

¿UN BULYGIN PRAGMÁTICO?

MARTÍN BÖHMER

Universidad de San Andrés - Universidad de Buenos Aires

martin.bohmer@gmail.com

MARÍA GABRIELA SCATAGLINI

Universidad de Buenos Aires

g_scataglini@hotmail.com

Resumen

En este trabajo confrontamos la posición de Bulygin acerca de las normas con la del *escéptico semántico* y la del *incorporacionista*. Entendemos a ambas figuras como expresiones –matizadas– de dos enfoques generales respecto del comportamiento en base a reglas: a) el que no ve en este más que “decisiones arbitrarias”, meras reacciones o hábitos de conducta, y b) el que asimila la explicación de lo normativo con el ajuste a reglas o principios (explícitos o explicitables). Ahora bien, la noción general de Bulygin que concibe a las normas como proposiciones o entidades conceptuales, parece –paradójicamente– rozar el escepticismo cuando se enfrenta a la imposibilidad de listar en forma completa las excepciones implícitas en la formulación de una regla. Proponemos una concepción alternativa basada en la noción de que el significado *se muestra* en el “uso”, entendido este como el dominio de una técnica que constituye una “práctica social”, en la cual reside un tipo de corrección (*en la*) práctica que no depende de justificaciones explícitas, sino de un trasfondo no expreso que hace irreductible a una *teoría* la aplicación de normas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Normas; Significado como uso; Excepciones implícitas; Trasfondo; No teoría.

Abstract

We contrast Bulygin’s position on rules against that of the *semantic skeptic* and the *inclusionist*. We understand these two positions as in some sense expressing two general approaches on behavior according to rules: a) the first one stating that ruled behavior is no more than “arbitrary decisions,” mere reactions or behavioral habits, and b) the second one explaining everything normative as actions adjusted to rules or principles (explicit or possible to be rendered explicit). Bulygin’s general notion according to which rules are propositions or conceptual entities paradoxically seems to be close to a skeptic position when facing the impossibility of completely listing implicit exceptions when formulating a rule. We propose an alternative conception based on the notion that meaning *is shown* in use, understanding by “use” the mastering of a technique that constitutes a social practice, in which resides a sort of correction (*in*) practice. This correction does not depend on explicit justifications but on an unexpressed background which makes impossible a *theory* of legal application of rules.

KEY WORDS: Norms; Meaning as use; Implicit exceptions; Background; No-theory.

1. Introducción

A quien conozca a Eugenio le sonará extraña la pregunta. Quien haya pasado algún tiempo en su compañía seguramente responderá: “claramente, Bulygin es un pragmático, ¿qué otra cosa? Nadie como él vive en mejor sincronización con el mundo, poca gente como Eugenio está como en casa en tantos contextos en los que no solo habla sus idiomas, camina sus iglesias, bebe sus licores o discute su arte sino que además permite a otros manejarse en estos trasfondos como si hubieran nacido en ellos.”

En efecto, Eugenio es un experto en las prácticas del buen vivir, pero también las de la filosofía, la filosofía del derecho, la enseñanza universitaria, la administración académica y aun las del complejo mundo de la familia judicial. Para quien lo conozca en esas circunstancias y no sea un lector de su obra teórica, le resultará extraño saber que otros creen que Eugenio es un platónico, un contemplador de esencias desencarnadas, de normas que no requieren de las destrezas del intérprete para regular las acciones humanas.

Nuestro homenaje consistirá en confrontarlo una vez más con dos de sus conocidos adversarios: el *escéptico* frente a las normas, que afirma que la aplicación de estas depende en última instancia de reacciones o decisiones arbitrarias del agente, y el defensor de principios o *incorporacionista* que no ve en la práctica jurídica más que el resultado objetivo de la aplicación de reglas generales preexistentes que el agente solo se limita a reconocer o descubrir.¹

Entendemos que estas dos posiciones son la aplicación a la teoría del derecho de dos concepciones filosóficas dilemáticas que, adoptando distintos nombres y matices, se presentan tanto en el seno de la filosofía práctica como de la filosofía del lenguaje: por un lado, el enfoque que no ve en el comportamiento en base a normas más que meras regularidades o hábitos de conducta, solo “reacciones” a determinadas situaciones; y por el otro lado, el que asimila la explicación de lo normativo con el ajuste a

¹ Por cierto el término “*incorporacionista*” no alude solo a este aspecto, sino también a otros que se desarrollarán a lo largo del texto. De todos modos, es posible que quienes se autodefinen de esa manera no concuerden con todas las tesis que aquí se le atribuyen a esta figura. Es discutible también si se trata de una postura asimilable a la del “positivista incluyente”. Y tampoco resulta claro qué grado de objetivismo moral sostiene un “incorporacionista”. De todos modos, a los fines de este trabajo y de ilustrar las divergencias principales con la postura de Bulygin, creemos innecesario dilucidar aquí estas cuestiones.

reglas o principios. Para decirlo con Brandom (1994, p. 29), los “riesgos” que a modo de Escila y Caribdis acechan a uno y otro lado de quien transita un camino intermedio, consisten en que, de caer en el primer cuerno del dilema se pierde el carácter normativo de la práctica en cuestión (la posibilidad inherente a toda regla de ser seguida correcta o incorrectamente), y de caer en el segundo se pierde el aspecto práctico (no determinado por fórmula explícita o explicitable alguna) que torna inteligibles a las reglas en cuanto tales.²

En el tránsito por esa vía intermedia, Bulygin ha sabido mantenerse a distancia de las que en el ámbito del derecho han constituido tradicionalmente las versiones extremas de estas dos concepciones: el realismo conductista y el formalismo dogmático (Bulygin, 1963).³ Pero la discusión se torna más interesante cuando el *escéptico* no es ya un tosco realista sino que presenta agudos argumentos semánticos, y el *incorporacionista* no es un formalista kantiano que todo lo *deduce* a partir de principios últimos, mas propone alguna metaética “desontologizada” que provee pautas morales a la luz de las cuales interpretar las normas jurídicas.

En primer lugar, repasaremos brevemente los términos de esta discusión; nos detendremos asimismo y en forma sintética en la cuestión del significado y la naturaleza de las normas a fin de señalar que la concepción general de Bulygin a este respecto parece conducir a conclusiones implausibles; finalmente propondremos la que para nosotros constituye una vía de salida de esta disyuntiva y que permite salvar la intuición de Bulygin frente al *escéptico* de que, de hecho, el lenguaje (y en particular, la práctica jurídica) funcionan sobre un vasto campo de entendimiento, sin que ello implique concesiones “objetivistas” al *incorporacionista*. La base de nuestra propuesta supone abandonar la concepción general de Bulygin acerca del significado de las normas en pos de una concepción pragmática o “pragmatista”⁴, entendida esta en términos de la noción

² Robert Brandom (1994) utiliza los términos “regularismo y regulismo” para caracterizar a estas dos posiciones que, sugiere, acechan a modo de las Escila y Caribdis homéricas.

³ Pese a haber sido considerado por algunos un “formalista”, Bulygin desde sus primeros escritos se ha ocupado de aclarar que la llamada “teoría del silogismo judicial”, asociada al formalismo, constituye, junto con el realismo conductista, dos posiciones extremas. Y destaca que el hecho de que la sentencia sea conclusión de un razonamiento no implica en modo alguno que la actividad judicial sea mecánica -como falsamente lo afirma la teoría del silogismo judicial- ya que no existe ningún procedimiento mecánico para hacer inferencias lógicas (1963, pp. 350-351). Asimismo, en Alchourrón y Bulygin (1975, p.132) se señala que la identificación de la deducción lógica con una actividad de tipo mecánico es un gravísimo error.

⁴ Brandom (1994) denomina “concepción pragmatista” a la que se basa en el segun-

general del significado del llamado “segundo Wittgenstein” y de otros autores –incluido el propio Hart– que entienden que hay un tipo de corrección (*en la*) práctica que no depende de justificaciones explícitas.

2. Bulygin y el escéptico

Como se sabe, Bulygin concibe las normas jurídicas como proposiciones, esto es, como el significado (sentido, contenido conceptual) expresado –o expresable– en una oración (Alchourrón y Bulygin 1981, pp. 122-123)⁵. Frente al escéptico semántico, quien entiende que antes de ser interpretados los textos legales carecen de un significado determinado y que permanecen abiertos a diversas interpretaciones (respecto de las cuales no hay una que sea *la* adecuada, al menos por razones semánticas), Bulygin sostiene que las normas son entidades lingüísticas ya dotadas de un significado definido, unívoco y constante (1986, p. 468).

Al destacar la diferencia entre norma y formulación normativa, Bulygin no rechaza que estas últimas puedan ser susceptibles de diversas interpretaciones; pero sostiene que, en tal caso, nos encontramos ante diversas normas. Así, un cambio de interpretación es un cambio de norma (Bulygin 1986, p. 469). En tanto la norma es un contenido representacional, puede haber un cambio de norma sin que se modifique la formulación normativa.

Una de las razones por las que Bulygin rechaza el escepticismo semántico consiste en una intuición básica, de carácter contrafáctico, pero perfectamente razonable: más allá de la posibilidad de diversas (o de los cambios de) interpretaciones, hay un “núcleo” de significado de una norma (así como de cualquier otro enunciado del lenguaje) que resulta unívoco y accesible; ya que si así no fuera, no sería posible la comunicación exitosa entre hablantes.

Pero no se trata solo de esta intuición. El fondo de la disputa con el escéptico radica en que Bulygin se respalda en cierto realismo semán-

do Wittgenstein, y en virtud de la cual propone invertir el orden de la explicación: respecto del seguimiento de reglas, la prioridad conceptual reside en un tipo de corrección en la práctica (*tomamos* algo como correcto de acuerdo a una práctica) y no en los principios explícitos que *dicen* qué es correcto, como sostenía la llamada “concepción intelectualista” (pp. 25-26). En este exclusivo sentido utilizamos el término “pragmatista”, más allá de la amplitud de su significado en el ámbito filosófico.

⁵ Esta es la denominada “concepción hilética”. Cabe aclarar que si bien en algunos momentos Alchourrón y Bulygin adoptaron una concepción distinta (concepción expresiva de las normas) luego volvieron a abrazar la concepción hilética, dado que consideraban que en el marco de la concepción expresiva no podría haber una lógica de normas.

tico de tipo fregeano: un concepto tiene una existencia objetiva, fija, más allá de cómo se configure en la mente de los usuarios, e inclusive es independiente del lenguaje en uso⁶. Solo porque tiene límites precisos distinguibles objetivamente, esto es, una extensión determinada, un concepto puede ser considerado tal.

Lo anterior no implica que Bulygin niegue el fenómeno de la vaguedad del lenguaje, pero en tanto toda proposición constituye un contenido conceptual único expresable en el lenguaje lógico, los casos de penumbra del lenguaje natural que se presentan en las normas no representarían un “problema insoluble”, sino que pondrían al juez ante la decisión de elegir qué contenido conceptual les asigna. Y, además, esos casos serían solo marginales. Bulygin coincidiría aquí con Hart en que:

en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes (Hart 1963, p. 191).

3. Bulygin y el incorporacionista

Uno puede no ser un escéptico semántico, y aún no coincidir con Bulygin en que las normas “portan” un significado claro y determinado. Este sería el caso del *incorporacionista*, quien entiende que si bien una norma jurídica puede disponer cierto contenido “literal” o *prima facie*, su interpretación, esto es, la determinación de su significado, no pasa por desentrañamientos lingüísticos sino que requiere una lectura integradora, “evaluadora” a la luz de los principios existentes en (o subyacentes al) sistema, siendo solo de esta forma posible dar con la *interpretación correcta* a la hora de aplicar una norma a un caso individual.

⁶ Frege, en el Prólogo a *Las leyes fundamentales de la aritmética* señala: “lo que aprehendemos mentalmente existe independientemente de esta actividad, de las representaciones y de sus cambios, que pertenecen o acompañan esta aprehensión; no es ni el conjunto de estos procesos, ni es producido por ellos como parte de nuestra vida mental” (1971, p. 161).

Pero como señala A. Kenny (1997, p. 249): “Frege estaba equivocado, y pecó contra su propio principio cardinal de separar los pensamientos de las representaciones al aceptar que la conciencia nos proporciona contenidos incommunicables y certidumbres que no pueden ser compartidas. Como Wittgenstein iba a demostrar más tarde, la identificación de incluso el más probado de los elementos de la conciencia depende de manera esencial de conceptos que han sido desarrollados para su uso en el solo y único mundo público en el que nos comunicamos mediante un lenguaje compartido.”

De hallarse principios en conflicto (una posibilidad frecuente en virtud de su naturaleza) algunos autores que se identifican con esta postura establecen reglas para la ponderación de los principios que darían criterios *a priori* para sopesar y decidir entre ellos⁷, mientras que otros confían en que la ponderación caso por caso permitirá al juez “descubrir” la solución correcta, que ya se encontraba contemplada por el derecho⁸.

En este sentido el incorporacionista es, en definitiva, un formalista del tipo que Bulygin rechaza porque “confunde el ideal con la realidad” (Alchourrón y Bulygin 1975, p. 241), ya que parece asumir al sistema jurídico como necesariamente completo y consistente, capaz de dar una y solo una respuesta a todo problema a través de reglas o de principios morales explícitos o explicitables.

La indeterminación del significado planteada por el escéptico y que Bulygin resuelve con cierto realismo semántico, el incorporacionista pretende resolverla con algún grado de realismo moral, que a su vez incorpora al derecho. Pero situada la discusión en el ámbito moral, es Bulygin quien saca a relucir su escepticismo.

Y es que, paradójicamente, para quien parte como él de una concepción metaética no cognitivista, decir que el significado de las normas jurídicas depende en última instancia de valoraciones morales implicaría asumir una cierta forma de escepticismo frente a las normas, ya que sería tanto como reconocer que estas no tienen algo así como *un contenido semántico objetivo*, sino solo aquel “puesto” por el sujeto a quien –pragmáticamente– se elija como “intérprete” o “evaluador” privilegiado (el legislador, el juez, u otro).

Por otra parte, sostener que el contenido del derecho queda concluyentemente determinado solo una vez interpretado a la luz de los principios subyacentes, ya sea como base interpretativa del significado de las normas o como potenciales derrotadores de su aplicación, parece vulnerar en alguna medida la tesis positivista de separación entre derecho y moral. Y aun si se trata de principios expresamente contemplados en el sistema (por ej.: cláusulas constitucionales) respecto de los cuales no sería discutible su pertenencia al derecho, Bulygin parece reacio a aceptar que estos (en tanto poseen condiciones de aplicación abiertas) puedan modificar el contenido de las normas (en el sentido de reglas con condiciones de aplicación cerradas)⁹. Es

⁷ Por ejemplo, Robert Alexy.

⁸ A modo del “Hércules” dworkiniano, por ejemplo.

⁹ Ello sin perjuicio de que Alchourrón y Bulygin (1975, p. 129) entienden que entre reglas y principios solo existe una diferencia de grado en lo que respecta a su generalidad, no pudiéndose trazar una división tajante.

que, siguiendo la concepción de *Normative Systems*, las propiedades relevantes serían aquellas descritas por el legislador, y son estas las que, por lo común, determinan el campo de aplicación de una norma (en idioma de Alchourrón y Bulygin, el “universo de casos”, 1975 p. 117), lo que en general parecería suficiente para determinar si un caso individual queda o no subsumido en el caso genérico. Si, pese a ello, el incorporacionista propone una solución distinta, parece estar formulando su propia “hipótesis de relevancia”, guiado por criterios axiológicos (Alchourrón y Bulygin 1975, p. 154) y, en tanto la misma no coincida con la del legislador, estaría “creando” derecho.

4. El significado de las normas

Que las normas al ser formuladas expresan determinadas propiedades a partir de las cuales es determinable un núcleo de significado, no impide conceder (y así parece hacerlo Bulygin¹⁰) que tales propiedades no son los únicos rasgos “relevantes” a tener en cuenta para su aplicación.

Nótese que la diferencia entre normas y formulaciones normativas que Alchourrón y Bulygin postulan parece presuponer que el significado de las primeras solo podría determinarse de manera acabada explicitando las excepciones implícitamente contenidas en las segundas.¹¹ Y aun si se considera a la normas como entidades conceptuales, la única manera en que parece posible dar cuenta *en el lenguaje* de un contenido conceptual, es enunciando sus condiciones de aplicación (lo que conlleva listar excepciones relevantes). Si a su vez se reconoce, con Alchourrón (2010, p. 167), que muchas (si no todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, parece que resultaría una tarea crucial para el derecho determinar cuáles son dichas excepciones.

Ahora bien, dicha tarea se avizora conceptualmente problemática en cuanto se advierte que las circunstancias posibles que podrían configurar excepciones implícitas resultarían infinitas. El enfoque “pragmático” que el propio Alchourrón propone diseñando un procedimiento para

¹⁰ Bayón (en Bulygin, Atienza y Bayón 2009, p. 62) interpreta que efectivamente Bulygin ha concedido este punto (en Bulygin 2005, p. 82); interpretación con la cual coincidimos. Aunque también cabe señalar que en Alchourrón y Bulygin (1975) ya parecía contemplarse esta posibilidad al expresarse que “*Por lo común los juristas extraen esas propiedades de los enunciados de derecho que constituyen la base del sistema; pero no siempre es así, pues a veces la elección del UP (universo de propiedades) obedece a otros criterios*” (p. 117)

¹¹ Alchourrón (2010, p. 167): “*a menos que las excepciones hayan sido explicitadas, el contenido conceptual de la expresión normativa permanece indeterminado*”.

establecer el contenido conceptual de los textos normativos a partir de la *disposición* del legislador (a considerar algo como excepción según su punto de vista valorativo) deja abierto un margen de indeterminación para las circunstancias respecto de las cuales no es posible atribuir al legislador disposición alguna (Alchourrón 2010, pp. 167-168). Y dado que las circunstancias posibles son infinitas, siempre existirán algunas que queden en esta categoría (Moreso y Rodríguez 2010, p. 28)

La imposibilidad de listar de manera completa las excepciones relevantes implícitas en una formulación normativa parecería conducir a algunos de los que emprenden esta búsqueda a la desesperada –y desesperante– conclusión de que entonces nunca sería posible identificar qué norma (significado) expresa una formulación normativa.¹²

Resulta por cierto extraño que, frente al hecho de que las reglas tienen excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, quienes –así como Bulygin– abogan por una concepción de las normas como contenidos conceptuales objetivos puedan terminar rozando el escepticismo. Hart lo expresa con lucidez al señalar que el escéptico es a veces un “absolutista desilusionado” que se ha dado cuenta de que las reglas no son lo que serían en un mundo donde los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos y la textura abierta no fuera una característica necesaria de toda regla (Hart 1963, p. 173).

Pero además debe advertirse que no es solo el hecho de que las excepciones sean infinitas. Como señala Robert Brandom (2002, p. 109): “*no se trata solo de que necesitaríamos excluir una lista infinita de excepciones –lo*

¹² A esta conclusión aceptan Moreso y Rodríguez (2010, p. 28) que llevaría el enfoque de Alchourrón. Y en sentido similar Caracciolo (2006) advertía como problemático el carácter *contrafáctico* del enfoque disposicional, sugiriendo volver a una posición inicial de Alchourrón que, al considerar solo lo que *fácticamente* el legislador previó, eliminaba la posibilidad de excepciones infinitas.

Con todo, cabe señalar que en opinión de Moreso y Rodríguez (2010 pp. 28-29) el enfoque disposicional puede “salvarse”, a partir de una interpretación de la teoría disposicional del valor de D. Lewis, en virtud de la cual el conjunto de las no-excepciones y de las circunstancias indeterminadas como excepciones merecen el mismo tratamiento (esto es, como conjunto complementario de las excepciones); así, el rechazo de la tercera categoría les permitiría afirmar que aunque las circunstancias posibles no constituyan un conjunto finito, las propiedades normativamente relevantes sí conforman un conjunto finito.

Si bien no estamos aquí en condiciones de evaluar dicho análisis –lo que además nos desviaría del tema de esta presentación– nos aventuramos a decir que no encontramos razones que nos convenzan de por qué debería excluirse de un análisis pragmático como el que se pretende, el hecho –como tal posible y relevante– de que no pueda atribuirse disposición alguna al legislador respecto de una determinada circunstancia. Y ello amén de que el propio Alchourrón, con su habitual agudeza teórica, no lo haya excluido.

cual es cierto—. El problema es que no se podría definir la pertenencia a esa lista: no sabríamos cómo especificar —de antemano— lo que pertenece a la lista¹³. Y más aún: incluso si diéramos por definitiva una lista finita de excepciones, su misma elaboración presupondría formular una “meta-regla” para aplicar la primera, con lo que el problema de la textura abierta o indeterminación semántica se reproduciría indefinidamente.¹⁴

Quizás una respuesta de Bulygin a estas observaciones podría pasar por sostener que más allá de que no podamos *expresar en el lenguaje* una lista completa y unívoca de excepciones, de todos modos una norma (en tanto entidad abstracta o conceptual) *existe* de manera independiente. Los problemas de acceso a lo que esta significa serían epistémicos, pero no afectarían su existencia objetiva. Esta hipotética respuesta nos parece problemática en muchos aspectos, pero básicamente, porque entonces no se explicaría cómo las normas (así concebidas) resultan idóneas para guiar nuestras conductas, en tanto, de hecho, las comprendemos y usamos.

En este punto es donde ensayaremos una alternativa que permita mantener la senda que Bulygin intenta transitar entre el escéptico y el incorporacionista, mas al precio de abandonar su concepción general acerca del significado y naturaleza de las normas.

5. Más allá del giro pragmático

Siguiendo a Wittgenstein, rechazaremos la concepción semántica de Frege “*que compara el concepto con un área y piensa que una área delimitada sin claridad no podría llamarse en absoluto un área*” (1988, §71)¹⁵, y sostendremos que así como un concepto borroso sigue siendo un concepto, una regla que contiene (explícita o implícitamente) una cláusula “a menos que...”, *tiene un significado* aunque no puedan anticiparse todos los casos excepcionales.¹⁶

¹³ Y agrega este autor que si tratamos de resolver este problema con una caracterización general, tenemos algo así como “*ceteris paribus*, ‘q se sigue de p’ significa que ‘q se sigue de p a menos que existan condiciones que la *disconfirman* o que *interfieran*’. Pero esto es lo mismo que decir que q se sigue de p, excepto en los casos en que, por alguna razón no lo hace” (p. 109).

¹⁴ Sobre este “regreso al infinito”, que Juan Carlos Bayón (2007) trae a la discusión como eje de un argumento wittgensteiniano retomado a su vez por Brandom, volveremos más adelante.

¹⁵ En adelante, las citas de *Investigaciones filosóficas* serán señaladas por número de párrafo con “(§)”.

¹⁶ En igual sentido: Hart (1963, p. 174).

En lugar de considerar a los significados como contenidos semánticos fijos, con límites definidos, y que existen y se relacionan inferencialmente de manera autónoma a la práctica del lenguaje, sostendremos que el significado de una palabra o de una regla queda constituido por su uso, es decir, por la práctica de su aplicación.

Afirmar que el significado *es* el uso conlleva abandonar una semántica puramente referencialista, entendida como las correlaciones inalterables entre oraciones y estados de cosas, para sostener que las acciones particulares o empleo concreto por parte de los usuarios del lenguaje son constitutivas del significado y se ponen de manifiesto siempre, al mismo tiempo, como una relación práctica, interesada, del hombre con el mundo. Esto implica negar una distinción tajante entre semántica y pragmática considerándolas, en cambio, como aspectos integrados y, en última instancia, inescindibles del significado.¹⁷

Todo esto, si no se toma livianamente, implica entender el seguimiento de reglas como: i) una actividad, ii) que presupone una práctica normativa no expresa (consistente en *saber cómo* aplicar la regla *correctamente*)¹⁸; iii) práctica que no siempre resulta explicitable, iv) y que solo cobra sentido sobre la base de un trasfondo (background) compartido. Intentaremos ir desglosando esto a medida que avancemos.

¹⁷ Como iniciadores de esta línea puede nombrarse a Peirce y al segundo Wittgenstein (y actualmente a Brandom). Por el contrario, la tradición “clásica”, siempre ha considerado a la pragmática como un aspecto secundario, que al involucrar las peculiaridades del usuario de un lenguaje es solo abordable desde un punto de vista empírico (psicológico o sociológico) pero no desde un estudio lógico o filosófico. (Hintikka 1998, p. 238) En este sentido se ha dicho que la pragmática constituía el “basurero de la semántica”, donde se pueden depositar los fenómenos recalitrantes una vez que se los ha declarado irrelevantes.

En cambio para Peirce y Wittgenstein entender a la pragmática como parte inescindible del significado constituía la esencia misma de su concepción filosófica. Pero hay que destacar que para Peirce lo que esto implicaba era que el aspecto pragmático podía estudiarse sistemáticamente junto con los otros dos aspectos del significado –sintáctico y semántico– desde una teoría lógica o formal (Hintikka 1998, pp. 240-241) mientras que para Wittgenstein –por su concepción general de la lógica– implicaba que no podía haber una *teoría* del significado o *teoría lógica* en el sentido de una justificación epistemológica de lo que *hacemos* cuando usamos la lógica o el lenguaje (ello solo puede *mostrarse* en el uso mismo).

¹⁸ “Norms explicit in rules presuppose norms implicit in practices because a rule specifying how something is correctly done (how a word ought to be used, how a piano ought to be tuned) must be applied to particular circumstances, and *applying a rule in particular circumstances is itself essentially something that can be done correctly or incorrectly*” (Brandom 1994, pp. 20-21; el destacado es nuestro). Y en traducción también nuestra: “Las normas explícitas en reglas presuponen normas implícitas en prác-

Lo que ahora habría que aclarar es que, en boca de Wittgenstein, el argumento del regreso al infinito (§201) no debe ser visto como un argumento escéptico. Por el contrario, lo que el mismo demuestra es que constituye un error concebir al significado de una regla como una “interpretación” –entendiéndose por “interpretación” a la sustitución de esa regla por otra (§201 *in fine*)– es decir como una nueva formulación aclaratoria que *dice* (establece, fija) las condiciones de aplicación de la primera (por ejemplo en términos de condiciones necesarias y suficientes). El problema es que esta nueva formulación es a su vez una *regla* que podría requerir interpretación (otra meta-regla aclaratoria y así sucesivamente) lo que nos hace incurrir en un regreso al infinito.

La base del argumento radica en la distinción wittgensteiniana entre *decir* y *mostrar*: el significado no queda constituido por lo que pueda *decirse* en términos de nuevas formulaciones, sino que *se muestra* en la práctica misma de aplicar la regla.

Ahora bien, que el significado no sea *expresable* acabadamente en términos de definición (extensional o intensional) –sea porque no podemos anticipar todos los casos-tipo y porque siempre estaremos *dentro* del lenguaje con su textura abierta– no debe llevarnos a creer que no sabemos lo que hacemos cuando usamos una regla o que la seguimos arbitrariamente. Por el contrario, que su significado *se muestra* en la práctica implica que “seguir una regla”, comprenderla, consiste en saber usarla, esto es, en una habilidad práctica.

Y, por cierto, dicha destreza no requiere que nos representemos un contenido conceptual que incluya todos los casos de aplicación posibles y todas las excepciones implícitas. La competencia para hablar un lenguaje resulta un ejemplo paradigmático de ello. Análogamente, en el derecho no tenemos por qué resolver todas las potenciales preguntas o dudas acerca del significado de una norma para *saber* aplicarla.

Como acertadamente sostiene Bayón (2007), lo que se sigue de aquí es que seguir reglas no es seguir representaciones de reglas;

mostrar que (un juicio) es correcto, justificar su corrección, pasa esencialmente por fundamentar la relevancia o irrelevancia de rasgos o propiedades del objeto particular a la vista de analogías y diferencias con casos paradigmáticos, donde el reconocimiento de aquellas como sig-

ticas porque una regla que especifica de qué forma algo se realiza correctamente (cómo debe utilizarse una palabra o de qué forma se debe afinar un piano) debe ser aplicada a circunstancias particulares, y aplicar una regla en circunstancias particulares es esencialmente algo que puede ser realizado correcta o incorrectamente”.

nificativas y de estas como paradigmáticos es inmanente al “dominio de una técnica”.

Lo anterior no implica negar la idea de subsunción (la que generalmente se asocia con la concepción intelectualista o formalista). Pero aquí “subsumir” no es otra cosa que saber reconocer si una instancia individual constituye un caso de otra general o universal (la regla): identificar si algo es un caso de algo; saber *qué cuenta como qué*. Y esto, de nuevo, es una habilidad práctica (know how) que no requiere una articulación proposicional (know that) previa.

El propio Hart –profundamente wittgensteiniano– ensambla la noción de subsunción con la de un trasfondo no expreso, al referirse a la existencia de reglas:

la existencia de tales reglas (sociales), que hace de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo, es *el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso*, de tal enunciado (el de “él tenía la obligación”); y, en segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella. (Hart 1963, p. 106; el destacado es nuestro).

Este trasfondo no expreso sería lo que implícitamente presupone-mos como “curso normal de las cosas” cuando en la vida diaria utilizamos enunciados condicionales –aquellas circunstancias en las que el condicional no resulta derrotado–. Por cierto el trasfondo justamente se presupone (por ej. que hay oxígeno en la habitación, que rige la ley de gravedad, etc.) y muchas veces resultaría inoperante e inconveniente explicitarlo a modo de no ocurrencia de circunstancias excepcionales. Es que cuando actuamos bajo reglas, moviéndonos en el mundo mediante acciones lingüísticas y no lingüísticas, dicho trasfondo las más de las veces nos es opaco, y hasta podría resultar no explicitable en forma completa.

La noción de trasfondo inarticulado –e inclusive en una última instancia inarticulable– la señala Charles Taylor (1997) en su lectura de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas, destacando que es sobre este que las reglas cobran sentido; la llamada por Wittgenstein “concepción intelectualista” distorsiona porque “nos deja solo ante la alternativa de una comprensión que consiste en representaciones, o bien ninguna comprensión” (Taylor, 1997, p. 231)¹⁹. Así se arma la dicotomía por la cual

¹⁹ A esto llama Taylor “el impasse de la conciencia monológica”: “En los dos últimos siglos algunas corrientes filosóficas han tratado de salir del impasse de la conciencia

de un lado solo se decide con ajuste a reglas explícitas, con lo que caemos en el formalismo que nos lleva a una regresión al infinito o, por el otro, quedamos librados a la pura indeterminación escéptica.

Ahora bien, la comprensión solo como “representación” queda superada en cuanto se entiende que la búsqueda de la completitud para un catálogo de “contenidos mínimos”, “rasgos relevantes” o “excepciones implícitas” en pos de subsumir un caso bajo una regla es una búsqueda equivocada. La habilidad de reconocer algo como un caso de seguimiento o contravención de la regla es de carácter práctico, y la corrección o incorrección de nuestros juicios reside en la existencia de una práctica social.

Mas situar el seguimiento de reglas en términos de *prácticas* no implica considerar a estas como meros hábitos o regularidades, ya que en esa hipótesis “correcto” pasaría a ser meramente “coincidente con lo regular” y se perdería así el carácter normativo de las reglas. Si bien es cierto que cualquier conjunto de acciones exhibe muchas regularidades²⁰, lo que permite *mostrar* cuál es el rasgo privilegiado, aquel que determina la existencia misma de una regla, y que inclusive el observador externo selecciona al reconocerla como tal, es la noción wittgensteniana de *costumbre o institución*.²¹

Piénsese en el siguiente ejemplo: para nosotros, existe la costumbre del saludo. Si se redactara un catálogo de reglas sociales podría perfectamente incluirse una regla que rezara “Se debe saludar por las mañanas”. De más está decir que tanto la regla como la costumbre solo tienen sentido en el marco de un trasfondo práctico presupuesto o forma de vida que incluye el dormir por las noches y trabajar o reencontrarse con otras personas por la mañana, aunque esto tampoco es necesario en todos los casos. Por cierto, no dudaríamos de que quien tiene un trabajo nocturno y cambia de turno con su compañero a las dos de la madrugada, deba igualmente seguir la regla de “saludar por las mañanas” aunque sea “de noche”. Y si bien sabemos que hay palabras y gestos típicos para saludar (decir “Buen día” o levantar una mano) también consideraríamos saludo a otras muchas palabras o formas gestuales; palabras particularísimas, imposibles de listar en forma completa (referidas a algún hecho interpersonal, o a un hecho público recientemente

monológica. En este siglo son destacables las obras de Heidegger, de Merleau-Ponty y, por supuesto, de Wittgenstein. Lo que tienen en común estos autores es que no ven primariamente al agente como locus de representaciones, sino como implicado en prácticas, como un ser que actúa en y sobre el mundo.” (p. 226).

²⁰ A esto alude Wittgenstein como la paradoja escéptica, en el sentido de que “todo curso de acción puede hacerse concordar o discordar con la regla” (§201).

²¹ En este sentido, véase Brandom (1994, pp. 28-29).

acaecido, o inclusive palabras o gestos “inventados”) podrían aún constituir un saludo, por ejemplo en el seno de una familia o un grupo pequeño. Y así como no dudamos en que omitir el saludo merece reproche, también sabemos que en caso de una emergencia, catástrofe o cualquier otra circunstancia extraordinaria, el saludo estaría dispensado, aunque no pudiéramos imaginar *ahora* cuáles serían todas esas posibles circunstancias concretas. También sabemos a quiénes debemos saludar: no a todas las personas con las que nos cruzamos (en la calle o en el subte). Y de aquellas a quienes conocemos saludamos solo a las que pasan cerca de nosotros; pero ¿qué tan cerca? (¿5 metros, 10 metros?): ¿cuenta igual la distancia en una calle aglomerada que en el campo donde no hay nadie más a la vista? Todas estas preguntas nos resultan por cierto absurdas, dado que no necesitamos formulárnoslas ni responderlas para saber seguir *correctamente* la práctica social o la regla del saludo, o para determinar, frente a un caso concreto, si constituye un caso de seguimiento o contravención de la regla.

Por cierto que nada de lo dicho implica que no puedan existir desacuerdos frente a algún caso individual, pero estos desacuerdos se dan justamente sobre la base de una semántica compartida acerca de lo que significa “saludar” y esta no es una concordancia meramente lingüística, sino de forma de vida. Cabe también aclarar que el ejemplo anterior no alude a una explicación acerca de la génesis de las reglas; la prioridad de la costumbre o práctica social no es temporal sino conceptual: la existencia de toda regla presupone *conceptualmente* un saber práctico compartido que consiste en *saber cómo* aplicar la regla (ya que toda regla es susceptible de ser aplicada correcta o incorrectamente). Y así es como queda constituido su significado, aunque este no pueda explicitarse de manera completa mediante una formulación o una lista. De este modo es como Wittgenstein entendía la noción de “seguir una regla”, como una práctica social, costumbre o institución. Taylor, a su vez, la llama una “práctica encarnada”²²:

²² “La comprensión encarnada nos provee de la tercera posición que necesitamos para darnos sentido a nosotros mismos.” “Al mismo tiempo nos permite mostrar las conexiones entre esta comprensión y la práctica social. Mi comprensión encarnada no existe solamente en mí como agente individual sino también como coagente de acciones comunes. Este es el sentido que podemos dar a la afirmación de Wittgenstein según la cual obedecer una regla es una práctica. Y él entiende por práctica una práctica social. (...) El sentido está encarnado y no es representado” (Taylor 1997, p. 231).

las instituciones son en general el lugar de las reglas o de las normas expresadas. Pero las reglas no se interpretan solas; sin un sentido acerca de lo que regulan y sin una afinidad con su espíritu se convierten en letra muerta o devienen un simulacro en la práctica. Este sentido y esta afinidad no pueden existir sino donde existe, en nuestra comprensión no formulada, encarnada (Taylor 1997, p. 237).

En el caso de la interpretación que Hubert Dreyfus hace de Heidegger vuelven los mismos temas:

Heidegger's phenomenology stresses the idea that human subjects are formed by the historical cultural practices in which they develop. These practices form a background which can never be made completely explicit, and so cannot be understood in terms of the beliefs of a meaning-giving subject. The background practices do, however, contain a meaning. They embody a way of understanding and coping with things, people, and institutions. (Dreyfus y Rabinow: en Leiter 1996, p. 263).²³

La aplicación de estos conceptos al derecho entendido como práctica social es destacada por Brian Leiter al hacer notar la relevancia de la crítica heideggeriana para la teoría de la adjudicación:

There remains a different respect, though, in which the Heideggerian critique resonates with recent work in the theory of adjudication and, indeed, might offer something to it. I have in mind, of course, the practical reasoning or practical wisdom theories of adjudication that have commanded considerable attention in recent years. For the practical reasoning theories seem to pursue an insight congenial to Heidegger: namely, *that the practice of judicial decision resists a certain sort of theoretical articulation.* (...) Judicial decision is not something about which one should expect to have a theory,

²³ “La fenomenología de Heidegger acentúa la idea de que los sujetos humanos están formados por prácticas culturales históricas en las cuales se desarrollan. Estas prácticas forman un trasfondo que nunca puede ser completamente explicitado, y por lo tanto no puede ser entendido en términos de las creencias de un sujeto que le otorga significado. Las prácticas de trasfondo tienen, sin embargo, un significado. Ellas encarnan una forma de entender y de tratar con las cosas, la gente y las instituciones.” (La traducción es nuestra).

because one can never produce the needed theoretical reduction of adjudication to explicit rules of decision.”²⁴ (Leiter 1996, pp. 278 y 280; el destacado es nuestro).²⁵

Esto es, no podría construirse una *teoría* que a modo de tesis de relevancia última justifique a priori nuestra práctica de aplicación de normas jurídicas. Esta es la conclusión a la que llegan autores diversos como Bayón (2007) de la mano de Wittgenstein-Brandom y Brian Leiter, a la luz de su lectura heideggeriana, puntualizando que el trasfondo (background) que es esencial para efectuar juicios de relevancia –que son los que determinan el razonamiento por analogía– así como también para decidir qué constituye la “excepción” a una regla, resulta una destreza práctica irreductible a términos teóricos (Leiter 1996).²⁶

²⁴ Las citas que Leiter propone son: Anthony T. Kronman (1993), *The Lost Lawyer*, pp. 209-25; Daniel A. Farber (1992), “The Inevitability of Practical Reason: Statutes, Formalism, and the Rule of Law”, *Vand. L. Rev.* 45, pp. 533-559; Lawrence B. Solum (1988), “Comment, The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection”, *S. Cal. L. Rev.* 61, pp. 1735-56, “entre otras que refieren a rasgos parecidos en la obra de Llewelyn como, desde una perspectiva cercana a Wittgenstein, la de Dennis M. Patterson (1990), “Law’s Practice”, *Colum. L. Rev.* 90 (5), pp. 75.” Leiter (1996, p.278).

²⁵ “Queda, sin embargo, otra forma en la cual la crítica heideggeriana repercute en los trabajos recientes sobre teoría de la interpretación, e incluso tiene algo para ofrecer en este contexto. Tengo en mente, por supuesto, las teorías del razonamiento práctico o de la sabiduría práctica que han recibido considerable atención en años recientes. Las teorías del razonamiento práctico parecen estar tras una intuición cercana a las de Heidegger: la de que la práctica de la decisión judicial resiste un cierto tipo de articulación teórica. (...) La decisión judicial no es algo sobre lo que uno debe esperar tener una teoría, dado que uno nunca podrá producir la necesaria reducción de la interpretación a reglas explícitas para la decisión.” (La traducción es nuestra).

²⁶ “Whether it is Aristotle, or Heidegger, or Wittgenstein, or Bourdieu, the core idea remains the same, and it is one with potentially far-reaching implications: there is much in human judgment and action that is possible only because of practical skills and competence that remain beyond the reach of theoretical articulation. (...) If, as I have argued, the Background is essential to judgments of relevance, then it is central to one of the most distinctive judicial functions: namely, reasoning by analogy. Moreover, it seems likely that Background understanding is essential for other important parts of the judge’s job: for example, deciding what constitutes the ‘exception’ to a rule, or interpreting the omnipresent ‘reasonableness’ standards in the law. (...) In short, to give up the ambition of developing a theory of the Background –as Heidegger would tell us we have to do– entails giving up having a theory that illuminates central aspects of what judges do.” (Leiter 1996, pp. 280-281).

“Sea que provenga de Aristóteles, o de Heidegger, o de Wittgenstein, o de Bourdieu, el núcleo de la idea es el mismo y tiene implicancias de gran alcance: hay mucho tanto en el juicio como en las acciones humanas que es solo posible gracias a competencias y destrezas prácticas que se mantienen fuera del alcance de toda articulación

Si bien estas citas muestran que una línea filosófica identificada con el segundo Wittgenstein y el primer Heidegger²⁷ puede ser fructífera para comprender la práctica social en que consiste el derecho, nada mejor que volver a un clásico de la teoría del derecho para ver allí también una propuesta similar. Ya habíamos mencionado el sesgo wittgensteiniano de Hart, pero vale la pena volver sobre él cuando confiesa, en el prólogo de su obra mayor, el objeto que se va a dedicar a estudiar:

Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y *de la manera en que estas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa* (Hart 1963, XI, XII; el destacado es nuestro).

Y más adelante sobre el seguimiento de reglas:

Suele ocurrir que cuando alguien acepta una regla como obligatoria y como algo que él y los demás no son libres de cambiar, aquel puede ver en forma totalmente intuitiva lo que la regla exige en una situación dada, y realizar el acto requerido sin pensar primero en la regla y en lo que ella exige. (...) Si antes de nuestro “impensado” cumplimiento de la regla se nos hubiera preguntado cuál era la acción correcta y por qué lo era, lo honesto habría sido responder mencionando la regla. Es esa ubicación de nuestra conducta entre tales circunstancias, y no el hecho de que vaya acompañada de un pensamiento explícito en la

teórica. (...) Si, tal como he argumentado, el Trasfondo es esencial para los juicios de relevancia, entonces es central para una de las funciones más propiamente judiciales, como es el razonamiento por analogía. Más aun, parece razonable afirmar que la comprensión de Trasfondo es esencial para otras facetas de la tarea judicial también: como por ejemplo, la de decidir lo que constituye una ‘excepción’ a una regla o interpretar los estándares de razonabilidad omnipresentes en el derecho. (...) En suma, renunciar a la ambición de desarrollar una teoría del Trasfondo –como Heidegger nos diría que debemos hacer– lleva a renunciar a tener una teoría que ilumine aspectos centrales de lo que hacen los jueces. (La traducción es nuestra).

²⁷ Los paralelos que – pese a sus importantes diferencias y divergentes tradiciones filosóficas – pueden trazarse entre estos dos filósofos no solo han sido señalados por los aquí citados Ch. Taylor y B. Leiter. En el mismo sentido pueden consultarse Richard Rorty (1993), “Wittgenstein, Heidegger y la reificación del lenguaje”, en Rorty, R., *Ensayos sobre Heidegger y otros pensadores contemporáneos. Escritos filosóficos 2*, Barcelona, pp. 79-99; y K. O. Apel (1967), “Wittgenstein y Heidegger: La pregunta por el sentido del ser y la sospecha de falta de sentido contra toda metafísica”, *Dianoia. Anuario de filosofía*, México, F.C.E., pp. 111-148.

regla, lo que se necesita para distinguir un acto de genuina observancia de una regla y una acción que simplemente coincide con ella (Hart 1963, pp. 174-175).

Hemos tratado de apuntar –en el limitado marco de este trabajo– que, en tanto la práctica de aplicación de normas jurídicas se conciba como práctica social, costumbre, o institución, hay un sentido en el que se puede hablar de corrección e incorrección sin que medie “representación” de un contenido conceptual o fórmula explícita alguna. Y se sigue de allí que el hecho de que en virtud de un trasfondo no expreso, analogías y excepciones no necesiten –ni muchas veces puedan– ser anticipadas, no significa actuar ciega o arbitrariamente.

Las aguas de este tránsito son turbulentas y los riesgos del incorporacionismo y del escepticismo acechan a uno y otro lado. Si bien Bulygin parece no haber naufragado en ellas, nos resta conocer su opinión acerca de nuestra barca, que a modo de la de Neurath, se va construyendo mientras se la navega, manteniéndola pragmáticamente a flote.

Bibliografía

- Alchourrón, C. (2010), *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Barcelona, Marcial Pons.
- Alchourrón, C. y Bulygin E. (1975), *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- (1981), “La concepción expresiva de las normas”, en Alchourrón C. y Bulygin E. (1991), pp. 121-151.
- (1991), *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Bayón, J. C. (2007), “Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente”, en Moreso, J. J. y Redondo, M. C. (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Brandon, R. (1994), *Making it explicit. Reasoning, representing and discoursing commitment*. Cambridge, Massachusetts-Londres, Harvard University Press.
- (2002), *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores.
- Bulygin, E. (1963), “El concepto de vigencia en Alf Ross”, en Alchourrón C. y Bulygin E. (1991), pp. 339-353.
- (1986) “Dogmática jurídica y sistematización del derecho”, en Alchourrón C. y Bulygin E. (1991), pp. 465-484.

- Bulygin, E. (2005), “En defensa de El Dorado. Respuesta a F. Atria”, en Atria *et al.* (2005), *Lagunas en el Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Bulygin, E., Atienza, M. y Bayón, J. C. (2009), *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Caracciolo, R. (2006), “Normas Derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón”, *Análisis Filosófico*, XXVI (1), Homenaje a C. E. Alchourrón, pp. 156-177.
- Frege, G. (1971), *Estudios sobre semántica*, Madrid, Hyspamérica.
- Hart, H. L.A. (1963), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Hintikka, J. (1998), “El lugar de C. S. Peirce en la Historia de la Lógica”, en *El viaje filosófico más largo*, Barcelona, Gedisa.
- Kenny, A. (1997), *Introducción a Frege*, Madrid, Cátedra.
- Leiter, B. (1996), “Heidegger and the Theory of Adjudication”, *The Yale Law Journal*, 106 (2) pp. 253-282.
- Moreso, J. J. y Rodríguez, J. (2010), “Estudio introductorio. Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima”, en Carlos. E. Alchourrón, (2010).
- Taylor, C. (1997), *Argumentos filosóficos*. Madrid, Paidós.
- Wittgenstein, L. (1988), *Investigaciones Filosóficas*. México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM.