe ser modesta y debe evitar tomar el caso fortuito como una oportunidad para alterar la naturaleza de la regla. Pero cuando la propia regla exige desde su núcleo que el intérprete precise aquello que no ha sido determinado por ella, encadenar al intérprete a otras reglas parece auto-derrotante, puesto que considerar a una regla que confiere potestades como sujeta a las exigencias privativas de potestades de otras reglas equivale a considerar a la asig-

nación de potestades como necesariamente sujeta a la privación de potestades.

Esto no significa decir que algún sistema no podría preferir seguir este curso. Pero sí significa decir que la exigencia de que un intérprete con potestades se vea restringido viene impuesta por la idea misma de una regla o por la idea de un sistema de reglas. En cambio, resulta consistente con la concepción de las reglas como herramientas que sirven a ciertos fines en ciertas partes de la comunidad. En consecuencia, sin una teoría sustantiva acerca de lo que un entorno de toma de decisiones está destinado a *hacer*, no es posible saber qué clases de reglas querría tener, si es que ha de tener alguna. Una decisión basada en reglas es acontextual, pero la determinación de si un cierto entorno de toma de decisiones debería emplear decisiones acontextuales es una decisión que no puede en sí misma tomarse acontextualmente.



## CAPÍTULO X

### EPÍLOGO.

### LAS VIRTUDES SILENCIOSAS

¿Entonces qué?

La pintura de la toma de decisiones guiada por reglas que ha surgido en este libro parece a primera vista sorprendentemente poco importante. Le he dado gran importancia a las experiencias recalcitrantes, esto es, las circunstancias en las que la especificación de una justificación se torna contraria a los propósitos que la justificación persigue. Pero seguramente esos casos son raros. Más comúnmente, la aplicación de una regla será consistente con su justificación. La aplicación de la regla a un caso específico producirá resultados idénticos a los que habrían surgido de la aplicación directa de la propia justificación. Por lo tanto, los casos en los que he concentrado la atención parecen marginales, y aunque es concebible que resulten interesantes, son, asimismo, estadísticamente despreciables. Y si las experiencias recalcitrantes —los casos que demuestran una divergencia extensional entre la regla y su justificación— son tan poco frecuentes, entonces ¿qué importancia tiene si cierto sistema elige tomar sus decisiones de conformidad con la pintura que he presentado de la toma de decisiones basada en reglas?

En parte, la importancia de esto, que parece poco importante, reside en la intersección entre la complejidad de la vida y las limitaciones necesarias de la mente. No se trata simplemente de que, tal como lo recuerda Gregory TRIANOSKY, «la gente común sencillamente no puede conservar todas las distinciones, incidencias y excepciones justo en

sus cabezas»<sup>1</sup>. Más bien, la toma de decisiones basada en reglas se asienta en parte en la creencia de que ninguno de nosotros, sea o no gente común, tiene la capacidad mental para considerar incesantemente todo aquello que un modelo de toma de decisión “considerando todos los factores relevantes” nos demanda. Si hemos de evitar quedar paralizados por la falta de certeza y caer en numerosos errores precisamente porque disponemos de un tiempo demasiado escaso para considerar muchas cosas, con frecuencia deberemos simplificar nuestro proceso de pensamiento, empleando una forma de toma de decisiones que nos circunscriba a considerar un espectro manejable de factores.

Las reglas, como lo hemos visto, desempeñan este propósito de simplificación de nuestras vidas, al operar de un modo que ha sido tan bien captado por IBM como por cualquier filósofo, cuando proclamó en un aviso publicitario que su propósito consistía en construir “máquinas para trabajar a fin de que la gente pueda pensar”. Las reglas también desempeñan esta función de simplificación de nuestra agenda o de limpieza de escritorio, al eliminar muchas cosas de la agenda de manera tal que lo que reste pueda ser tratado con el cuidado y detalle que merece. A este respecto, las reglas poseen virtudes silenciosas, ya que muchas veces nos resulta posible hacer lo que hacemos precisamente porque las reglas nos liberan de tener que hacer cualquier otra cosa. En consecuencia, a pesar de que pueda parecer que una regla regulativa sólo hace mella cuando los resultados que indica divergen de los resultados que habrían sido indicados por la directa aplicación de sus justificaciones subyacentes, esa explicación puede fenomenológicamente llevar a confusión. Aun cuando la regla demuestre su divergencia extensional en un único caso entre mil, y en los 999 restantes parezca hacer exactamente lo que la justificación habría hecho en ausencia de la regla, su importancia descansa justamente en el modo en el que libera a sus destinatarios de tener que determinar si es éste el caso en el que los resultados habrían sido diferentes. Sólo en virtud de la regla es que el destinatario se ve liberado de tener que mirar detrás de ella *en cada caso*, y de este modo la regla, que resulta extensionalmente divergente en uno de mil casos, incide también sobre la naturaleza del proceso de toma de decisiones en los 999 restantes.

Aun cuando las reglas sean presuntivas en lugar de absolutas, se les aplica una fenomenología similar, pero claramente de un modo atemperado. Cuando una regla no tiene más que una fuerza presuntiva, su destinatario debe inspeccionar un espectro más amplio de factores que los comprendidos por su predicado fáctico, pues de lo contrario no hay manera de determinar si éste es uno de los casos en los que la razón que la regla suministra resulta superada por otras razones.

---

<sup>1</sup> TRIANOSKY, «Rule-Utilitarianism and the Slippery Slope»: 421.

No obstante, hay grados de intensidad en esa inspección. Una cosa es inspeccionar el mundo bajo el supuesto de que todo en él es parte de la decisión, y otra distinta es inspeccionar el mismo mundo bajo el supuesto bien diferente de que algo en él podría ser, pero probablemente no será, relevante para la decisión a tomar. Este último proceso es más un *vistazo* que un cuidadoso escrutinio, y las reglas pueden ejercitar su función de focalización mediante la determinación de lo que debe ser examinado cuidadosamente y lo que sólo merece un vistazo. Y aunque un vistazo puede en ciertos casos indicar alguna razón para proceder a un examen más detenido, la fuerza de las reglas reside en el modo en el que, en todos los casos, justifican un examen menos cuidadoso del que se hubiera requerido en su ausencia.

Hasta cierto punto las reglas de experiencia pueden desempeñar estas tareas en lugar de aquellas reglas que suministran por sí mismas razones para la acción como reglas. Pero, como se ha visto en el capítulo 5, punto 7, las funciones de simplificación de las decisiones y “limpieza de escritorio” sólo pueden ser cumplidas por reglas que posean cierta módica fuerza de evidencia. Sólo si una regla eleva al menos la carga de justificación necesaria para adoptar un curso de acción inconsistente con sus indicaciones, es posible que produzca algún efecto sobre los decisores, incluyendo los efectos de simplificación de decisiones. Y si incluso las reglas que pueden ser dejadas de lado debido a su fracaso interno elevan esta carga de justificación, ya no serán esas reglas de experiencia carentes de peso imaginadas por aquellos que invariablemente anteponen a sus referencias a tales reglas el calificativo de “meras”, y pasan a operar de un modo sustancialmente equivalente al de las reglas cuya falta de transparencia respecto de sus justificaciones subyacentes es más obvia.

Lo que es aún más importante, no obstante, es que las reglas de experiencia genuinamente transparentes no logran captar el papel que desempeñan las reglas en la distribución del poder, esto es, en establecer las determinaciones jurisdiccionales que resultan esenciales en cualquier sociedad compleja e integrada por múltiples miembros. Pese a que la incidencia de una regla puede resultar más obvia sólo en el caso anómalo en el que su existencia introduce una diferencia relevante respecto del resultado, creer que las experiencias recalcitrantes —estadísticamente poco significativas— agotan la cuestión implica no entender el papel de las reglas. Cuando quien ha de tomar una decisión lo hace basándose exclusivamente en un número limitado de factores, ese decisor está operando en un mundo en el que las reglas han asignado la determinación de otros factores a alguna otra persona o institución. Incluso cuando las reglas no indican una decisión diferente de la que se habría alcanzado en ausencia de ellas, operan como la herramienta quizá más importante para la división del trabajo en la toma de decisiones.

Estas funciones jurisdiccionales pueden aparecer tanto dentro de los agentes como entre ellos. La lección del Gran Inquisidor puede entenderse como concerniente a los planes intra-personales y a las dificultades involucradas en disponer de demasiadas opciones. Cuando confío en otros ciertas decisiones que me afectan, y enajeno así parte de mi libertad, puedo estar actuando meramente para concentrar y, en consecuencia, acentuar mi libertad en otras áreas. Cuando respeto las reglas que otorgan parte de mis potestades a otros y elaboro reglas para mi propia conducta, con frecuencia lo hago en razón de la imposibilidad psicológica de tratar mi vida como una serie de elecciones constantes y sin restricciones. Si abduco de este modo parte de mi aptitud para efectuar elecciones que de lo contrario habría podido efectuar, al hacerlo adopto una decisión racional consistente en no tomar decisiones respecto de cada detalle de cada momento de mi vida.

En consecuencia, la esencia de la toma de decisiones basada en reglas descansa en el concepto de jurisdicción, pues las reglas, al estrechar el rango de factores a ser considerados por los decisores particulares, establecen y restringen la jurisdicción de tales decisores. Pese a lo que han contribuido para mejorar nuestra comprensión de las reglas quienes han estudiado su papel en la toma de decisiones morales, tal perspectiva tiene sus limitaciones. El incremento en la comprensión que deriva de ese importante cuerpo de pensamientos está limitado por la reticencia general a contemplar a las reglas desde un punto de vista diferente al del agente moral, responsable en última instancia de sus propias decisiones morales al intentar decidir qué hacer. Al tomar decisiones morales, no obstante, todos los agentes morales son jurisdiccionalmente equivalentes, pues parece casi inconsistente con la propia idea de la moral decir que cierta decisión con implicancias morales no es asunto mío.

Sin embargo, desde cualquier otro punto de vista, "ieso no es asunto mío!" describe una gran parte de nuestro mundo complejo y multi-jurisdiccional. La gente cumple funciones diferentes, tiene distintas aptitudes, vive en lugares diversos, posee diferentes lealtades, pertenece a grupos distintos y, en un sinnúmero de otras maneras, ocupa un mundo en el que la distribución de la autoridad entre la gente, los grupos y las instituciones es una forma de vida imprescindible. No es preciso considerar a estas formas de distribución de la jurisdicción como moralmente estériles. Necesitamos todavía de una teoría moral de la separación jurisdiccional, que centre la atención en cuestiones distintas de lo que un agente moral autónomo y anónimo debe hacer.

Pero incluso dejando de lado el componente moral de la separación jurisdiccional, esta división de responsabilidades invade nuestra existencia prudencial y pragmática. Puede que no haya nada de interés moral en la cuestión de si un árbitro debe autorizar cuatro *strikes* a un bateador particularmente valioso, pero este tipo de decisiones —de-



cisiones acerca de quién debería tener la potestad de decidir qué—son, no obstante, de capital importancia para casi todas las facetas de la vida comunitaria. Las reglas, al decirles a los agentes lo que deben hacer y, consiguientemente, lo que no deben hacer, son mecanismos a través de los cuales se delimitan roles y se distribuye el poder, y desempeñan su función no sólo en los casos en los que un agente toma una decisión que de todos modos habría alcanzado, incluso considerando factores que se encuentran bajo la jurisdicción de otro agente. Las reglas, en consecuencia, no sólo son instrumentales respecto del poder, sino también del control. Constituyen mecanismos de la arrogancia, pero también son mecanismos de la modestia. En la medida en que las reglas constituyen con frecuencia justificaciones indeseables para la denegación por parte de los agentes de responsabilidad última por lo que hacen, son en el mejor de los casos una bendición mixta. Pero en la medida en que las reglas constituyen con frecuencia mecanismos deseables para limitar la jurisdicción y, en consecuencia, para limitar el poder, y en la medida en que constituyen también con frecuencia mecanismos deseables para la distribución de la responsabilidad en un mundo complejo, su fuerza se hace sentir no sólo en el caso anómalo, sino en todos los casos. No se trata simplemente de que estas virtudes de las reglas muchas veces pasen desapercibidas y sean por ello silenciosas. Más bien, es ese mismo silencio, la aptitud para eliminar ciertas cosas de nuestra agenda así como para introducir las, lo que explica gran parte de lo que resulta valioso en las reglas.



## BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, R. M., 1976: «Motive Utilitarianism», en *Journal of Philosophy*, 73: 467-81.
- ALEXANDER, L., 1985: «Pursuing the Good-Indirectly», en *Ethics*, 95: 315-32.
- 1987: «Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin's Theory of Law», en *Law and Philosophy*, 6: 419-38.
- 1989: «Constrained by Precedent», en *Southern California Law Review*, 63: 1-64.
- 1990: «Law and Exclusionary Reasons», en *Philosophical Topics*, 18: 5-22.
- ALEXANDER, L., Y BAYLES, M., 1980: «Hercules or Proteus? The Many Theses of Ronald Dworkin», en *Social Theory and Practice*, 5: 267-303.
- ALSTON, W. P., 1963: «Meaning and Use», en *Philosophical Quarterly*, 13: 107-24.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1985: «Wittgenstein on Rules and Private Language». Reseñado en KRIPKE, S.: «Wittgenstein: On Rules and Private Language», en *Ethics*, 95: 342-52.
- ATYAH, P. S., y SUMMERS, R. S., 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press.
- AUSTIN, J. L., 1975: *How to Do Things With Words*, 2.<sup>a</sup> edición. Edición a cargo de URMSON, J. O., y SBISA, M. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1979: «Other Minds», en *Philosophical Papers*, 3.<sup>a</sup> edición. Edición a cargo de URMSON, J. O., y WARNOCK, G. J. Oxford: Oxford University Press, pp. 76-116.
- AUSTIN, J., 1954: *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Con introducción de HART, H. L. A. New York: Noonday Press.
- BAKER, G. P., 1977: «Defeasibility and Meaning», en HACKER, P. M. S., y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, pp. 26-57.
- 1981: «Following Wittgenstein: Some Signposts for *Philosophical Investigations*, §§ 143-242», en HOLZMAN, S. H., y LEICH, C. M. (eds.): *Witt-*

- genstein: to Follow a Rule*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., pp. 31-71.
- BAKER, G. P., y HACKER, P. M. S., 1984: *Scepticism, Rules and Language*. Oxford: Basil Blackwell.
- 1984: *Frege: Logical Excavations*. Oxford: Basil Blackwell.
- 1980: *Wittgenstein: Understanding and Meaning (An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations, volume I)*. Oxford: Basil Blackwell.
- 1985: *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity (An Analytical Commentary on the Philosophical Investigations, volume II)*. Oxford: Basil Blackwell.
- BAR-HILLEL, Y., 1954: «Indexical Expressions», en *Mind*, 63: 359-79.
- BAYLES, M. D., 1974: «Coercive Offers and Public Benefits», en *The Personalist*, 55: 139-44.
- 1986: «Mid-Level Principles and Justification», en PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W. (eds.): *Justification (NOMOS, XXVIII)*. New York: New York University Press, pp. 49-67.
- (ed.), 1968: *Contemporary Utilitarianism*. Garden City (New York): Doubleday & Company, Inc.
- BENDIT, T., 1977: «Threats and Offers», en *The Personalist*, 58: 382-384.
- BENTHAM, J., 1970: *Of laws in General*. Edición a cargo de HART, H. L. A. London: Athlone Press.
- BLACK, M., 1962: «The Analysis of Rules», en *Models and Metaphors*. Ithaca-New York: Cornell University Press, pp. 95-139.
- BLACKBURN, S., 1984: *Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language*. Oxford: Clarendon Press.
- BOYLE, J., 1985: «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», en *University of Pennsylvania Law Review*, 133: 685-780.
- BRANDT, R. B., 1959: *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall Inc.
- 1963: «Toward a Credible Form of Utilitarianism», en CASTAÑEDA, H., y NAKHNIKIAN, G. (eds.): *Morality and the Language of Conduct*. Detroit: Wayne State University Press, pp. 107-43. También en BAYLES: *Contemporary Utilitarianism*.
- 1988: «Fairness to Indirect Optimific Theories of Ethics», en *Ethics*, 98: 341-60.
- BRILMAYER, R. L., 1989: *Justifying International Acts*. Ithaca-New York: Cornell University Press.
- BRINK, D. O., 1988: «Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review», en *Philosophy & Public Affairs*, 17: 105-48.
- 1989: «Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2: 181-91.
- BURTON, S., 1984: *An Introduction to Law and Legal Reasoning*. Boston: Little, Brown & Co.
- CALABRESI, G., 1982: *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- CAMPBELL, R., y LANNING, S. (eds.), 1985: *Paradoxes of Rationality and cooperation: Prisoner's Dilemma and Newcomb's Problem*. Vancouver: University of British Columbia Press.
- CARTWRIGHT, N., 1979: «Causal Laws and Effective Strategies», en *Nous*, 13: 419-37.
- CATON, C. E., 1963: «Introduction», en CATON, C. E. (ed.): *Philosophy and Ordinary Language*. Urbana, Illinois: University of Illinois Press, pp. v-xii.

- CHRISTIE, G. C., 1982: *Law, Norms and Authority*. London: Gerald Duckworth and Co., Ltd.
- COHEN, J., 1955: «Theory and Definition in Jurisprudence», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 29 (suppl.): 213-38.
- COLEMAN, J., 1982: «Negative and Positive Positivism», en *Journal of Legal Studies*, II: 139-62.
- CORNELL, D., 1988: «Institutionalization of Meaning, Recollective Imagination, and the Potential for Transformative Legal Interpretation», en *University of Pennsylvania Law Review*, 136: 1135-229.
- COVAL, S. C., y SMITH, J. C., 1986: *Law and its Presuppositions: Actions, Agents and Rules*. London: Routledge & Kegan Paul.
- CURTIS, C. P., 1950: «A Better Theory of Legal Interpretation», en *Vanderbilt Law Review*, 3: 404-37.
- DARWALL, S., 1983: *Impartial Reason*. Ithaca-New York: Cornell University Press.
- DASCAL, M., y WRÓBLEWSKI, J., 1988: «Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law», en *Law and Philosophy*, 7: 203-24.
- DAVIDSON, D., 1980: «Actions, Reasons, and Causes», en *Essays on Actions and Events*. Oxford: Clarendon Press, pp. 3-19.
- DETMOLD, M. J., 1984: *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*. London: Routledge & Kegan Paul.
- DIGGS, B. J., 1964: «Rules and Utilitarianism», en *American Philosophical Quarterly*, 1: 32-44. También en BAYLES: *Contemporary Utilitarianism*.
- DONELLAN, K. S., 1966: «Reference and Definite Descriptions», en *Philosophical Review*, 75: 281-304.
- DUHEM, P. M. M., 1906: *La théorie physique: Son objet et sa structure*. Paris. Citado por la traducción inglesa de WIENER, P. P.: *The Aim and Structure of Physical Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1954.
- DUMMETT, M., 1981: *The Interpretation of Frege's Philosophy*. London: Gerald Duckworth & Company Ltd.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1985: *A Matter of Principle*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1986: *Law's Empire*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- EELS, E., 1986: «Probabilistic Causal Interaction», en *Philosophy of Science*, 53: 52-64.
- EISENBERG, M. A., 1988: *The Nature of the Common Law*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- EMMET, D., 1966: *Rules, Roles and Relations*. London: MacMillan.
- EZORSKY, G., 1968: reseña bibliográfica de LYONS, D.: *Forms and Limits of Utilitarianism*, en *Journal of Philosophy*, 65: 533-44.
- FARBER, D., y FRICKLEY, P., 1982: «Practical Reason and the First Amendment», en *UCLA Law Review*, 34: 1615-56.
- FERGUSON, R. B., 1983: «The Horwitz Thesis and Common Law Discourse in England», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 3: 34-58.
- FINNIS, J., 1984: «The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory», en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1: 115-37.
- 1987: «On Reason and Authority in Law's Empire», en *Law and Philosophy*, 6: 357-80.

- FLATHMAN, R., 1973: *Political Obligation*. London: Croom Helm.
- FOGELIN, R., 1976: *Wittgenstein*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd.
- FRANK, J., 1930: *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano's.
- FREGE, G., 1884: *Grundlagen der Arithmetik*. Breslau. Citado por la traducción inglesa de AUSTIN, J. L.: *The Foundations of Arithmetic: A Logico-Mathematical Enquiry into the Concept of Number*, 2.<sup>a</sup> edición revisada. Oxford: Basil Blackwell, 1954.
- FRIED, C., 1963: «Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test», en *Harvard Law Review*, 76: 755-78.
- FRIEDMAN, L. M., 1964: «Law and Its Language», en *George Washington Law Review*, 33: 563-79.
- FULLER, L. L., 1958: «Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart», en *Harvard Law Review*, 71: 630-72.
- 1969: *The Morality of Law*, edición revisada. New Haven: Yale University Press.
- GANS, C., 1968: «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», en *Philosophia*, 15: 373-94.
- GARVER, N., 1967: «Rules», en *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 7. New York: MacMillan Publishing Co., Inc., pp. 231-33.
- GARVEY, J., 1981: «Freedom and Equality in the Religion Clauses», en *The Supreme Court Review*, pp. 193-221.
- GAUTHIER, D., 1963: *Practical Reasoning: The Structure and Formulation of Prudential and Moral Arguments and their Exemplification in Discourse*. Oxford: Clarendon Press.
- 1986: *Morals By Agreement*. Oxford: Clarendon Press.
- GAVISON, R., 1987: «Comment», en GAVISON, R. (ed.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, pp. 21-34.
- GEWIRTH, A., 1981: «Are There Any Absolute Rights?», en *Philosophical Quarterly*, 31: 1-16.
- GILLIGAN, C., 1982: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- GLOVER, T., 1982: «What's Wrong with Slippery Slope Arguments?», en *Canadian Journal of Philosophy*, 12: 303-16.
- GOLDMAN, H. S., 1974: «David Lyons on Utilitarian Generalization», en *Philosophical Studies*, 26: 77-95.
- GOMBRICH, E. H., 1974: «The Logic of Vanity Fair: Alternatives to Historicism in the Study of Fashions, Style and Taste», en SCHLIPP, P. A. (ed.): *The Philosophy of Karl Popper*, 2. La Salle (Illinois): Open Court Publishing Co., pp. 925-57.
- GOOD, I. J., 1961: «A Causal Calculus (I) & (II)», en *British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 11: 305-18; vol. 12: 43-51.
- GOODHART, A. L., 1930: «Determining the Ratio Decidendi of a Case», en *Yale Law Journal*, 40: 161-83.
- 1959: «The Ratio Decidendi of a Case», en *Modern Law Review*, 22: 117-24.
- GOTTLIEB, G., 1968: *The Logic of Choice*. London: George Allen and Unwin Ltd.
- GREEN, L., 1983: «Law, Co-ordination and the Common Good», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 3: 299-324.
- GREENAWALT, K., 1987: *Conflicts of Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- GRICE, H. P., 1957: «Meaning», en *Philosophical Review*, 66: 377-88.

- 1968: «Utterer's Meaning, Sentence-Meaning, and Word-Meaning», en *Foundations of Language*, 4: 225-42.
- HANEN, M., 1983: «Justification as Coherence», en STEWART, M. A. (ed.): *Law, Morality and Rights*. Dordrecht, Netherlands: Reidel, pp. 67-92.
- HARE, R. M., 1952: *The Language of Morals*. Oxford: Clarendon Press.
- 1963: *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- 1972-1973: «Principles», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 73: 1-18.
- 1981: *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*. Oxford: Clarendon Press.
- HARRIS, J. W., 1979: *Law and Legal Science: An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- HARRISON, J., 1952-1953: «Utilitarianism, Universalisation, and Our Duty to Be Just», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 53: 105-34. También en BAYLES: *Contemporary Utilitarianism*.
- HART, H. L. A., 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, 71: 593-629. También en HART: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*.
- 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- 1972: «Bentham on Legal Powers», en *Yale Law Journal*, 81: 799-822.
- 1982: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- 1983: «Definition and Theory in Jurisprudence», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, pp. 21-48.
- 1983: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- HEINER, R. A., 1986: «Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules», en *The Journal of Legal Studies*, 15: 227-61.
- HELD, V., 1972: «Coercion and Coercive Offers», en PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W. (eds.): *Coercion (NOMOS, XIV)*. Chicago: Aldine-Atherton, pp. 49-62.
- HILPINEN, R., 1985: «Normative Conflicts and Legal Reasoning», en BULYGIN, E., et al. (eds.): *Man, Law and the Modern Forms of Life*. Dordrecht, Netherlands: D. Reidel, pp. 191-208.
- 1987: «Conflict and Change in Norm Systems», en FRANDBERG, A., y VAN HOECKE, M. (eds.): *The Structure of Law*, vol. 14, *Skrifter fran Juridiska Fakulteten i Uppsala*. Uppsala, Sweden: Iustus Forlag, pp. 37-49.
- HINTIKKA, J., 1988: «On the Incommensurability of Theories», en *Philosophy of Science*, 55: 25-38.
- HOLDCROFT, D., 1978: *Words and Deeds: Problems in the Theory of Speech Acts*. Oxford: Clarendon Press.
- HOLMES, S., 1988: «Gag Rules, or the Politics of Omission», en ELSTER, J., y SLAGSTAD, R. (eds.): *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3-42.
- HONORÉ, A. M., 1977: «Real Laws», en HACKER, P. M. S., y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, pp. 99-118.
- HORWICH, P., 1974: «On Calculating the Utility of Acts», en *Philosophical Studies*, 25: 21-31.
- HORWITZ, M., 1977: *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- JAMES, W., 1978: *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking y The Meaning of Truth: A Sequel to Pragmatism*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

- JIWEI, C., 1988: «The Logic of the Generality of Moral Principles», en *Philosophical Quarterly*, 38: 305-15.
- KALMAN, L., 1986: *Legal Realism at Yale, 1927-1960*. Chapel Hill, North Carolina: University of North Carolina Press.
- KATZ, J., 1981: «Literal Meaning and Logical Theory», en *Journal of Philosophy*, 78: 203-33.
- KATZ, L., 1988: *Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the Criminal Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- KAVKA, G., 1975: «Extensional Equivalence and Utilitarian Generalization», en *Theoria*, 41: 125-47.
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> edición. Wien. Citado por la traducción inglesa de KNIGHT, M.: *Pure Theory of Law*, 2.<sup>a</sup> edición. Berkeley: University of California Press, 1967.
- 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*. Edición a cargo de RINGHOFER, K., y WALTER, R. Wien: Manz.
- KENNEDY, D., 1973: «Legal Formality», en *Journal of Legal Studies*, 2: 351-98.
- 1976: «Form and Substance in Private Law Adjudication», en *Harvard Law Review*, 89: 1685-778.
- KRATOCHWIL, F., 1989: *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KRIPKE, S. A., 1980: *Naming and Necessity*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1982: *Wittgenstein on Rules and Private Language: An Elementary Exposition*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- LEIBNIZ, G. W., 1970: «Discourse on Metaphysics», en LOEMKE, L. (ed.): *Philosophical Papers and Letters*, 2.<sup>a</sup> edición. Dordrecht, Holland: D. Reidel Publishing Company.
- LEONARDI, P., 1988: reseña bibliográfica de BAKER y HACKER: *Skepticism, Rules & Language*, en *Nous*, 22: 618-24.
- LEVINSON, S., 1978: «Taking Law Seriously: Reflections on "Thinking Like a Lawyer"», en *Stanford Law Review*, 30: 1071-109.
- 1989: «Who is a Jew(ish Justice)?», en *Cardozo Law Review*, 10: 2359-70.
- LEVI, E. H., 1949: *An Introduction on Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.
- LEWIS, D. K., 1969: *Convention: A Philosophical Study*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1983: «Scorekeeping in a Language Game», en *Philosophical Papers*, vol. 1. New York: Oxford University Press, pp. 233-49.
- LINDBLOM, C. E., 1959: «The Science of Muddling Through», en *Public Administration Review*, 19: 79-88.
- 1965: *The Intelligence of Democracy*. New York: MacMillan.
- LINSKY, L., 1977: *Names and Descriptions*. Chicago: University of Chicago Press.
- LLEWELLYN, K. N., 1930: *The Bramble Bush: Some Lectures on Law and its Study*. New York: Columbia University School of Law.
- 1962: *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago: University of Chicago Press.
- LYONS, Daniel, 1975: «Welcome Threats and Coercive Offers», en *Philosophy*, 50: 425-36.
- LYONS, David, 1965: *Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford: Clarendon Press.



- 1977: «Principles, Positivism, and Legal Theory», en *Yale Law Journal*, 87: 415-36.
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- 1981: *H. L. A. Hart*. London: Edward Arnold.
- MCGINN, C., 1984: *Wittgenstein on Meaning: An Interpretation and Evaluation*. Oxford: Basil Blackwell Ltd.
- MARCH, J. G., y HERBERT, A. S., 1958: *Organizations*. New York: John Wiley.
- 1978: «Bounded Rationality, Ambiguity, and the Engineering of Choice», en *Bell Journal of Economics*, 9: 587-608.
- MARGALIT, A., 1981: «Open Texture», en MARGALIT, A. (ed.): *Meaning and Use*. Amsterdam: D. Reidel, pp. 141-52.
- MICHELMAN, F., 1986: «Traces of Self-Government», en *Harvard Law Review*, 100: 4-53.
- MINOW, M., 1987: «Justice Engendered», en *Harvard Law Review*, 101: 10-95.
- MOLES, R. N., 1987: *Definition and Rules in Legal Theory: A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*. Oxford: Basil Blackwell.
- MONTROSE, J. L., 1957: «Ratio Decidendi and the House of Lords», en *Modern Law Review*, 20: 124-30.
- 1957: «The Ratio Decidendi of a Case», en *Modern Law Review*, 20: 587-95.
- MOORE, G. E., 1903: *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOORE, M., 1981: «The Semantics of Judging», en *Southern California Law Review*, 54: 151-294.
- 1985: «A Natural Law Theory of Interpretation», en *Southern California Law Review*, 58: 277-398.
- 1989: «Authority, Law, and Razian Reasons», en *Southern California Law Review*, 62: 827-96.
- NAGEL, T., 1970: *The Possibility of Altruism*. Oxford: Clarendon Press.
- NOZICK, R., 1968: «Moral Complications and Moral Structures», en *Natural Law Forum*, 13: 1-50.
- PAPINEAU, D., 1985: «Probabilities and Causes», en *The Journal of Philosophy*, 82: 57-74.
- PAULSON, S. L., 1980: «Material and Formal Authorization in Kelsen's Pure Theory», en *Cambridge Law Journal*, 39: 172-93.
- 1988: «An Empowerment Theory of Legal Norms», en *Ratio Juris*, 1: 58-72.
- PECZENIK, A., y WRÓBLEWSKI, J., 1985: «Fuzziness and Transformation: Towards Explaining Legal Reasoning», en *Theoria*, 51: 24-44.
- PERRY, S. R., 1987: «Judicial Obligation, Precedent and the Common Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 7: 215-32.
- 1989: «Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory», en *Southern California Law Review*, 62: 913-94.
- PETIT, P., y BRENNAN, G., 1986: «Restrictive Consequentialism», en *Australasian Journal of Philosophy*, 64: 438-55.
- POMERANTZ, H., y BRESLIN, S., 1966: «Judicial Humour-Construction of a Statute», en *Criminal Law Quarterly*, 8: 137-39.
- POSNER, R., 1986: «Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution», en *Case Western Reserve University Law Review*, 37: 179-217.
- POSTEMA, G., 1982: «Coordination and Convention at the Foundations of Law», en *Journal of Legal Studies*, 11: 165-203.
- 1986: *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press.

- PRIEST, G. L., 1977: «The Common Law and the Selection of Efficient Rules», en *Journal of Legal Studies*, 6: 65-82.
- PRIEST, G. L., y KLEIN, W., 1984: «The Selection of Disputes for Litigation», en *Journal of Legal Studies*, 13: 1-23.
- PUTNAM, H., 1975: *Mind, Language and Reality* (Philosophical Papers, vol. 2). Cambridge: Cambridge University Press.
- QUINE, W. O., 1960: *World and Object*. Cambridge-Massachusetts: MIT Press.
- QUINTON, A., 1973: *Utilitarian Ethics*. London: MacMillan.
- RADIN, M. J., 1986: «Mid-Level Principles and Non-Ideal Justification», en PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W. (eds.): *Justification* (NOMOS, XXVIII). New York: New York University Press, pp. 33-48.
- RAWLS, J., 1955: «Two Concepts of Rules», en *Philosophical Review*, 64: 3-32. También en BAYLES: *Contemporary Utilitarianism*.
- 1973: *A Theory of Justice*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press.
- 1972: «Legal Principles and the Limits of Law», en *Yale Law Journal*, 81: 823-54.
- 1972: «Normative Powers and Voluntary Obligations», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 46 (supp.): 79-102.
- 1975: «Reasons for Action, Decisions and Norms», en *Mind*, 83: 481-99.
- 1975: *Practical Reasons and Norms*. London: Hutchinson & Sons Ltd.
- 1978: «Introduction», en RAZ, J. (ed.): *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-17.
- 1979: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- 1983: «Legal Principles and the Limits of Law» (versión revisada), en COHEN, M. (ed.): *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld, pp. 73-87.
- 1984: «The Obligation to Obey: Revision and Tradition», en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1: 139-55.
- 1986: *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- 1989: «Facing Up: A Reply», en *Southern California Law Review*, 62: 1153-235.
- REGAN, D. H., 1980: *Utilitarianism and Co-operation*. Oxford: Clarendon Press.
- 1987: «Law's Halo», en COLEMAN, J., y PAUL, E. F. (eds.): *Philosophy and Law*. Oxford: Basil Blackwell, pp. 15-30.
- 1989: «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*», en *Southern California Law Review*, 62: 995-1095.
- 1990: «Reasons, Authority, and the Meaning of "Obey": Further Thoughts on Raz and Obedience to Law», en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 3: 3-28.
- REYNOLDS, N., 1989: «Law as a Convention», en *Ratio Juris*, 2: 105-20.
- RICHARDS, D. A. J., 1971: *A Theory of Reasons for Action*. Oxford: Clarendon Press.
- ROSEN, D., 1978: «In Defense of a Probabilistic Theory of Causality», en *Philosophy of Science*, 45: 604-13.
- ROSS, A., 1968: *Directives and Norms*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd.
- ROSS, W. D., 1930: *The Right and the Good*. Oxford: Clarendon Press.
- RUBIN, P. H., 1977: «Why is the Common Law Efficient?», en *Journal of Legal Studies*, 6: 51-63.

- RUMBLE, W. E., 1968: *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and the Judicial Process*. Ithaca-New York: Cornell University Press.
- RUSSELL, B., 1923: «Vagueness», en *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, 1: 84-92.
- SALMON, W., 1980: «Probabilistic Causality», en *Pacific Philosophical Quarterly*, 61: 50-74.
- SARTORIUS, R., 1971: «Social Policy and Judicial Legislation», en *American Philosophical Quarterly*, 8: 151-69.
- SCHAUER, F., 1985: «Slippery Slopes», en *Harvard Law Review*, 99: 361-83.
- 1987: «The Jurisprudence of Reasons», reseña bibliográfica de DWORKIN: *Law's Empire*, en *Michigan Law Review*, 85: 847-70.
- 1987: «Precedent», en *Stanford Law Review*, 39: 571-605.
- 1987: «Authority and Indeterminacy», en PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W. (eds.): *Authority Revisited (NOMOS, XXIX)*. New York: New York University Press, pp. 28-38.
- 1988: «Formalism», en *Yale Law Journal*, 97: 509-48.
- 1988: «Judging in a Corner of the Law», en *Southern California Law Review*, 61: 1717-33.
- 1989: «Is the Common Law Law?», reseña bibliográfica de EISENBERG: *The Nature of the Common Law*, en *California Law Review*, 77: 455-71.
- SCELLING, T. C., 1960: *The Strategy of Conflict*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1985: «Enforcing Rules on Oneself», en *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1: 357-74.
- SCHIFFER, S., 1972: *Meaning*. Oxford: Clarendon Press.
- SEARLE, J. R., 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 1978: «Prima Facie Obligations», en RAZ, J. (ed.): *Practical Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, pp. 81-90.
- 1978: «Literal Meaning», en *Erkenntnis*, 13: 207-24. Reimpreso en SEARLE, J., 1979: *Expression and Meaning*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 117-36.
- 1983: *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*. Cambridge: Cambridge University Press.
- 1984: *Minds, Brains and Science*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- SHKLAR, J. N., 1964: *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- SHWAYDER, D., 1965: *The Stratification of Behaviour: A System of Definitions Propounded and Defended*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd.
- SILVER, C., 1987: «Elmer's Case: A Legal Positivist Replies to Dworkin», en *Law and Philosophy*, 6: 381-99.
- SILVERSTEIN, H. S., 1974: «Simple and General Utilitarianism», en *The Philosophical Review*, 83: 339-63.
- SIMMONS, A. J., 1979: *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton: Princeton University Press.
- SIMON, H. A., 1957: *Models of Man*. New York: John Wiley.
- SIMPSON, A. W. B., 1957: «The Ratio Decidendi of a Case», en *Modern Law Review*, 20: 413-15.
- 1958: «The Ratio Decidendi of a Case», en *Modern Law Review*, 21: 155-60.

- 1973: «The Common Law and Legal Theory», en SIMPSON, A. W. B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence* (segunda serie). Oxford: Clarendon Press, pp. 77-99.
- 1986 (versión revisada): TWINING, W. (ed.): *Legal Theory and Common Law*. Oxford: Basil Blackwell, pp. 8-25.
- SINGER, M. G., 1961: *Generalization in Ethics: An Essay in the Logic of Ethics, with the Rudiments of a System of Moral Philosophy*. New York: Alfred A. Knopf Inc.
- SLOTE, M., 1989: *Beyond Optimizing: A Study of Rational Choice*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- SMART, J. J. C., 1956: «Extreme and Restricted Utilitarianism», en *Philosophical Quarterly*, 6: 344-54. También en versión revisada en BAYLES: *Contemporary Utilitarianism*.
- SMITH, M. B. E., 1973: «Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?», en *Yale Law Journal*, 82: 950-76.
- SOBEL, J. H., 1970: «Utilitarianisms: Simple and General», en *Inquiry*, 13: 394-449.
- SOBER, E., 1988: «Apportioning Causal Responsibility», en *The Journal of Philosophy*, 85: 303-18.
- SOPER, P., 1984: *A Theory of Law*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- 1977: «Legal Theory and the Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», en *Michigan Law Review*, 75: 511-42.
- STOCK, G., 1988: «Leibniz and Kripke's Sceptical Paradox», en *Philosophical Quarterly*, 38: 326-29.
- STONE, J., 1947: *The Province and Function of Law*. London: Stevens & Sons Limited.
- STOUT, A. K., 1954: «But Suppose Everyone Did the Same», en *Australasian Journal of Philosophy*, 32: 1-29.
- STRAWSON, P. F., 1950: «On Referring», en *Mind*, 59: 320-44.
- SUPPES, P., 1970: *A Probabilistic Theory of Causality*. Amsterdam: North Holland Publishing Company.
- SUSSKIND, R. E., 1987: *Expert System in Law: A Jurisprudential Inquiry*. Oxford: Clarendon Press.
- TAPPER, C., 1971: «A Note on Principles», en *Modern Law Review*, 34: 628-34.
- THOMSON, J., 1977: «Some Ruminations on Rights», en *Arizona Law Review*, 19: 45-60.
- TRIANOSKY, G., 1978: «Rule-Utilitarianism and the Slippery Slope», en *Journal of Philosophy*, 75: 414-24.
- TUR, R., 1977: «Positivism, Principles, and Rules», en ATTWOOLL, E. (ed.): *Perspectives on Jurisprudence*. Glasgow: University of Glasgow Press, pp. 42-78.
- TWINING, W., 1973: *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London: Weidenfeld & Nicolson.
- TWINING, W., y MIERS, D., 1982: *How To Do Things With Rules: A Primer of Interpretation*, 2.<sup>a</sup> edición. London: Weidenfeld & Nicolson.
- ULLMAN-MARGALIT, E., 1977: *The Emergence of Norms*. Oxford: Clarendon Press.
- 1983: «On Presumption», en *Journal of Philosophy*, 80: 143-63.
- ULLMAN-MARGALIT, E., y MARGALIT, A., 1982: «Analyticity by Way of Presumption», en *Canadian Journal of Philosophy*, 12: 435-52.

- URMSON, J., 1953: «The Interpretation of the Moral Philosophy of J. S. Mill», en *Philosophical Quarterly*, 3: 3-39. También en BAYLES: *Contemporary Utilitarianism*.
- 1970: «Moore's Utilitarianism», en AMBROSE, A., y LAZEROWITZ, M. (eds.): *G. E. Moore: Essays in Retrospect*. London: George Allen & Unwin Ltd., pp. 343-49.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action: A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul.
- 1983: «The Foundation of Norms and Normative Statements», en *Practical Reason*. Ithaca-New York: Cornell University Press, pp. 67-82.
- 1983: «On the Logic of Norms and Actions», en *Practical Reason*. Ithaca-New York: Cornell University Press, pp. 100-29.
- WAISMANN, F., 1951: «Verifiability», en FLEW, A. G. N. (ed.): *Logic and Language: First Series*. Oxford: Basil Blackwell, pp. 117-44.
- WARNOCK, G. J., 1971: *The Object of Morality*. London: Methuen & Co. Ltd.
- WASSERSTROM, R. A., 1961: *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press.
- WERTHEIMER, A., 1987: *Coercion*. Princeton: Princeton University Press.
- WESTEN, P., 1985: «"Freedom" and "Coercion". Virtue Words and Vice Words», en *Duke Law Journal*, pp. 541-93.
- WHITEHEAD, A. N., 1958: *An Introduction to Mathematics*. New York: Oxford University Press.
- WHITT, L. A., 1984: «Acceptance and the Problem of Slippery-Slope Insensitivity in Rule-Utilitarianism», en *Dialogue*, 23: 649-59.
- WINCH, P., 1958: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge & Kegan Paul.
- WINSTON, K. W., 1977: «On Treating Like Cases Alike», en *California Law Review*, 62: 1-39.
- 1985: reseña bibliográfica de SUMMERS: *Lon L. Fuller*, en *Ethics*, 95: 751-5.
- WITTGENSTEIN, L., 1958: *Philosophical Investigations*. Tercera edición en alemán e inglés traducida por ANSCOMBE, G. E. M. New York: MacMillan Publishing Co., Inc.
- 1978: *Remarks on the Foundations of Mathematics*. Edición revisada en alemán e inglés por VON WRIGHT, G. H.; RHEES, R., y ANSCOMBE, G. E. M. Traducción de ANSCOMBE, G. E. M. Cambridge-Massachusetts: MIT Press.
- WOLFF, R. P., 1970: *In Defense of Anarchism*. New York: Harper & Row.
- WOOLLEY, A. D., 1967: reseña bibliográfica de LYONS: *Forms and Limits of Utilitarianism*, en *Philosophical Quarterly*, 17: 183-84.
- WRIGHT, C., 1980: *Wittgenstein on the Foundations of Mathematics*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- YABLO, S., 1987: «Identity, Essence, and Indiscernability», en *Journal of Philosophy*, 84: 293-314.
- ZIFF, P., 1960: *Semantic Analysis*. Ithaca-New York: Cornell University Press.
- 1967: «On H. P. Grice's Account of Meaning», en *Analysis*, 28: 1-8.

