RAZONES PARA SEGUIR REGLAS. OBSERVACIONES SOBRE *PRACTICAL RULES* DE A. H. GOLDMAN

Andrea Greppi

I. Una hipótesis

Incluso en soledad los seres humanos llevamos a cabo conductas regulares y seguimos reglas. Es como si no fuéramos capaces o no nos atreviéramos a pasar sin ellas. Las reglas pueden ser de muchos tipos y alcanzar a las materias más diversas: a las costumbres, a las artes, a la moral, a las prácticas de investigación científica, a las instituciones sociales, al lenguaje. Esto es evidente y no hace falta recordarlo. Tampoco hace falta perder mucho tiempo en demostrar que la presencia de reglas explícitas y cada vez más numerosas es uno de los fenómenos más relevantes en los modos de convivencia de las sociedades contemporáneas. En relación con esto último y sobre la base de generalizaciones más persuasivas que probables voy a sugerir la hipótesis de que quizá exista algún tipo de paralelismo o afinidad entre dos procesos tan dispares como son, por lado, la tendencia a la juridificación de infinidad de relaciones políticas, económicas y sociales y, por otro, la tendencia a la procedimentalización de los modos de legitimación de esas mismas prácticas. Nuestro tiempo se caracterizaría, entre otras cosas, por una inercia que nos lleva a pensar a través de reglas, quizá porque pensamos que la solidez de las reglas puede convertirse en un buen sustituto de la certeza que nuestras creencias han ido perdiendo.

Una hipótesis tan amplia ciertamente no puede llegar a ser demostrada en pocas páginas y no tiene interés aventurarse en un intento abocado al fracaso. Tampoco es una hipótesis nueva, pues en ella es evidente el eco de viejos temas weberianos. Sí me parece útil, en cambio, volver en estas páginas sobre algunos procesos que en las sociedades complejas favorecen la multiplicación y diferenciación de las instancias normativas a la que me acabo de referir, porque sigue estando pendiente una clarificación de la noción de "regla" y, sobre todo, del uso de esta noción en contextos institucionales. A esto me dedicaré en las próximas páginas tomando como hilo conductor

el comentario de un libro reciente de Alan H. Goldman[1]. Al principio distinguiré diferentes usos de esas normas que, genéricamente, denominamos reglas. Luego intentaré explorar –todavía de la mano de Goldman, aunque sin coincidir en todo con él– las razones que justifican la adopción y el seguimiento de reglas, si es que pensamos que realmente tales razones existen. Porque si, de un lado, parece que todos comprendemos la necesidad de establecer reglas en determinadas circunstancias; de otro, vemos fácilmente que las reglas son un arma de doble filo. Nos refugiamos en su rigor, pero sabemos que hay muchos contextos de aplicación que demandan flexibilidad y por eso multiplicamos las excepciones. Las reglas son herramientas que nos ayudan a pensar y a actuar, pero también sabemos que esas mismas herramientas pueden dejar de ser útiles en el momento más inesperado y convertirse en vínculos odiosos. Las reglas dan razones y las quitan. Abren posibilidades de acción y las cierran. Son instrumentos peligrosos cuando nos los tomamos en serio y estorbos inútiles cuando no lo hacemos. Y todo ello incluso a pesar de que, como se decía al comienzo, cada vez se hace más complicado vivir sin reglas.

Cuando consideramos la presencia de reglas en el funcionamiento de instituciones sociales estables no podemos dejar de considerar una distinción tan elemental como la siguiente: sólo algunas de esas normas que habitualmente llamamos "reglas" expresan prescripciones universales y se aplican de forma perentoria a la totalidad de los casos que constituyen su objeto. Las demás no se aplican con el mismo rigor, sino atendiendo a la existencia o inexistencia de excepciones, de forma parcial o gradual. Por los motivos que indicaré más adelante, me interesa ocuparme aquí de las primeras, de las normas que son reglas *en sentido estricto*, porque son precisamente éstas las que son más difíciles de justificar y de aceptar, las que cuentan con razones más débiles, las que atacan más directamente a nuestro sentido intuitivo de justicia, cuando pensamos que sería bueno hacer justicia a la singularidad de cada circunstancia concreta y de cada persona. Pero son también, en ocasiones, las más útiles. Reconocemos que en el mundo de las relaciones sociales hay "cosas" que no se pueden lograr si no estamos dispuestos a aceptar el arriesgado compromiso de adecuar nuestra conducta futura al seguimiento de reglas. Ésta será la hipótesis y el problema de fondo de este trabajo: me interesa comprobar si es cierto que en determinadas circunstancias no podemos evitar *echar mano* de reglas, suponiendo que efectivamente tengamos razones y seamos capaces de construir reglas *verdaderas*, es decir, reglas que valgan sin excepción posible. En relación con

[1] A. H. Goldman, *Practical Rules. When we need them and when we don't*, Cambridge University Press, 2001 [en adelante, *PR*].

el derecho y, en general, con las demás instituciones sociales y políticas, se trata de aclarar cuáles son los contextos que admiten este tipo tan exigente de reglas. A este propósito, la propuesta de Goldman me parece que es muy útil. Su tesis se podría resumir diciendo que *a pesar de todo* hay circunstancias en las que no podemos evitar producir reglas, reglas genuinas, vínculos que pongan límites insuperables al razonamiento práctico. De ser cierta, esta idea tendría consecuencias relevantes en el análisis de diversas instituciones sociales. Así por ejemplo en el caso del derecho, donde parece que numerosas prácticas jurídicas se construyen sobre la base de reglas que son perentorias, que producen razones independientes y suficientes para la acción. En estas páginas voy a suscribir la tesis de Goldman, aunque en la conclusión intentaré especificar cuáles son los contextos en los que hay buenas razones para introducir reglas. Como veremos más adelante, el planteamiento de Goldman logra distanciarse con éxito de aquellas concepciones del razonamiento jurídico que aspiran a ser "sensibles" tanto a las reglas, o a las razones que derivan de la existencia de reglas, como a las circunstancias particulares del caso. Sin embargo, creo que la concepción del derecho por la que aboga Goldman sigue siendo todavía "demasiado sensible" a las razones particulares. A mi me parece que las reglas son más frecuentes de lo que él dice y que las reglas (las reglas en sentido estricto) juegan un papel más amplio en el funcionamiento de las prácticas jurídicas. Sólo al final de estas páginas intentaré razonar esta última afirmación.

II. Las razones de los principios frente a las reglas

Enfoques muy diversos han confluido en la discusión sobre la existencia y la función de las reglas en el razonamiento práctico. En el ámbito jurídico, la tesis de que existen reglas, reglas auténticas, no es en absoluto pacífica. Venimos de un periodo caracterizado por la disolución progresiva de los presupuestos conceptuales del formalismo jurídico, tanto en el ámbito de la dogmática, como en el de la práctica jurisprudencial y en la propia estructura de los textos legales[2]. Motivos muy diversos han conducido a esta erosión de las reglas y a la expansión de los principios como guía de la legislación y de las prácticas de aplicación del derecho. Sin ánimo de ofrecer un catálogo exhaustivo de un conjunto de causas que son, por lo demás, de sobra conocidas, podemos recordar aquí, en primer lugar, las dificultades que ha ido encontrando la teoría del derecho positivista, en un periodo de profunda revisión de sus presupuestos epistemológicos. En segundo lugar, la incorporación de los principios morales básicos del liberalismo político a los textos

[2] Sobre la conexión entre formalismo y reglas, M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980.

constitucionales y su reconocimiento universal a través de instrumentos normativos de carácter jurídico: una transformación en la "estructura" de las prácticas jurídicas habría debido producirse de manera "natural" como consecuencia de la positivación de normas que, por su contenido, tienen un carácter moral. Por otra parte, y en tercer lugar, la difusión de un derecho de principios se conecta con un cambio en las funciones del derecho mismo, que habría ido adaptándose a las demandas de un entorno caracterizado por pérdida de centralidad de los sujetos tradicionales del derecho burgués (el estado, el ciudadano) y por la aparición de contextos en los que el viejo paradigma ha ido perdiendo eficacia de forma inexorable. Recordaré, por último, la necesidad de revitalizar a través de un derecho estructuralmente conectado con principios las fuentes de legitimidad del sistema político, debilitadas por la crisis de los mecanismos tradicionales de participación y representación democrática.

Es probable que ninguna de las razones que estaban detrás de la reivindicación de los principios frente las reglas haya sido desmentida por los hechos y, sin embargo, no está tan claro que haya llegado a producirse un auténtico cambio de paradigma en la teoría y en la práctica del derecho. Por algún motivo que no llega a ser del todo explícito, el formalismo va perdiendo terreno pero no desaparece, como demuestra el hecho de que siguen apareciendo claras tensiones antiformalistas. Se puede suponer que la reivindicación de los principios estuviera algo inflacionada y que su capacidad de transformación de la práctica del derecho fuera menor de lo que se decía. Por otra parte, es un hecho que nadie se atreve a volver la espalda del todo a las razones del positivismo y, más bien, hay mucha gente que está intentando establecer diferencias entre las razones buenas del positivismo y las malas, "renovando" la concepción positivista del derecho sin renunciar a los valores de seguridad, certeza e igualdad que en ella se encarnaban. Cabe pensar, como muchos dicen, que el repliegue hacia un *derecho débil*, hacia un derecho basado en normas *débiles*, llegará a ser inevitable en el contexto de la sociedad contemporánea, pero lo cierto es que hoy todavía no lo es. Además, empezamos a sospechar que ese repliegue no vaya a ser a largo plazo la estrategia más provechosa para hacer frente a las formas de injusticia que empezamos a conocer en nuestros días. La sospecha, en dos palabras, es que un derecho débil acabe convirtiéndose en derecho al servicio de los poderosos y no de los débiles. Hoy parece claro que de la tesis según la cual «en el derecho *también* hay principios» no es legítimo inferir la consecuencia de que «en derecho todo son principios y (ya) no hay reglas».

Algunas referencias brevísimas a los debates sobre estas materias que han tenido lugar en la teoría del derecho más reciente. No hace falta recordar que el estímulo más relevante es el que proviene de la demoledora crítica

contra la concepción del derecho basada en reglas realizada por Ronald Dworkin en el contexto de una filosofía política que aspiraba a recuperar sus pretensiones normativas. No hace falta tampoco recordar que esta línea de crítica no ha sido la única que ha protagonizado esta nueva fase en la revuelta contra el formalismo. Lo que se ha producido es más bien una confluencia entre corrientes diferentes en un proceso de revitalización del constitucionalismo liberal (y no solo liberal) que responde a necesidades muy complejas. En este terreno han acabado encontrándose tradiciones muy alejadas de la argumentación jurídica o de la dogmática constitucional. Al final hemos aprendido que el derecho está formado por un conjunto muy heterogéneo de materiales normativos, que no hay una diferencia estructural clara entre reglas y principios, sobre todo si asumimos la distinción entre enunciados y normas, y que no hay criterios constantes para saber si en su uso una norma *funciona* como una regla o como un principio. La discusión involucra complejas discusiones de filosofía moral, sin las cuales no es posible responder a la pregunta de si el derecho produce o no razones perentorias e independientes para la acción; o si existen o no razones para mantener una "presunción" de aplicar las normas jurídicas respetando el criterio de generalidad. En caso de que así sea no hay duda de que necesitamos algún otro criterio, un criterio independiente, para determinar cuándo quiebra la presunción de aplicar reglas[3]. Eso puede suceder a niveles distintos: en el ámbito de las razones particulares que determinan la conveniencia de aplicar una regla a un caso, o en un nivel superior en el que la norma expresa una jerarquía de razones querida por el legislador, entre las que se encuentra también la conveniencia de respetar o romper la regla misma. En todo caso, parece inevitable reconocer que en su pretensión de "aplicar normas" el razonamiento jurídico se encuentra apresado, exactamente igual que las restantes formas de razonamiento práctico, entre la exigencia de tratar igual a los iguales y la necesidad, potencialmente ilimitada, de reconocer excepciones sensibles a la naturaleza particular de cada caso. Y no parece haber fórmulas mágicas para resolver esta doble exigencia.

III. Argumentos iniciales contra el particularismo

El trabajo de A. Goldman que voy a considerar en las próximas páginas se sitúa en la perspectiva más general de análisis del razonamiento práctico e

[3] Sobre este punto me parece muy clarificador el planteamiento desarrollado en F. Schauer, *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Clarendon Press, Oxford, 1992. Véanse los recientes comentarios sobre esta obra aparecidos en *Notizie di Politeia*, XVIII, núm. 66, 2002. El lector disculpará que no aparezca mencionado aquí el resto de la amplísima bibliografía referida a estas cuestiones.

intenta responder a la pregunta de *si* y *cuándo* podemos considerar racional seguir reglas. Es verdaderamente útil remontarse a esta perspectiva general para entender de dónde viene la tensión entre las virtudes de la generalidad y las de la sensibilidad a las razones particulares[4]. Como escribe Goldman, aunque parece que «*the application of rules is not the norm in sound moral reasoning, at least in difficult circumstances*», no deja de ser cierto que pueden darse circunstancias en las que «*agents ought to obey rules even when they regret the outcomes and believe they could do better*» [*PR*, 1]. Es en esos casos, que pueden ser recurrentes, en los que más difícil resulta prescindir de la idea de que el razonamiento práctico típico consiste en la aplicación de reglas o principios generales y/o universales a casos particulares. Y ello incluso a pesar de que en otras ocasiones distintas, por *sentido común*, sea inevitable desconfiar de las reglas. En efecto, casi nunca nos decidimos a actuar de forma tan categórica: parece que el razonamiento basado en reglas no constituye una buena reconstrucción de nuestras prácticas argumentativas ordinarias y ni siquiera de nuestras motivaciones sicológicas más fuertes. En unos casos parece indispensable adoptar reglas "en sentido estricto", es decir, normas «*that state sufficient conditions for acting or refraining from acting or, in weaker versions, state conditions must be given independent weight in any circumstances in wich they obtein*». Pero existen también otras situaciones diferentes en las que parece suficiente, y por tanto preferible, apelar a un «*weaker constraint whose satisfaction suffices for consistency among judgments*». En estos casos, lo único que la justificación práctica exige es no juzgar dos casos de manera diferente «*without been able to cite a relevant difference between them*» [*PR*, 2].

Al margen de que podamos citar autores antiguos o recientes que han tratado esta materia[5], no hay duda de que hoy sigue estando abierta la polémica entre los defensores de un modelo particularista o contextualista en el que se acepta la existencia de un catálogo indeterminado o indefinidamente abierto de excepciones, y quienes, por el contrario, intentan defender con argumentos más o menos sofisticados la necesidad de atenerse a reglas. La idea general de Goldman a este propósito (y su opinión parece acertada) es

[4] Una persuasiva defensa del particularismo moral se encuentra en J. Dancy, *Moral Reasons*, Blackwell, ***, 1993.

[5] Entre los defensores de las reglas bastará recordar a Hobbes, a Kant, a J. S. Mill, a Hare y, en otro terreno, a Wittgenstein. Entre los filósofos del derecho contemporáneos se encuentran al menos Hart, Raz y Schauer. En otros ámbitos, hay que recordar los trabajos de Elster, Nozick o Gauthier. El argumento general que se puede elaborar contra el modelo "particularista" es que en él acaba disolviéndose la posibilidad misma de que existan criterios normativos estables, pues toda norma acaba siendo considerada siempre «*dispensable in favor of the direct perception of morally relevant factors*» [*PR*, 3].

que la aproximación particularista a la argumentación práctica encuentra obstáculos insalvables. En primer lugar porque los particularistas no disponen de un «*alternative account of reasoning to the correct answer to difficult moral problems*», en la medida en que no pueden apoyar sus juicios en otra cosa que no sean simples intuiciones, «*however dressed up in new vocabulary about the wheights of factors in particular cases*» [*PR*, 3]. En segundo lugar porque ignoran que determinadas situaciones reclaman la presencia de reglas, incluso cuando la conducta exigida no cuenta con el respaldo del juicio moral "ordinario" o "directo".

Si aceptamos que estos son los términos del debate, la deseada reacción contra el particularismo dependerá de que logremos salvar algunos escollos. Ante todo, depende de la posibilidad de determinar con precisión cuáles son esas situaciones que requieren reglas y, además, de que seamos capaces de explicar en qué sentido es racional establecer vínculos que afectan tanto al juicio, como a la conducta. Aunque volveremos sobre esto, habría dos situaciones típicas en las que *en principio* puede estar justificada la estrategia de las reglas. En primer lugar, cuando tenemos razones para creer que nuestras probabilidades de error en el juicio disminuyen con la adopción de restricciones a la facultad de juzgar. Esto es lo que pasa, por ejemplo, en situaciones caracterizadas por un incontrolable nivel de complejidad, por la presencia de altos costes de información, o por una carencia de recursos epistémicos debidas, quizá, a la incapacidad o a la estupidez de las personas que han de juzgar[6]. El segundo tipo de situaciones es el que se produce cuando un determinado curso de acción resulta inocuo por sí mismo, considerado de forma aislada, pero produce efectos acumulativos perjudiciales, tanto desde el punto de vista moral como prudencial. Estos casos, dice Goldman, «*resemble typical prisoners' dilemmas in wich prudentially rational actions leave everyone worse off than they could be, that is, result in collectively irrational outcomes except that here morally permissible or required actions result in morally unacceptable outcomes*». Introducir reglas en este tipo de contextos, y quizá, pero ésta es una cuestión parcialmente diferente, reforzar su cumplimiento con sanciones, «*prevents the negative cumulative effects as well as unfairness or free riding by individuals who correctly calculate the negligible harmful effects of their individual actions*» [*PR*, 5].

---

[6] No se trata aquí de errores debidos a simple falta de virtud en la persona que juzga, o a una ignorancia que pueda ser remediada, sino a situaciones de "falibilidad radical". «*In such contexts* –escribe Goldman– *there exists an optimal pattern of moral decisions on ordinary grounds and a threshold at which such decisions begin to result in cumulative harm. But the optimal pattern of moral decision making is unattainable, and the adoption of genuine rules allows us to achieve second-best or acceptable patterns of behaviour*» [*PR*, 13].

De este modo, parece que habría llegado a resolver la cuestión que planteábamos al comienzo: disponemos ya de algún criterio útil para saber cuándo hay y cuándo no hay reglas en derecho o, por lo menos, cuándo debe o no debe haberlas. No hay duda de que se trata todavía de criterios inseguros, que abren diversos frentes de crítica. Sin embargo, si los damos por buenos, aunque sea de manera provisional, podremos comenzar a movernos en una dirección prometedora. La tarea que nos queda por delante es ver qué lugar ocupa esta justificación del modelo de reglas en el concepto de derecho y en la definición de sus funciones. Pero antes de llegar a eso será conveniente hacer alguna precisión sobre el concepto de "regla".

IV Normas que no son reglas

Como se dijo antes, sólo podemos decir que son reglas en sentido estricto aquellas normas que tienen un ámbito de aplicación universal, esto es, aquellas prescripciones que establecen de forma categórica qué es lo que tenemos que hacer cuando se dan determinadas circunstancias. Son, por tanto, enunciados que conectan propiedades naturales de estados de cosas, que entendemos constituyen las condiciones de aplicación de la norma, con acciones que se consideran debidas. De este modo, el enunciado que expresa una regla "proporciona" razones perentorias, suficientes e independientes de las circunstancias particulares del caso para realizar la acción prescrita [*PR*, 11, 12]. Por supuesto, no todas las normas son tan rígidas como las reglas y se aplican de forma perentoria. Es más, no está en absoluto claro que en el razonamiento práctico puedan existir normas tan exigentes. No hay duda, en efecto, de que muchos de los enunciados normativos que se presentan en esta forma universal en realidad incluyen cláusulas tácitas en las que se contemplan excepciones o incluyen entre las condiciones de aplicación la referencia a propiedades "no naturales" –según la expresión que utilizaba Goldman–. La interpretación de estas normas y, por tanto, su aplicación a supuestos específicos no es necesariamente indeterminada, como quizá pretenden algunas tesis radicalmente escépticas, pero sí pone en marcha procesos hermenéuticos más amplios, que abren nuevos contextos de interpretación. Lo característico de las reglas sería, por el contrario, el establecer un nexo *inmediato* entre un estado de cosas y un deber.

Con el objeto de aclarar esta afirmación será útil subrayar algunas diferencias de carácter estructural entre algunos tipos de normas. Es posible establecer, en primer lugar, la distinción entre enunciados normativos que contienen alguna clase de indeterminación semántica y enunciados que no la tienen. En la medida en que establecen un nexo entre "propiedades naturales" y acciones, las reglas en sentido estricto no pueden ser indeterminadas: sólo así alcanzan ese carácter perentorio que les atribuimos. Naturalmente,

ninguna regla hace explícita la totalidad de las reglas semánticas que determinan el significado de los términos que la componen. Se supone, no obstante, la posibilidad de llegar a identificar esas reglas, la posibilidad de hacerlas explícitas. Pero eso no siempre será así: por mucho que tengan apariencia de reglas, aquellas normas en las cuales no es posible identificar las reglas semánticas que son necesarias para determinar un conjunto de propiedades naturales del mundo que constituyen sus condiciones de aplicación, serán normas "incompletas". En este sentido, diremos que el razonamiento basado en normas incompletas es, a su vez, un razonamiento "incompleto"[7]. En la aplicación de normas, distinguiremos entonces entre problemas relativos a la determinación de las "condiciones de verdad" de los términos que componen el enunciado de la norma, que muy a menudo tienen una importancia crucial en las situaciones de penumbra o de vaguedad; y problemas que surgen cuando es la propia estructura de la norma la que permanece abierta, en el sentido de que no permite identificar un catálogo preciso de "condiciones de aplicación". A estos últimos me referiré un poco más abajo. De los primeros, en cambio, se puede decir que son problemas de carácter puramente interpretativo, que se resuelven por medio de estipulaciones definicionales, basadas a su vez en razones de orden sustantivo. Diremos entonces que los enunciados que generan esta clase de problemas interpretativos no contienen verdaderas reglas, sino normas "incompletas", normas que con Goldman podemos calificar como "pseudorreglas" [*PR*, 16]. Por lo general, estos enunciados hacen referencia a propiedades morales, susceptibles de ser valoradas con arreglo a criterios normativos de orden diferente. Son problemas de carácter semántico los que afectan a las normas que hacen referencia a virtudes, a valores, o a otros criterios normativos que admiten una aplicación flexible. Como explica Goldman, no podemos decir que en el orden moral exista una *auténtica regla* que prescribe "no matar", porque en nuestro universo moral el término "matar" no indica de manera unívoca "realizar acciones que tienen como resultado causar la muerte a otro". "Matar" es, por el contrario, un término que incluye una referencia implícita a *otras normas* que contienen reglas semánticas en virtud de las cuales establecemos diferencias relevantes entre las distintas situaciones en las que una persona puede causar de manera intencional la muerte de otra[8].

Buena parte de los problemas de indeterminación de las normas pueden ser analizados como problemas semánticos. Lo interesante es darse cuenta

---

[7] Escribe Goldman: «*Complete moral reasoning must comence from descriptions couched in non-moral terms that are held to be morally relevant*» [*PR*, 13].

[8] En este sentido, «[...] *the reasoning involved in applying [pseudorules] will consist mainly in determining wheter the normative terms are apllyed appropriatedly*» [*PR*, 16].

de que no todos lo son. Hay problemas que, como acabamos de ver, pueden ser resueltos por medio de una reconstrucción de términos oscuros y hay problemas que requieren un tratamiento distinto, en particular aquellos que derivan de la indeterminación en las condiciones de aplicación. En el primer caso debemos encontrar razones que completen la información proporcionada por el enunciado de la norma. En el segundo no basta con resolver problemas semánticos. En concreto, se necesita identificar también otras razones distintas que sean relevantes para la interpretación en el caso concreto. La idea es que a diferencia de lo que sucede en el caso de las reglas en sentido estricto aquí son las razones ausentes las que determinan el juicio, en la medida en que son estas razones (y no las contenidas en la norma) las que identifican las condiciones de aplicación relevantes en el caso. En este sentido –como escribe Goldman– «*many of the rules that we ordinarily think as normative are dispensable in moral reasoning in favour of their background cases and the reasons they instantiate*» [*PR*, 18]. Algunos ejemplos permiten quizá aclarar esta idea.

En primer lugar, el caso de ese tipo particular de normas que conocemos como *reglas prudenciales* o *máximas de la experiencia* ("*rules of thumb*"). Según lo dicho, éstas serían normas dispensables y no auténticas, pues son normas que se limitan a "referir" el resultado de procesos deliberativos que tuvieron lugar en el pasado y que se supone podrán repetirse en el futuro [*PR*, 14]. En este sentido, son proposiciones que contienen indicaciones útiles para la argumentación moral, porque ahorran tiempo y esfuerzo, pero que carecen de fuerza normativa independiente. Y es que, en efecto, los juicios basados en generalizaciones de la experiencia son, por definición, incompletos. No contienen información alguna sobre la relevancia de los ejemplos pasados y sobre su adecuación a la situación presente que es objeto de juicio. "Aplicar" esta clase de normas –y veremos que esta observación vale también para otros casos que mencionaré a continuación– equivale a *mirar a través de ellas* hasta encontrar razones inmediatamente derivadas del caso concreto y que no están contenidas, por tanto, en la norma misma. El razonamiento basado en máximas de la experiencia puede ser sustituido, sin que se produzca ninguna pérdida relevante de sentido, por un razonamiento (eso sí, más complejo) basado en razones "sustantivas" o "de fondo" ("*background reasons*") que corresponden al caso. Las razones que las máximas expresan "valen" únicamente mientras no aparezcan otras consideraciones relevantes, mientras no aparezcan argumentos "de más peso", y luego desaparecen.

Un segundo caso es el de las normas que expresan *convenciones*, esto es, el de las normas que sirven para resolver ciertos problemas de coordinación social. Lo característico de este tipo de normas es que su cumplimiento

–por definición– no genera problemas de motivación en los destinatarios. En las situaciones en que resulta posible resolver con éxito problemas de coordinación de la acción por medio de convenciones, en principio, nadie tiene motivos para incumplir. Así, por ejemplo, es sensato pensar que nadie debería tener razones para preferir circular por la izquierda o por la derecha de la calzada, en el caso de que todos los demás viandantes estén dispuestos a hacer lo mismo. Al mismo tiempo, sin embargo, es claro cualquiera tendrá interés en que los demás circulen de forma ordenada. Si se establece la convención de circular por la derecha, o la contraria, todos estarán suficientemente motivados para seguirla. En este sentido, las convenciones expresan estrategias óptimas de cooperación y no estrategias sub-óptimas, como en el caso de las normas que contienen reglas en sentido estricto. La rigidez de las reglas se justifica ante la imposibilidad de asegurar una motivación espontánea y estable para el cumplimiento, pero se vuelve innecesaria cuando tal motivación, de hecho, existe. Esto tiene una consecuencia interesante para lo que a nosotros nos interesa. Mientras que la lógica de las reglas no admite excepciones, la de las convenciones siempre es condicional. La norma que expresa una convención se vuelve dispensable en el instante en que aparece una estrategia de acción alternativa que permita solventar el problema de coordinación que había dado origen a la norma. Dicho de otra forma: las convenciones nunca son reglas incondicionales porque es imposible descartar que en contextos particulares de aplicación surjan estrategias de acción que sean, tanto desde el punto de vista individual como colectivo, más racionales que el cumplimiento de la norma. El catálogo de excepciones queda entonces lógicamente indeterminado.

Un tercer caso es el de las *reglas prima facie*. Estas son normas en las que el catálogo de las excepciones relevantes posibles así como el peso relativo de esas excepciones respecto de la norma permanece indeterminado. Lo interesante en este caso es saber si las razones contenidas en las reglas derrotadas siguen "existiendo" o "teniendo *cierto* peso" cuando ya sabemos que no han sido determinantes en el juicio[9] [*PR*, 20]. Si así fuera quizá pudiéramos alcanzar una representación adecuada del funcionamiento intuitivo del razonamiento práctico, especialmente del razonamiento jurídico, combinando exigencias dispares. Por un lado, en cualquier sistema normativo mínimamente desarrollado es casi siempre contraintuitiva la rigidez de

[9] Si así no fuera, si dejaran de "existir", podríamos decir que el razonamiento no ha consistido realmente en la aplicación de *esa* norma, la norma derrotada, sino en la identificación de una norma diferente que determina a la postre el juicio. Éste tipo de diferencia lógica es el que se da en el ámbito procesal entre una eximente que excluye la responsabilidad penal y un defecto de forma que determina –por ejemplo– la nulidad de una prueba y, finalmente quizá, la absolución de un imputado.

las reglas: sabemos que toda norma está en conflicto con otras, es parcialmente dependiente de otras y, muy probablemente, requiere una aplicación sensible a otras consideraciones derivadas de la existencia de otras normas. Pero afirmar que toda regla puede tener sus excepciones no equivale a afirmar que no existen reglas, entre otras cosas porque resulta igualmente contraintuitiva la idea de una argumentación sin reglas.

Sin embargo, como acertadamente señala Goldman, la idea de que existen reglas "débiles" o "derrotables", reglas que por su particular configuración siguen teniendo cabida en el razonamiento práctico incluso después de haber sido derrotadas, resulta un tanto oscura. El problema es que para decir que todavía "existen" es necesario saber si efectivamente tienen alguna influencia, condicionan en algún sentido el resultado del proceso deliberativo. Pero si es así, es decir, si orientan la acción, tienen que contar con el respaldo de razones análogas a las que justifican la existencia de las demás reglas, aquellas que consideramos "fuertes". De este modo, la estructura del razonamiento basado en reglas débiles acaba coincidiendo con la del razonamiento basado en las razones particulares del caso. Sólo hay diferencia de él si afirmamos que la presencia de reglas débiles aporta, con carácter general, un "peso extra" a determinadas razones. Y ello es así porque las reglas débiles no son meras máximas prudenciales, simples recordatorios de la experiencia. Así pues, al final, volvemos a encontrarnos ante un problema de justificación: en este caso se trata de saber si es racional (y en qué sentido es racional) introducir alguna clase de regularidad en el juicio sobre el peso relativo de las razones que intervienen en el juicio, así como del sistema de prioridades entre ellas. De lo contrario, el razonamiento basado en reglas *prima facie* se disolvería irremediablemente en el particularismo, pues nos veríamos abocados a revisar *en cada caso concreto* el peso relativo de las razones derrotadas y las razones operativas[10]. En esta dificultad incurren quienes dicen que las normas jurídicas generan (o incorporan necesariamente) una presunción derrotable en favor de su cumplimiento. La necesidad de reconsiderar *caso por caso* esta presunción, convierte en superflua la regla general que prescribe el respeto al texto de la ley.

[10] El propio Goldman reconoce la dificultad de identificar la idea de que ciertas reglas aportan un "peso extra", pero no un peso "definitivo" a determinadas razones. Sin una explicación satisfactoria del valor añadido de determinadas razones en determinados contextos, el razonamiento basado en reglas débiles colapsa en el particularismo [*PR*, 56, 106]. En la última parte de *Practical Rules* Goldman ensaya una vía de razonamiento "sin reglas", un modelo de razonamiento que esté basado en las "analogías y diferencias" de los casos particulares y que al mismo tiempo incopore, a través de la noción de coherencia, una mínima referencia de universalidad. Cfr. *PR*, cap. 4.

V. Tipos de razones y tipos de normas

Veamos ahora hasta qué punto es posible trasladar estos argumentos al ámbito de las prácticas jurídicas. Sabemos que el derecho es un sistema de normas que aspiran a orientar la conducta de los ciudadanos o de determinadas personas encargadas de su aplicación. En un sentido muy obvio parece que las normas del derecho proporcionan razones y motivos para actuar de una forma determinada y es *normal* pensar que las normas jurídicas, al menos algunas, reclaman obediencia en la generalidad de los casos. No se me oculta que una afirmación como ésta suscita un número enorme de problemas que no se pueden recoger aquí[11]. Desde una perspectiva más limitada será suficiente plantear si existe alguna relación entre diferentes tipos de reglas y diferentes tipos de razones para ver si está justificado (o no) establecer reglas y, sobre todo, cuándo está justificado establecer reglas en sentido estricto.

En efecto, es interesante observar que existe alguna clase de correspondencia entre ciertos tipos de normas (o usos de normas) y ciertos tipos de razones. Los enunciados jurídicos que contienen esa clase de las normas que más arriba llamábamos *pseudorreglas* no proporcionan "auténticas" razones para actuar o, como mucho, aportan razones que no pasan de ser "incompletas". Por otra parte, las normas que expresan *máximas de la experiencia* dejan inalterado el balance de las razones subyacentes, de manera que tampoco proporcionan razones suficientes para actuar. Son, como antes veíamos, normas dispensables, que tan sólo contribuyen a la identificación de otras razones que son las verdaderamente relevantes. Sólo las reglas *genuinas* modifican ese balance. Algunas reglas de ellas, las reglas débiles, determinan el peso relativo de las demás razones que pueda tener el agente en contextos particulares. Otras, las fuertes, proporcionan razones perentorias, razones generales que superan las demás razones o que excluyen la posibilidad de considerar las razones del caso. Sé bien que estas distinciones no se corresponden con las tipologías que se manejan habitualmente en filosofía del derecho, en particular, con la distinción entre principios y normas. No obstante, creo que no hay duda de que cuando una norma (sea del tipo que sea) produce razones que orientan la acción o modifica el balance de las demás razones, necesita alguna clase de justificación. Necesitamos saber por qué debemos hacer oídos sordos a algunas de las razones posibles, privilegiando otras, y con arreglo a qué criterio debemos introducir analogías y diferencias relevantes en el juicio. La tesis general de Goldman sobre

[11] Cfr., por ejemplo, C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

esta cuestión es que las mismas razones que valen para adoptar reglas en los restantes ámbitos del razonamiento práctico valen también en el ámbito jurídico. En el análisis de las razones para adoptar reglas se explicitan y se afinan los criterios de certeza, predictibilidad e igualdad de trato a los que apelaba la teoría jurídica tradicional para justificar la aplicación general de las normas.

Admitiendo que efectivamente existan razones para adoptar reglas –más abajo nos referiremos a ello– el punto más controvertido sigue estando en la distinción entre reglas fuertes y débiles. Sobre todo, si no perdemos de vista que un mismo enunciado puede tener diferentes usos en contextos de aplicación diferentes, de manera que puede ser leído bien como un principio o bien como una regla, dependiendo del contexto de uso [*PR*, 112]. En este punto, tenemos la posibilidad de adoptar al menos dos diferentes estrategias de análisis, que Goldman indica con claridad reconstruyendo el debate de la filosofía del derecho reciente. Podemos considerar el problema desde una perspectiva descriptiva, preguntando si conforme a un ordenamiento jurídico determinado las normas jurídicas *son* reglas o principios, o si los juristas en un momento histórico determinado *usan* las normas como reglas o como principios. Pero también podremos adoptar una perspectiva normativa en la que habrá, a su vez, un doble nivel de análisis: una cosa es, en efecto, comprobar si el derecho *prescribe* tratar las normas como reglas o principios, y otra distinta analizar si está justificado o no *en general* hacer una cosa u otra.

La perspectiva descriptiva es aquella en la que se sitúa (al menos la primera parte de) el conocido debate entre Hart y Dworkin. La posición de Hart es la de quien defiende la existencia de reglas en derecho, al menos, y por todas, una única regla de la que depende la identificación del material normativo jurídicamente relevante. La aceptación de esta regla convierte en jurídicamente irrelevantes las demás consideraciones que pudieran orientar la acción y compromete a los participantes en un particular sistema normativo[12]. Otras teorías del derecho (por todas baste citar la de Kelsen) tienen elementos que cumplen una función análoga. Una propuesta contraria –como es sabido– puede ser la de Dworkin. Su idea básica es que el derecho no es un sistema formado exclusivamente por reglas, sino un orden normativo que incorpora necesariamente principios. Pero como los principios son *nor-*

[12] La existencia de *esta* regla o de, al menos, *una* regla de este tipo convierte al derecho en un dominio normativo autónomo, incluso aunque sea puramente autorreferencial y contemple posibles puntos de conexión con otros sistemas normativos externos a él. Sobre la conexión necesaria o solamente parcial entre la tesis de la autonomía y la tesis de que el derecho es un sistema de reglas, cfr. *PR*, 113 ss.

mas generales, de los que depende la coherencia y la fuerza normativa a la totalidad de las demás normas que pertenezcan a un sistema jurídico, la autonomía de las reglas queda desvirtuada [cfr. *PR*, 116]. Al final ya no hay reglas que determinen por sí mismas las decisiones, porque la aplicación de las normas, de cualquier norma, reclama necesariamente la mediación hermenéutica de los principios o, en su lenguaje, porque la aplicación de normas nos compromete con la mejor reconstrucción normativa posible de nuestras visiones comprensivas acerca de una sociedad justa. De este modo, las reglas acaban resultando dispensables y acaban dejando paso a las razones que sean más coherentes con valores sustantivos de justicia.

No niego que una concepción hermenéutica como la de Dworkin refleja con cierta aproximación lo que *de hecho* hacen los juristas (o lo que creen que hacen; o lo que dicen que hacen) cuando aplican el derecho. Sin embargo, la posibilidad de alcanzar la certeza o la coherencia depende de que exista un orden único de valores, de principios y de criterios interpretativos que deberá compartir toda aquella persona que pretenda situarse en la perspectiva interna del sistema normativo. Es decir, requiere no sólo la aceptación de normas, sino de un orden normativo mucho más amplio, vinculado a una tradición jurídica determinada. Sin esta interiorización de valores, no se entiende cómo puede funcionar la idea de un derecho sin reglas, como en el fondo propone Dworkin. Un problema de esta propuesta es que esos procesos de interiorización de la cultura jurídica liberal-democrática se hacen cada vez más inciertos en un contexto caracterizado por un pluralismo social que se tiñe cada vez más de politeismo de valores. En un plano de análisis algo distinto, aunque quizá relacionado con el anterior, otro argumento contra Dworkin consistiría en observar que de hecho muchos juristas actúan de hecho *como si* buena parte de los casos de los que se ocupan fueran casos claros y los resuelven "correctamente" aplicando reglas que son generales, sin que aparezcan dificultades "relevantes" desde el punto de vista hermenéutico.

No quiero decir con esto que la contraria, que podemos identificar una vez más con Hart, esté libre de dificultades. Muchas de las críticas que ha recibido parecen acertadas, aunque en relación con lo que aquí interesa resulta especialmente interesante la idea de que al admitir la tesis de la discrecionalidad interpretativa en el ámbito de penumbra del significado de las normas, la opción formalista se ve obligada a guardar un inaceptable silencio sobre lo que *se debe hacer* en los casos difíciles. Si la tesis de la arbitrariedad –por así decir– "controlada" parece satisfactoria desde el punto de vista descriptivo, puede que efectivamente no lo sea desde el punto de vista práctico. En definitiva: tiene razón Goldman al decir que el debate entre formalistas y antiformalistas parece haberse cerrado por el momento con un

empate. Los primeros tienen el recurso de afirmar que su teoría es preferible desde el punto de vista descriptivo. Sin embargo, sólo apelando argumentos de carácter normativo, como por ejemplo aquél que *justifica* la relativa discrecionalidad de los intérpretes o aquél que apela a una noción *normativa* de coherencia, podemos dar respuesta a la pregunta de si el derecho se compone *principalmente* de normas o de principios, de si en el derecho hay o no –recuérdese que éste es el tema que aquí nos ocupa– reglas en sentido estricto. Es en este último terreno donde habrá de deshacerse el empate.

De todos modos, y aunque la necesidad de desplazar el debate al terreno propiamente normativo sea ya indiscutible, tengo la impresión de que Goldman (y con él otros muchos, entre los cuales se encuentra quizá el propio Dworkin) no ha prestado la debido atención a un detalle que afecta de manera decisiva a la materia que aquí nos ocupa y sobre la que habrá que volver más adelante. Es cierto que el derecho *tomado en su conjunto*, esto es, el derecho como *conjunto de normas que orientan la conducta*, incluye normas de diferentes tipos y que necesitamos razones para explicar por qué esto es así. Pero también es cierto que hay una parte específica del sistema jurídico, aquella en la que están las normas que Hart llamaba secundarias[13], donde se observa un predominio suficientemente claro de las reglas sobre los principios. Digo un *predominio*, pero en realidad tengo dudas de que los principios puedan cumplir las mismas funciones que de hecho cumplen las normas secundarias[14]. No es necesario abrir una discusión que podría ser muy larga. La regla de reconocimiento, con independencia de cuál sea su contenido y el contenido de las normas que identifica[15], es una norma general que permite identificar como jurídicas determinadas normas. De hecho, puede ser descrita como "regla constitutiva" del orden jurídico. Por su parte, las reglas de adjudicación y cambio son "normas sobre normas"[16], reglas en sentido estricto que atribuyen, distribuyen y limitan poderes y competencias de los órganos encargados de administrar el derecho. Así pues, hay una cuestión a la que Goldman no habría dado la suficiente importancia y

[13] H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, cap. ***.

[14] No se me ocurre más excepción que la del principio de separación de poderes. Por lo demás, parece que éste es un principio extremadamente débil, que cede con facilidad cuando se enfrenta a las reglas constitucionales que otorgan competencias y que no por casualidad es utilizado a menudo como moneda de cambio en la negociación política. Mucho más clara todavía es la debilidad de los principios que "rigen" la separación horizontal de los poderes del estado en relación con la descentralización política y administrativa.

[15] Me refiero a la compleja polémica que se viene desarrollando a partir de H. L. A. Hart, *Post scriptum al concepto del derecho*, Universidad Nacional Autónoma, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.

[16] Cfr. N. Bobbio, *Teoría de la norma jurídica*, en *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, cap. V.

es el hecho de que dentro de la compleja maquinaria de un sistema jurídico hay un conjunto de normas específicas que cumplen una serie de funciones y que adoptan (por lo general) la forma de reglas. Puede que no se trate de una simple casualidad y que la presencia de reglas pueda estar justificada en ese ámbito específico.

VI. La cuestión normativa

Parece que la respuesta a la cuestión descriptiva involucra –como decíamos– cuestiones normativas más amplias[17]. No basta con indagar si el derecho se compone de reglas o de principios: lo que necesitamos es saber cuándo y por qué la (relativa) opacidad del lenguaje de las normas comienza a ser relevante.

La primera vía para intentar responder a esta pregunta recoge el legado de la tradición realista. Consiste en afirmar –como señala Goldman– que la mayor o menor presencia de principios o de reglas en las prácticas de interpretación «[...] *depends on the style of lawmaking and even more on the accepted normative theory of jurisprudence that tells judges how to read these requirements*» [*PR*, 120]. Confiamos, por tanto, la respuesta a las tradiciones jurisprudenciales dominantes que forman el substrato común sobre el que se asienta el lenguaje de los juristas. Son capaces de leer las normas jurídicas, interpretándolas como reglas o como principios, quienes han aprendido a aplicarlas [*PR*, 135]. Esto es lo que hacen realmente los juristas que conocen "el derecho" y lo usan. Ellos se sitúan en el "interior" de tradiciones dogmáticas que constituyen una suerte de lenguaje no escrito del derecho. Estas tradiciones, en parte inmemoriales y, en parte, forjadas también por la dogmática autoridad de las instituciones competentes, proporcionan un sistema de reglas interpretativas implícitas a través de las cuales es (o debería ser) posible discriminar las interpretaciones que son jurídicamente "relevantes". Estos sistemas de reglas varían según las diferentes culturas jurídicas particulares y en cada sector específico del derecho, el derecho penal, internacional, etc. Además, evolucionan y se transforman [*PR*, 129]. No obstante, es claro que la mera existencia de estas normas consuetudinarias o su aceptación por razones pragmáticas en el seno de una comunidad determinada explica pero no justifica su uso. No resuelve la cuestión que nos

[17] Escribe Goldman: «*If the way legal requirements are stated does nor determine whether they are interpreted as genuine rules, then the issue becomes not descriptive, but the normative one of whether they have to be read that way.*[...] *The sometimes heated normative debate about how law should be interpreted itself indicates that there is no uniform answer to the normative question, once more bringing the normative question to the fore*»; *PR*, 128.

ocupa, pues no dice nada acerca de la validez de las tradiciones. No aclara si *debemos* leer las normas como reglas o como principios.

Diferente es la discusión sobre la posibilidad de reconstruir, en sus diferentes versiones, el *significado auténtico* de la norma en el caso o la *intención original* de su autor [cfr. *PR*, 123 ss.]. En la teoría jurídica reciente hay gran disputa sobre estas cuestiones, pero lo cierto es que *desde siempre* la dogmática viene ocupándose del alcance de nociones tales como la de *mens legis* o *legislatoris* y del problema de cómo hacer compatibles los diferentes criterios de interpretación literal, histórica o teleológica de los textos jurídicos. El debate adquiere una importancia especial cuando afecta al sistema constitucional de garantía de los derechos fundamentales. En este terreno cabe preguntarse si son o no son, o cuándo son y no son reglas, las normas que limitan la voluntad de las mayorías. Parece, por un lado, que la legitimidad democrática está condicionada por la "aplicación" de normas que tienen una estructura particularmente flexible; por otro lado, está claro que el reconocimiento de los márgenes de discrecionalidad en las decisiones de los órganos encargados de interpretar los límites constitucionales a la voluntad de las mayorías, suscita una natural inquietud. Lo que está claro es que, junto con las normas que establecen principios, cualquier sistema constitucional incluye una estructura institucional de poderes, más o menos compleja, con una esencial vocación de permanencia. Una estructura semejante sólo puede ser realizada a través del establecimiento de reglas. Argumentos análogos valen, salvando las distancias, cuando consideramos el significado de las normas infra-constitucionales y el carácter vinculante de los precedentes jurisprudenciales, así como todas aquellas reglas que distribuyen competencias en materia de interpretación.

No voy a insistir en las dificultades hermenéuticas que aparecen cuando intentamos "recuperar" el significado auténtico de un texto o de un acontecimiento. Ya en un apartado anterior he querido aislar los problemas relativos a la reconstrucción del sentido de una norma, distinguiéndolos de los problemas que afectan a la identificación de su ámbito de aplicación. Simplificando bastante las cosas, y frente a la perspectiva de quienes insisten en la necesidad de fundar la normatividad de las normas en la búsqueda de la interpretación más correcta y coherente del sentido del derecho, creo que convendría *tomar en serio* las críticas que ponen de manifiesto el carácter en último término antidemocrático de la pretensión de *atarnos las manos* en el respeto de las decisiones pasadas (porque, ¿qué vincula a quién y hasta cuándo?) [*PR*, 125 ss.]. A pesar de que nos movemos en un terreno en el que no conviene refugiarse en soluciones esquemáticas, parece que la sacralización del sentido de las normas constitucionales no contribuye a reforzar las razones de nuestra adhesión a la constitución misma, y más bien fomenta la

incertidumbre, pues con facilidad se convierte en instrumento que encubre una utilización más arbitraria de los textos jurídicos.

Así pues, el intento por recuperar un punto de referencia objetivo para justificar, *caso por caso*, la aplicación de reglas y/o principios, tiene consecuencias indeseables. En efecto, nos obliga a suponer que la intención del legislador histórico alcanza al caso presente. Se trata –como es evidente– una suposición bastante improbable, que conlleva además una peligrosa fosilización de la voluntad o de la intención del autor de las normas. En todo caso, deja abierta la pregunta de por qué debemos atenernos hoy a normas que provienen del pasado. Por el contrario, si admitiéramos la posibilidad de llevar a cabo una "actualización creativa constante" de los textos legales, ¿qué sentido tendría entonces el reconocimiento de la positividad de las normas? Si fuera verdad que todo es libre interpretación en el caso concreto, ¿qué diferencia introduciría, respecto de la ponderación de razones particulares, la existencia de una norma jurídica de carácter general? Ante estas dificultades sólo cabe añadir –igual que antes– una pequeña observación: la justificación de las decisiones genera esta clase de dificultades hermenéuticas cuando nos fijamos en normas que son de carácter sustantivo. Las cosas no son tan oscuras, en cambio, cuando consideramos las normas que regulan poderes.

Las dificultades hermenéuticas que se presentan en la aplicación de normas generales a casos específicos pueden ser tratadas también siguiendo una estrategia diferente. Ésta es la opción de quienes piensan que es preciso entender el derecho como un conjunto de enunciados que expresan reglas suficientemente claras, al menos en la generalidad de los casos[18]. Esta opción, que podríamos definir como "formalista", sobreentiende una tesis abiertamente prescriptiva según la cual se dice que los intérpretes del derecho *deben* atenerse al sentido "natural" de las normas y que todo margen de discreción interpretativa *debe* estar limitado por la letra de la ley. Goldman discute las razones que, en el plano normativo, avalan esta opción y que se resumen en la tesis de que la consideración de los enunciados como reglas expresa el mejor compromiso posible entre estabilidad social y percepción de justicia en el caso particular [*PR*, 138 ss.]. Siguiendo a Scalia[19], el primer argumento en favor de la solución formalista es que las decisiones basadas en reglas producen una mayor apariencia de justicia y, por tanto, un mayor grado de satisfacción en las partes. En segundo lugar, se dice que las reglas producen un mayor grado de predictibilidad en las decisiones y eso refuerza

[18] Cfr. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.

[19] La referencia de Goldman es a A. Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", en *University of Chicago Law Review*, vol. 56, 1989, pp. 1175-88.

la eficiencia del sistema. El tercer argumento tiene que ver con la discrecionalidad en la interpretación del derecho: las reglas ponen limites al poder de los jueces y, de ese modo, disminuyen los posibles errores en su actuación. El último argumento es que sólo la firmeza de las reglas es capaz de avalar la acción contra-mayoritaria de los jueces en la defensa de derechos y libertades fundamentales. Puede que estos argumentos de Scalia no sean los únicos ni tampoco los mejores para explicar por qué a veces preferimos la firmeza de las reglas claras a la inestabilidad interpretativa de los principios. De todos modos, sí me parece interesante la objeción de Goldman cuando observa que ninguno de estos cuatro argumentos es realmente definitivo, puesto que todos dependen de simples generalizaciones de la experiencia que podrán ser desmentidas en cualquier momento por los hechos. No hay ninguna prueba definitiva de que el respeto de la forma se traduzca necesariamente en un incremento de la satisfacción, la eficacia, o el prestigio de los jueces. Por eso, se puede decir que los argumentos de Scalia son siempre reversibles y dejan de valer en el momento en que las circunstancias concretas indican que otra estrategia distinta a la de las reglas va a ser más provechosa para alcanzar los fines de estabilidad social que se persiguen.

Volvemos así a la tesis general del trabajo de Goldman. Las razones que avalan la imposición de reglas en la argumentación jurídica son las mismas que justifican la presencia de reglas en la argumentación moral y ésas son también las razones que justifican por qué, a veces, tratamos las normas como reglas y excluimos las razones particulares del caso. «*My normative conclusion to this point* –escribe– *is that, on balance, support for a general policy of writing and reading law as genuine rules is hard to come by. Nevertheless, we have noted that the law does and should contain some genuine rules*» [*PR*, 145]. Éste último es el punto decisivo que me interesa retener, incluso aunque Goldman se esfuerce por limitar al máximo su alcance y sus implicaciones. En efecto, poco más abajo añade: «*In the context of justified rules, judges must think in terms of cumulative effects, of all judges acting in the same way, when thinking of making exceptions. None of these justified legal rules could be effective, however, without a more fundamental but unwritten rule operating as background. This is the most basic requirement that judges defer to legal standards even when their personal morality opposes the legally right outcome of a case*»[20] [*PR*, 147].

[20] Prosigue Goldman: «*For all these reasons, even if the exercise of direct moral judgment by judges would not result directly in moral errors more often than not, the total effects of allowing such judgment would be most unwelcome, undermining the entire legal system and the democratic form of government. Hence there must be a rule requiring deferral to law*» [*PR*, 148].

VII. Valores formales y materiales en la aplicación de normas

Toda reconstrucción de las razones que respaldan las prácticas jurídicas implica una particular explicación de la estructura normativa del derecho. Así sucedía en las teorías de Hart y de Dworkin, y también en el caso que estamos considerando aquí. En adelante, mi propósito es discutir la idea de derecho que se deriva de las propuestas de Goldman y lo haré sin alejarme demasiado del material analítico que se maneja en *Practical Rules*.
Resumiendo mucho, la tesis fundamental consiste en decir que hay razones suficientes que avalan una regla general de obediencia al derecho, una regla que prescribe seguir las normas que se identifican como jurídicas. Estas razones aparecen en contextos específicos en los que existen problemas relevantes de coordinación social. En los demás casos, es decir, cuando no se dan esos problemas de coordinación, no estaría justificada en general la adopción de reglas y, por tanto, tampoco la imposición de reglas jurídicas.

No hay duda de que una posición como ésta tiene cierto interés aunque no sea más que porque en ella se defiende un (último) reducto para las reglas en el derecho. Eso supone rechazar las hipótesis de partida del particularismo, así como los posibles intentos de compromiso con el particularismo (podríamos referirnos aquí a posiciones como las del "*presumptive positivism*" de Schauer y Postema). No obstante, tengo la impresión de que un planteamiento como el de Goldman resulta ser todavía *demasiado flexible* a las exigencias de justicia del caso concreto y renuncia *demasiado pronto* al ideal de generalidad que ha acompañado el proyecto jurídico de la modernidad. Como hemos visto, Goldman afirma que en derecho puede haber reglas y que, con seguridad, cualquier sistema jurídico incluye al menos una regla básica; pero indica también que de su argumento sólo alcanza a la justificación de una «*fundamental but unwritten rule operating as background*» y no se traduce en un sistema más amplio de instituciones y de prácticas basadas en la existencia de reglas. A él le parece suficiente justificar la regla que prescribe el deber de razonar sobre la base de analogías y diferencias relevantes, esto es, el deber de no utilizar razones discriminatorias. Pues bien, me gustaría demostrar que este planteamiento no es adecuado, porque creo que las razones para establecer reglas –reglas en sentido fuerte– son más frecuentes y tienen una extensión mayor de lo que Goldman dice. Para llegar a esta conclusión me fijaré de manera prioritaria en uno de los elementos que considero más importantes para la comprensión de cómo funciona el derecho de un Estado de derecho. Asumiré a partir de aquí la tesis de que el derecho es, ante todo, un conjunto de normas que tiene como contenido específico la regulación del poder legítimo. No tengo empacho en admitir que mis argumentos remiten en último término a un juicio normativo sobre cuál *debe ser* la función del derecho en el marco de la sociedad contemporánea.

Corresponde dar un salto hacia atrás y reconsiderar con detenimiento –otra vez con Goldman– las razones que justifican la presencia de reglas en el razonamiento práctico. El punto de partida está en la idea de la excepcionalidad del razonamiento basado reglas. La decisión de atenerse a reglas en un tiempo futuro demanda siempre alguna justificación, pues parece que siempre un sujeto libre preferirá encontrarse siempre en una situación en la que pueda poner en marcha la totalidad de sus facultades cognitivas y reflexivas, siendo libre para considerar la totalidad de las razones relevantes en el caso. Frente a esta posibilidad, la decisión de atenerse a reglas deberá ser considerada siempre como una solución menos que óptima, que sólo estaremos dispuestos a elegir en caso de que pensemos que de hecho no está a nuestro alcance ejercer de forma autónoma nuestras facultades racionales [*PR*, 32 ss.].

Ya hemos visto cuáles son las situaciones típicas en las que puede llegar a prevalecer esta estrategia sub-óptima. Son situaciones en las que existen limitaciones epistémicas relevantes o bien, en un terreno distinto, situaciones en las que se da una alta probabilidad de que los agentes no tengan la suficiente firmeza para actuar de la manera más racional. La falta de tiempo o de recursos para obtener información es un ejemplo de lo primero; la desconfianza en la integridad de los jueces o la sospecha de su incapacidad para lograr eficiencia y predictibilidad en las decisiones, son ejemplos de lo segundo. La idea de Goldman a este respecto –y hasta aquí podemos suscribir sus observaciones– es que ninguno de estos argumentos es definitivo, que ninguno es suficiente para justificar una indiscriminada aceptación de la presencia de reglas. La generalidad en la aplicación de las normas estará justificada, por ejemplo, si lográramos demostrar que el legislador dispone de mejor información y de mayor capacidad que los jueces. Esto puede ser cierto *siempre*, y en ese caso no hay duda de que es conveniente establecer reglas, o tan sólo *en la generalidad de los casos*. De ser así, la relativa mayor fiabilidad epistémica de legislador no proporciona razones suficientes para establecer una "auténtica" regla. Será, por el contrario, una norma derrotable, esto es, una norma que admite un número indefinido de excepciones.

Desde esta perspectiva creo que es posible encarar con provecho una cuestión clásica en la que siguen encallando muchos debates sobre la relación entre valores sustantivos y valores formales en las prácticas de aplicación del derecho. Se discute sobre si, y cuándo, los valores de la generalidad ceden ante los valores sustantivos del caso particular, porque no hay "caso difícil" que no reproduzca la tensión entre igualdad de trato y justicia material. Encontramos, al menos, las siguientes opciones.

La primera consiste en afirmar que el dilema entre justicia formal y material debe ser resuelto por medio de un juicio acerca de la prioridad o jerarquía entre ambas, esto es, apelando a una nueva norma (ahora una meta-norma) que resuelva el caso. La norma de segundo orden puede tener, a su vez, un mayor o menor grado de generalidad. Se puede imaginar que podamos alcanzar incluso una ordenación de valores definitiva en la cual lo formal y lo sustantivo dejen de estar en conflicto. No faltan autores que piensan que ésta sería la "auténtica" tarea de una filosofía del derecho normativa. No obstante, creo que aunque lográramos este propósito no habríamos resuelto aún la tensión entre lo formal y lo material en el derecho, porque nos veríamos obligados a desarrollar todavía alguna clase de teoría complementaria que ilustrara la aplicación "correcta" de los principios en los casos particulares[21]. Es en este último terreno donde creo que no conviene que nos hagamos demasiadas ilusiones sobre la posibilidad de eludir la trampa del particularismo. El (supuesto) equilibrio entre valores formales y materiales amenaza con venirse abajo en el momento en que reconocemos que existen situaciones nuevas que generan razones *análogas pero diferentes* a las que habían sido tomadas en consideración con anterioridad y que *a pesar de la analogía* imponen el reconocimiento de excepciones. La cuestión no es tan abstracta como puede parecer. En esta situación se ven envueltos quienes pretenden atribuir una prioridad de carácter sustantivo a los derechos fundamentales dentro de la estructura normativa del Estado de derecho, afirmando que *por su contenido material* los derechos prevalecen *siempre* sobre las restantes normas del ordenamiento. O la situación de quienes atribuyen un valor epistémico privilegiado a los resultados del proceso democrático, entendiendo que este último no es sino un sucedáneo, políticamente viable, de la deliberación moral.

Una segunda posibilidad consiste en afirmar que las virtudes de consistencia, eficiencia y predictibilidad de las decisiones jurídicas, que suelen ser utilizadas como fundamento de la generalidad de las reglas, resultan valiosas en la medida en que son instrumentos para la realización de otros fines. Aquí no necesitamos apostar por la existencia de una auténtica jerarquía de valores, pero afirmamos que en el conflicto entre la generalidad de reglas, por un lado, y las exigencias de justicia en el caso particular, por otro, *es preferible* mantener la generalidad porque sólo de esta manera podremos realizar los valores que hacen del derecho un instrumento valioso[22].

---

[21] Ésta es la función que J. Rawls atribuye a la "idea" de razón pública (cfr., por ejemplo, *Justice as Fairness. A Restatement*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.); London, 2001, apdo. 26.1) y el problema que aborda J. Habermas en *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, cap. 5.

[22] L. Fuller, *The morality of law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

El defecto de esta opción es que, como ya hemos dicho, las máximas de la experiencia son siempre normas dispensables.

Sólo veo una tercera estrategia alternativa para salvar la autonomía de los valores formales de las reglas frente a las razones particulares del caso. Es la que consiste en identificar ciertas situaciones en las que puede resultar provechoso vincular la conducta futura al seguimiento de reglas. Me refiero –siguiendo una vez más la intuición de Goldman– a determinados contextos en los que sabemos con certeza que resultará imposible alcanzar óptimos de coordinación social. En estos casos, el "valor añadido" del seguimiento de reglas no depende (según lo que acabamos de ver) de ninguna clase de prioridad de valores de la justicia formal sobre los de la justicia material, ni de la prioridad de ciertas condiciones instrumentales para la consecución de fines más altos, sino de la imposibilidad de encontrar estrategias mejores para la solución de determinados problemas de acción. Me refiero, por supuesto, a las situaciones típicas de dilema del prisionero en las que los agentes descubren que necesitan alguna clase de estrategia que les permita eludir los «*cumulative effects of individually rational or justified actions*». Efectos perversos que se producen cuando «*individually prudent decisions become collectively imprudent*» o cuando «*individually morally correct decisions results cumulatively in morally unoptimal or unacceptable outcomes*» [*PR*, 43].

Sé bien que esta última solución no evita la objeción más grave, pues ningún argumento fácil soluciona los graves problemas de motivación de la conducta de los agentes en los casos de dilema del prisionero. Seguimos sin saber cómo convencer al *free-rider* para que se atenga a las reglas. El problema es que el *free-rider* sabe que ninguno de los participantes en el juego tiene certeza de cuáles serán las consecuencias de la decisión de atenerse o de incumplir las reglas. Por eso, él mismo tiene razones para creer que, dependiendo de cuál sea la conducta de los demás, el incumplimiento le puede producir mayores beneficios que la aceptación. En esta situación, el compromiso de cumplir implica una renuncia (que difícilmente puede ser justificada en términos estrictamente racionales) a la capacidad de calcular racionalmente, caso por caso, la estrategia de acción más racional. En este sentido, no nos queda más remedio que admitir que la aceptación de reglas nos convierte en seres *un poco menos que racionales*. Lo único que se puede intentar responder al preferidor impenitente y un poco compulsivo es que, *al menos bajo determinadas condiciones*, incluso a él le podría "interesar" aceptar ciertos compromisos.

VIII. Problemas de racionalidad y soluciones jurídicas

Llegados a este punto, de nuevo nos vemos obligados a dar un salto hacia atrás y tomar en consideración cuestiones más fundamentales que están en el origen de nuestra comprensión de las prácticas jurídicas. Imaginemos –con Goldman– el sencillo pero dramático caso de un juez que tenga que resolver una demanda en la que un poderoso banco, que seguramente no tiene problema financiero alguno, reclama una deuda formalmente legítima a una persona que no paga porque necesita emplear ese dinero –por ejemplo– para comer. Por muy banal que sea el caso a nadie se le oculta que el entramado de razones que intervienen en la decisión puede llegar a ser de una complejidad extrema. Una reconstrucción bastante plausible del razonamiento de un juez prudente sería más o menos la siguiente: dado que ninguna de las razones en conflicto tiene de antemano una prioridad absoluta sobre las restantes, ni siquiera el deber de atenerse a la letra de la ley, la argumentación más adecuada es aquella que consiste en ponderar el peso relativo de todas las razones en conflicto, considerando la posibilidad de generalizar la máxima que guía las soluciones alternativas. Esta operación le llevará, entre otras cosas, a considerar la posibilidad de que todos los demás jueces incluyeran el estado de necesidad de los deudores como excepción a la regla que prescribe –supongamos– la obligación de pagar las deudas contraídas con los bancos, especialmente si son poderosos, quebrando la regla general que prescribe pagar. Podemos imaginar que ese juez prudente acabará formulando la idea de que tiene que existir un umbral a partir del cual las consecuencias sociales negativas del incumplimiento por su parte y por parte de todos los demás jueces (o por parte de aquellos que él estime que se mostrarían sensibles a las razones del pobre) superan los beneficios (también estimados) que derivan de la consideración de las circunstancias particulares del caso. A partir de ese umbral podrá decir que es racional atenerse a la letra de la ley.

Podemos imaginar que, a pesar de la complejidad, en un supuesto como éste los jueces y las demás personas que intervienen en la práctica social del derecho pueden alcanzar un consenso suficientemente amplio sobre un catálogo de circunstancias (de excepciones) que justifican el incumplimiento de la regla. Es, por tanto, un caso en el que la coordinación (más o menos espontánea) de los diferentes actores no parece imposible. Sin embargo, no es éste el tipo de acuerdo que estamos buscando, pues sabemos que las situaciones normales de coordinación no dan lugar a auténticas reglas, como pretendemos que sean las reglas jurídicas (o, al menos, algunas de ellas reglas) sino a simples máximas que informan de cuándo es beneficioso, en función de nuestra experiencia pasada y nuestro conocimiento de la situación presente, cooperar con los demás. El problema es que no hay motivo

para excluir lógicamente la aparición de nuevas excepciones. Lo que necesitamos, en cambio, es un acuerdo sobre la inderogabilidad de algunas normas, normas que *tienen que valer* incluso a pesar de la aparición de razones nuevas. Creo que se puede afirmar que, al cabo de un proceso de evolución histórica que no viene aquí al caso, el derecho ha acabado asumiendo esta función en el mundo contemporáneo. Hoy de hecho, en infinidad de ocasiones la autoridad del derecho se explica precisamente por la ausencia de un acuerdo suficientemente amplio sobre el correcto balance de razones en el que se sitúa el umbral de la cooperación, o por el hecho de que ese umbral se demuestra variable o simplemente no existe[23]. La racionalidad de la adopción de reglas está en algún sentido relacionada con la imposibilidad de determinar un umbral a partir del cual comienza a ser racional establecer otras formas de cooperación con los demás. Se tiene la certeza de que, en ausencia de reglas, determinados conflictos tienden irremediablemente a degenerar.

Como es de sobra conocido, en los casos de dilema del prisionero la cooperación espontánea entre agentes racionales no es posible, de manera que la introducción de reglas es el único remedio para alcanzar resultados menos que malos. Pero no es fácil convencer a cada uno de los agentes implicados en el juego a que renuncien a buscar las soluciones que les pueden resultar individualmente más beneficiosas, incumpliendo las reglas si es el caso. Sabemos, por lo demás, que el juego de las reglas sólo prospera cuando todos los participantes cumplen. En cambio, cuando todos cumplen menos uno, todos menos uno pierden. Por eso se comprende que la mayoría de los ciudadanos cumplidores busque argumentos que puedan llegar a convencer al *free-rider*. Intentarán apelar a valores compartidos, e incluso a un cierto sentido de solidaridad. Pueden amenazarle con sanciones, para evitar que incumpla (ésta era la estrategia hobbesiana, sobre la que añadiré algo más

[23] Además del caso de la incertidumbre hay al menos otros dos casos en los que una situación de cooperación se transforma y da lugar a una situación de dilema del prisionero: son los casos en los que la cooperación se bloquea a causa de *a)* la existencia de preferencias innegociables como son, por ejemplo, las que derivan de imperativos éticos categóricos; *b)* la incapacidad negociadora o la presencia de obstáculos que pongan límites al intercambio de razones. En relación con el derecho creo que podemos dejar de lado estos dos casos. En relación con el primero se puede argumentar en que una sociedad pluralista y tolerante las preferencias innegociables son muy pocas y seguramente no tienen cabida en el ámbito de la discusión pública. Suponiendo que realmente sea "derecho", un derecho de fanáticos responde a una estructura diferente a la que estoy describiendo en estas páginas. Respecto del segundo diría que la estructura de la argumentación práctica supone, por hipótesis, cierta igualdad en las capacidades de los sujetos. Los obstáculos externos que distorsionen la igualdad originaria deberán ser adecuadamente compensadas a través de políticas orientadas a compesar toda desigualdad no merecida.

adelante) o pueden intentar explicarle que *en el fondo* hasta el más egoísta, anárquico y desalmado *free-rider* puede llegar a "entender" las ventajas de atenerse a reglas, "poniendo entre paréntesis" su capacidad para escoger lo que le resulta individualmente más beneficioso en cada circunstancia particular. En algunos casos, y sólo en esos, incluso el incumplidor con menos escrúpulos debería llegar a convencerse de que las cosas le irían mejor si, en lugar de dedicarse a pensar cómo sacar provecho, cumpliera las reglas.

El lector comprenderá que no me aventure en el análisis de los muy diversos problemas que genera la cooperación social en situaciones de incertidumbre. Me interesa tan solo mencionarlos para apoyar algunos argumentos que si no justifican, sí al menos pueden estar relacionados con una explicación plausible de esa preferencia por las reglas que haberse difundido en el mundo contemporáneo y a la que hacía referencia desde el comienzo. En principio, todos entendemos que el derecho es un instrumento útil para reforzar la cohesión social y la cooperación entre los ciudadanos. Esto es así porque, por un lado, las reglas del derecho simplifican notablemente el problema práctico del descubrimiento de un umbral a partir del cual la cooperación se vuelve racional. De la mera existencia de un derecho eficaz es posible inferir cierta capacidad del legislador para establecer términos generalmente aceptables de convivencia. Por otro lado, en segundo lugar, porque el sistema jurídico refuerza la inclinación de los agentes a cooperar en situaciones próximas al umbral, configurando un sistema extremadamente complejo, pero institucionalizado, de sanciones positivas y negativas. En condiciones normales, esto parece ser suficiente para orientar la acción de los ciudadanos, incluso aunque todos sean conscientes de que ningún derecho es capaz de doblegar completamente la astucia del incumplidor que busque aprovecharse. Y no faltan razones que pueden justificar la creencia en la estabilidad del sistema. En efecto, más allá del refuerzo en el cumplimiento que deriva de la existencia de un sistema coactivo institucionalizado, puede haber otras razones añadidas para persuadir al *free-rider* de que, incluso para él, la firmeza de las reglas puede llegar a ser preferible a la incertidumbre del estado de naturaleza.

Habría, al menos, tres posibles estrategias argumentales [*PR*, cap. 2]. La primera es aquella que consiste en mostrarle que no debería dejarse arrastrar por deseos *especialmente* irracionales y que, de hecho, casi nadie lo haría; la segunda consiste en intentar convencerle que en ocasiones, incluso para él, puede ser interesante optimizar preferencias a largo plazo y que, para ello, no le queda más remedio que establecer y cumplir reglas; la tercera consiste en demostrar que es la prudencia misma la que aconseja seguir reglas morales. Por supuesto, cada una de estas tres líneas argumentales está basada en postulados diferentes, más o menos densos desde el punto de vista

moral. Sólo la primera de las tres estrategias ofrece, en opinión de Goldman, resultados fiables y aún así –como veremos enseguida– sólo en un caso muy especial. De lo que se trata aquí es de explicar cómo es posible que un agente racional pueda llegar a estar suficientemente motivado para sustituir la satisfacción de un deseo actual en virtud de la eventual obtención de un bien futuro, que es el protegido por la regla. Se puede explicar esta conducta atribuyendo un valor simbólico al mero hecho del cumplimiento de reglas o a la posibilidad de que el agente llegue a convencerse a sí mismo de la utilidad de seguir reglas[24]. Éste sería el caso de un buen ciudadano que haya interiorizado plenamente, por las razones que sean, el valor del respeto por la ley. Sin embargo, parece que en situaciones normales la estabilidad del sistema jurídico no requiere un "fundamento" tan fuerte. Suele ser suficiente que de hecho se dé (y que los ciudadanos sepan que se da) una "actitud" generalizada que predispone a la coordinación de las preferencias individuales a través del tiempo. Para explicar esta actitud no hace falta suponer grandes compromisos morales. Es suficiente comprobar que la mayoría de ellos se comportan de una manera determinada, no tanto porque puedan ser realmente virtuosos, cuanto porque se muestran en disposición de mantener a través del tiempo una conducta "resuelta"[25]. Está claro que una explicación semejante acabará fracasando en circunstancias excepcionales, por ejemplo, en aquellas que exciten con especial intensidad nuestro sentido de justicia. En ellas, decidiremos cumplir o incumplir las reglas por razones moralmente más densas. Aunque podemos pensar que el auténtico *free-rider* carecerá de este sentido y, por tanto, incluso en esas circunstancias extremas no estará dispuesto a orientar su conducta hacia el cumplimiento de reglas.

La hipótesis por la que quisiera apostar aquí consiste en observar que la ceguera moral del *free-rider* puede tener límites no estrictamente morales, más allá de los cuales el riesgo del incumplimiento incluso para él puede resultar insostenible. Y si el riesgo es percibido como insostenible, el coste de la aceptación de las reglas se volverá más tolerable. La idea es que, exceptuando quizá sólo al más suicida de los *free-riders*, toda persona que esté dotada de cierto instinto de supervivencia puede empezar a considerar la posibilidad de *atarse las manos* en el momento en que compruebe que sus preferencias actuales responden a tendencias que ella misma está dis-

[24] Cfr. J. Elster, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997; y R. Nozick, *La naturaleza de la racionalidad*, Paidos, Barcelona, 1995.

[25] Cfr. McClennen, "Pragmatic rationality and rules", en Philosophy-and-Public-Affairs, vol. 26, núm. 3, 1997, pp. 210-258; en referencia a A. Sen, "Rational fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory", en *Philosophy and Public Affairs*, 6/1977.

puesta a reconocer como patológicas o a deseos que puede reconocer como de naturaleza adictiva. Este juicio implica la posibilidad del compromiso para aceptación de reglas, vinculando la conducta futura por medio de una decisión presente. Creo que este argumento –de ser cierto– puede ser muy útil para entender la emergencia histórica del nexo entre derecho y poder y, en particular, el reconocimiento de la presencia de reglas en el derecho. La hipótesis es que el ejercicio del poder es uno de esos casos que genera tendencias adictivas y temor, como nos enseñaron algunos clásicos del liberalismo y, en particular, Thomas Hobbes. Establecemos reglas que limitan poderes porque consideramos –por supuesto, en virtud de un juicio normativo– que el ejercicio del poder tiene un riesgo ilimitado. Es la experiencia de la potencial maldad del poder la que nos empuja a establecer reglas, la que nos aconseja refugiarnos en el derecho como sistema de reglas que limitan poderes. Y se supone que esta valoración la debería entender también –aunque la demostración de esto no es tan sencilla– el más osado *free-rider*.

Veamos si, además de estos, hay otros argumentos que contribuyen a hacer algo más plausible esta última conclusión, incluso aunque no sean definitivos desde el punto de vista de una teoría de la acción racional. Comprendo que el argumento del temor a la violencia y la incontenible maldad del poder puede no ser suficiente para demostrar que existe un deber de filtrar todas nuestras preferencias a la luz de la razón. Estrategias de *satisfacción* de preferencias, en las que elegimos menos que lo máximo en función de un conocimiento ampliado de nuestros intereses o en función de la estimación presente de nuestras preferencias futuras, siguen coexistiendo con estrategias de acción orientadas a la *optimización* de preferencias. Por lo que respecta a la posible existencia de una regla prudencial que nos obliga a ser morales, tampoco parece que haya razones definitivas que la avalen o, más bien, razones que no impliquen otras premisas más densas de orden normativo. Esto es lo que sucede –en opinión de Goldman– tanto en la versión hobbesiana (en particular, en su respuesta al irresponsable "*fool*" que se empeña en no reconocer el pacto[26]), como en la humeana, que apela a la razonabilidad de pasiones templadas y, por supuesto, en la versión kantiana, que en último término se refugia en el *hecho* de la racionalidad humana. No obstante, y puesto que Goldman no lo hace, considero que puede ser provechoso situar estos argumentos en el contexto específico en el que aquí nos movemos. Me refiero al contexto de análisis de una forma histórica específica del derecho que, en el marco de una sociedad compleja, ha ido asumiendo la función de regulación y limitación del uso de la fuerza. La idea

[26] Th. Hobbes, *Leviathan*, cap. 15.

es que, *dadas determinadas condiciones históricas*, el establecimiento de reglas ha llegado a convertirse en el último recurso frente a la multiplicación de los "poderes salvajes"[27], en el último recurso frente al pánico, al terror, a la aversión ciega que nos invade cuando abrimos los ojos y contemplamos el grado de destructividad que ha alcanzado en nuestro tiempo el poder, así como los riesgos inhumanos y los incalculables males con que nos amenaza. No se me ocurre intentar convencer al *free-rider* apelando a su conciencia, intentando que se vuelva un poco virtuoso. Me limito a suponer que hasta el más astuto de ellos, al darse cuenta que habita en un mundo en el que ya no va a poder sentirse *del todo* a salvo, empezará a sentir miedo.

IX. Poderes salvajes y reglas

Sé bien que el impreciso argumento que acabo de presentar está lleno de dificultades. Algunas de ellas son el legado de sus torpes orígenes hobbesianos y, por supuesto, no es éste el lugar para intentar resolverlas. Me basta añadir una pequeña observación sobre el que quizá sea el punto más discutido en la interpretación de la teoría política de Hobbes y que afecta directamente a la relación –que aquí he intentado establecer– entre racionalidad, reglas y poderes. Una lógica del todo o nada, como la lógica del pacto hobbesiano, implica una renuncia incondicional del individuo no sólo a sus derechos naturales, sino también a su capacidad de juicio sobre la conducta del soberano[28]. La adopción de la regla que impone esta renuncia incondicional es considerada por Hobbes como la única estrategia de acción capaz de desactivar la amenaza del mal radical. Es cierto que en algunos pasajes cruciales de su obra Hobbes se ocupa de cómo reaparece el derecho de resistencia en los casos en los que está en juego la supervivencia y se produce –de hecho– una regresión al estado de naturaleza. Sin embargo, lo cierto es que sus críticos nunca encontraron demasiadas dificultades para denunciar la irracionalidad de una cesión tan absoluta como ésta[29]. Una renuncia *de esa naturaleza* no será compensada nunca por la expectativa de algún beneficio futuro. Frente a Hobbes, Locke reivindicaba por ejemplo el carácter condicional, vinculado al respeto de los derechos naturales, del pacto en que se funda el poder del soberano. Pero el giro lockeano –como se ha dicho muchas veces– tiene el problema de que se resuelve bien en una regresión al infinito (pues, ¿dónde está la autoridad capaz de juzgar si el so-

[27] Tomo la expresión de L. Ferrajoli, "Garantismo e poteri selvaggi", en *Teoria Politica*, XIV, núm. 3, 1998, pp. 11-24.

[28] Cfr. Th. Hobbes, *Leviathan*, cap. 17 y 18.

[29] Véase el pormenorizado análisis de J. Hampton, *Social Contract and the Social Contract Tradition*, Cambridge Univ. Press, 1986.

berano cumple realmente las condiciones del pacto?), bien en una dogmática apelación a los cielos[30].

¿Qué es lo que podemos añadir a esto, sobre la base de las anteriores observaciones sobre la racionalidad de las reglas? La finalidad del pacto hobbesiano era la construcción de un poder artificial único que ofrezca una alternativa definitiva a la pluralidad de poderes "sin ley" que se dan en el estado de naturaleza. Nosotros nos enfrentamos en nuestros días a un problema análogo, en la medida en que estamos asediados por una pluralidad de poderes "salvajes" y cada vez más fuertes. Hobbes apelaba a la racionalidad del poder surgido del pacto. Nosotros, en cambio, después de una experiencia histórica llena de horror, hemos aprendido que el poder salvaje se genera y se ejerce *también* desde el interior de ese monstruoso ente artificial que hemos construido como remedio contra la crueldad natural. Por eso ya no podemos volver sin más a Hobbes. El soberano de Hobbes era un soberano único, o no era. Nosotros hemos descubierto que es necesario construir un entramado de normas y reglas que sigue siendo único (porque –por supuesto– el orden artificial de normas sigue siendo "soberano"), pero que en su estructura contiene *ya desde el origen* un principio de automático control, como es el de la fragmentación y equilibrio de poderes. Y es que algunos liberales nos han enseñado que sólo el poder es capaz de poner freno al poder. Esta lección ha tenido una importancia histórica incalculable, que quizá no hemos sido capaces de asimilar aún del todo, pero no afecta a la cuestión principal que pretendía tratar en estas páginas: no disponemos de ningún instrumento mejor que las reglas para poner freno al poder, porque son las reglas las que determinan en cada caso a quien le corresponde tener la última palabra.

[30] Cfr. J. Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, parágrafos 20 y 168.