

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2011**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 29
2011

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2011

PONENCIAS EN VALPARAÍSO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones plenarias de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Las ponencias presentadas en comisiones que no se incluyen en este número del Anuario lo serán en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social número 30, correspondiente a 2012, que aparecerá en los primeros meses de 2013.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

Un día cualquiera, cuando esté atardeciendo y las calles estén llenas de luces y de gentes y Ud. no tenga problemas económicos ni de los "otros" (un corazón sosegado es un requisito indispensable) salga Ud. a caminar. Si la hora es propicia y tiene suerte, en la calle más moderna y viva, frente a un café distinto y antiguo, una suave melodía detendrá sus pasos. Esa música le resultará vagamente familiar, o totalmente desconocida, depende de su edad. En cualquiera de ambos casos no vacile. Entre, pero deje afuera sus miradas habituales, limpie sus pupilas de todo prejuicio y observe el lugar como si recién lo descubriera".

"Las calles, como las personas tímidas, cuando se encuentran, se cortan"¹⁴. Y yo como buen tímido que soy, en este instante, me corto.

PONENCIAS EN COMISIONES

14. Fragmentos extraídos de "Valparaíso y su geografía íntima" y "Nuestras esquinas", contenidos en *Algunos Días...* Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.

SirveObras/doxa/23584061091481851665679/doxa25_17.pdf (Revisado. 20-12 2011).

LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*. México: Editorial Herder y Universidad Iberoamericana, 2002.

MALDONADO, Carlos, *Visiones sobre la complejidad*. Colombia: Ediciones el bosque, 1999.

GRUN, Ernesto, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

MATURANA, Humberto y VARELA Francisco, *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1995.

MATURANA, Humberto, *La objetividad. Un argumento para obligar*, Santiago de Chile, Dolmen ediciones, 1997.

MORIN, Edgar, *La cabeza bien puesta: repensar la reforma, repensar el pensamiento*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2007.

SOTOLONGO, Luis, "*Bioética y contemporaneidad. Acerca de algunos fundamentos cosmovisivos y epistemológicos de la bioética*". En *Bioética para la sustentabilidad*, La Habana, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, 2002.

SOTOLONGO, Luis y DELGADO, Carlos, *La revolución contemporánea del saber y la complejidad social: Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo*, (CLACSO, Buenos Aires, texto en versión digital <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/soto/soto.html> Revisada el 26/06/2011) 224 pp. 2006.

RAZONES Y NORMATIVIDAD, EL CASO DE LAS REGLAS SOCIALES *

SEBASTIÁN FIGUEROA RUBIO **

"...Como una jugada de ajedrez no consiste solo en desplazar una pieza de tal y cual manera sobre el tablero -pero tampoco en los pensamientos y sentimientos del jugador que acompañan la jugada; sino en las circunstancias que llamamos: 'jugar una partida de ajedrez', 'resolver un problema de ajedrez' y cosas similares".
Ludwig Wittgenstein (*Investigaciones Filosóficas*, § 33)

I

Gerald Postema¹ señaló hace unos años que dos tesis intuitivamente plausibles van a dominar la discusión sobre la naturaleza

* Este trabajo se enmarca en el proyecto VID 09_24-2 "Teoría de la Acción e Imputabilidad Jurídica y Moral" de la Universidad de Chile.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Profesor de facultades de Derecho de la Universidad Diego Portales y Universidad Católica Silva Henríquez.

Agradezco la paciencia para escuchar y los comentarios realizados a estas ideas por Ernesto Ríffo a quien espero haber podido también escuchar y responder bien.

1. POSTEMA, 1982. Una distinción similar se puede ver en Raz, 1982, capítulo VII.

del derecho en las últimas décadas: la tesis de la normatividad y la tesis social. Según la primera el derecho es una forma de razonamiento práctico y solo entendemos al Derecho cuando entendemos como éste da a los diferentes actores del sistema razones para actuar. La tesis social, en cambio, va a entender al derecho como un hecho social y lo que es derecho está determinado por el comportamiento humano comunitario y sus instituciones.

Tal vez los principales ponentes de ambas teorías en las últimas décadas han sido, por parte de la tesis de la normatividad, Joseph Raz, especialmente en su libro *Razón Práctica y Normas*² y, por parte de la tesis social, Herbert Hart en su libro *El Concepto de Derecho*³, ambas obras son objeto de análisis de este trabajo, en los términos de la discusión que plantea Postema.

Trataré la discusión, como el título señala, en el ámbito de las reglas sociales. Esto, en primer lugar, porque las reglas jurídicas son primeramente reglas sociales⁴ y, en segundo lugar, porque gran parte de lo que es el Derecho se juega en la respuesta sobre lo que es una regla. En este sentido, el problema se centra en determinar lo que significan las reglas en los lugares donde se encuentran presentes (las prácticas según reglas), lo que permite ver qué significa su normatividad y cuál es el rol del razonamiento práctico de los individuos que las usan en este contexto. En este sentido, la pregunta a revisar es ¿Qué pasa cuando hay una regla? ¿Qué criterios tenemos para determinarlo?

En lo que sigue, en primer lugar, presentaré brevemente ciertas nociones sobre lo que hace a una regla en la propuesta de Hart desarrollada en CD; luego señalaré las ideas en torno a Hart desarrolladas por Raz en RPN, lo que implicará repasar tanto sus críticas como la propuesta propia que desarrolla a partir de dichas críticas; por último revisaré los planteamientos de Raz y presentaré algunas ideas

2. RPN y adelante.

3. CD en adelante.

4. Las reglas jurídicas se diferencian en general de otras por pertenecer a sistemas jurídicos, cosa que Hart y Ross trataron y que MacCormick, Raz y ahora Shapiro se han dedicado, desde diversos puntos de vista, a establecer más claramente.

sobre la temática que implican relativizar las críticas hechas a Hart⁵ y que pretenden leer con nuevos énfasis algunas tesis expuestas en CD.

II

Es reconocido que uno de los grandes avances en la teoría que Hart presentará en CD sobre lo que significa una regla social está en lo que él denominó “el punto de vista interno” de las mismas, lo cual le permite diferenciar una regla de un hábito, esto es, una práctica social normativa de una meramente convergente. En este sentido, la normatividad y existencia de las reglas sociales se explicaría por la presencia de este punto de vista interno, diferente a la sola repetición de acciones. Hart va a señalar sobre este lo siguiente:

“El aspecto interno es frecuentemente representado en forma errónea como una simple cuestión de ‘sentimientos’, por oposición a la conducta física externamente observable. Sin duda, cuando las reglas son generalmente aceptadas por un grupo y apoyadas generalmente por la crítica social y por la presión para obtener la conformidad, los individuos pueden tener a menudo experiencias psicológicas análogas a las experiencias de restricción o compulsión. Cuando dicen que “se sienten obligados” a comportarse de cierta manera, pueden realmente referirse a esas experiencias. Pero ellas no son necesarias ni suficientes para la existencia de reglas “obligatorias”. No es contradictorio decir que la gente acepta ciertas reglas, pero no experimenta tales sentimientos de compulsión. Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos

5. Pretendo argumentar contra una teoría que ha tenido gran popularidad en las últimas décadas que va a plantear que “cuando se quiere explicar la naturaleza de la normatividad jurídica, lo que se busca es elucidar el sentido en que el derecho es constitutivo de razones para actuar” (Gaido, 2011: 93), siempre y cuando la razón se entienda desde la perspectiva del agente que debe seguir la norma y la incluye en su razonamiento como una razón, digamos, excluyente y de primer orden.

de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, y todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “él debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.”⁶.

Con esto Hart logra mostrar un gran problema que tenía la teoría de Bentham y Austin; quienes reconocían a las normas por el hábito general de seguir la voluntad de un determinado soberano, donde la relación soberano/súbdito era construida en torno al modelo de orden, siendo las normas, de este modo, un tipo de órdenes. Dos características de esta visión son relevantes para la lectura de Hart: (a.) La relación súbdito/soberano es de uno a uno (por la naturaleza de las órdenes y el rol del elemento psicológico en la teoría)⁷ y (b.) la cuestión se convierte en social, porque esta relación es convergente (al ser practicada por un número determinado de personas, por una *generalidad*). Hart señala que el problema es que la mera convergencia de hecho no permite explicar las diferencias entre un hábito y una regla⁸. En este sentido el punto de vista interno, va a centrar la cuestión no en la relación súbdito/soberano (inferior/superior), sino en las relaciones que se dan entre las personas de un grupo que usa una norma, mostrando que es lo que es característico de este uso. Se pasa de un análisis vertical y que considera una intersubjetividad de dos seres inteligentes, a uno horizontal donde juega un rol central la idea de comunidad y de forma de vida.

Precisamente es este punto de la teoría (tal vez el central) lo criticado por Raz. Al comenzar el capítulo segundo de su RPN, Raz nos describe su finalidad: “pretendo mostrar que las reglas no pueden

6. HART, 2007: 71-72. Estas ideas las replica en las páginas 111 a 113 y 171 a 175 en otros contextos del libro.

7. Este elemento ya había sido criticado por Kelsen. Ver KELSEN, 1994.

8. HART, 2007: 69-70.

ser analizadas como prácticas y que la entera concepción de las reglas que subyace a las diversas teorías de la práctica está equivocada”⁹. La discusión se va a dar en el plano de qué es lo que realmente significa el punto de vista interno de las reglas, qué es lo que sucede en las personas involucradas con normas que permite explicar su existencia como tales.

Raz señala que la teoría de las prácticas dirá que hay una regla cuando se dan cuatro condiciones¹⁰:

- a. Los miembros de la comunidad a que se aplica la regla se ajustan regularmente a ella.
- b. Las conductas desviadas respecto de la regla son mayoritariamente criticadas, son “ocasiones para una reacción crítica”.
- c. Tales reacciones críticas no provocan ellas mismas reacciones críticas.
- d. Los miembros de la comunidad usan expresiones sobre dicho deber respecto de alguien o hacen referencia al contenido de la norma para justificar sus acciones, las exigencias hacia otros o para criticar conductas desviadas¹¹.

9. RAZ, 1991: 58. Al comenzar su análisis Raz va a distinguir, de forma correcta, ~~entre reglas~~ reglas personales, reglas sociales y reglas institucionalizadas. La discusión se centra en las reglas sociales, lo cual es inevitable si queremos explicar las reglas jurídicas.

10. RAZ, 1991: 59. Una caracterización similar en MacCormick, 2010: 106; y una con mayor detalle en Gilbert, 1999: 144-146.

11. No ahondaré en este cuarto elemento relacionado a los actos de habla propios del uso de normas. Por una parte porque me fijaré en las relaciones sociales envueltas en la existencia de una norma (que se encuentran en los tres primeros puntos señalados por Raz), las cuales me parecen suficientes para considerar lo que significa este cuarto punto. Pero principalmente porque entrar en este tema significa profundizar en cuestiones (para empezar, otras obras de Raz y otros autores) para las que no hay espacio acá, pero espero tratar en otro texto de próxima publicación. De todas formas, las críticas de Raz en este punto no me parecen del todo justas, a pesar de que el mismo Hart llegó a concordar con ellas, esto especialmente por pasajes de CD presentes en las páginas 12 y 107, por ejemplo. Al respecto ver DUARTE, 2011; y POSTEMA, 1987.

III

Ante esta caracterización Raz presentará tres principales problemas de la teoría de las prácticas, que hacen que la propuesta de Hart sea insuficiente para resolver el problema general de la naturaleza de las reglas.

La primera de éstas es que la teoría no puede explicar la existencia de reglas que no son prácticas. Señalará dos ejemplos para ello. El primero se refiere a las reglas morales. Por ejemplo, una comunidad puede creer que es una regla que las promesas deben ser cumplidas, a pesar de que nunca un miembro de la comunidad lo haya practicado. El hecho de no ser practicadas, señala Raz, no le quita a las reglas su cualidad de tales. El segundo ejemplo hace referencia a una norma en la que alguien cree que tiene el deber de ser vegetariano aún cuando no conoce a otros vegetarianos¹².

La segunda cuestión que Raz criticará es que la teoría de las prácticas no logra distinguir entre reglas practicadas y razones aceptadas. Esto se basa en que para Raz un defensor de la teoría de las prácticas asume que siempre que se cree en una razón, se la sigue y se actúa conforme a ella. Al respecto ofrece tres ejemplos. El primero se refiere a un individuo que lee las novelas de un autor cada vez que se editan, si no lo hace se reprocha por la omisión, pero aún así, no lo ~~considera una~~ regla. El segundo ejemplo se refiere a que en una comunidad reprocha a las madres que no amamantan a sus bebés o no les enseñan a leer a los niños de tres años, pero no las consideran reglas, si no solamente cosas que es bueno hacer. El tercer ejemplo se refiere a quien ve un partido y confunde la existencia de prácticas comunes del deporte con reglas (por ejemplo, en un partido de fútbol poner más de dos personas en las barreras) del mismo.

El tercer gran defecto sería que la teoría priva a las reglas de su carácter normativo. Esto se expresaría en que para Hart la única diferencia entre enunciados que se refieren a la existencia de una norma y enunciados que se refieren a la existencia de un deber, sería que los

12. Esto difícilmente puede verse como una regla social y me parece que tiene algunos problemas que no veré acá.

primeros presuponen que existe una práctica. Para Raz esto no explica la normatividad del Derecho debido a que no tiene efectos en el razonamiento práctico de los destinatarios (la regla no depende de ser seguida para existir), la práctica, en este ámbito, a lo más puede tener efectos retóricos¹³.

IV

Estos problemas llevan a Raz a presentar un modelo alternativo, basado en una forma de concebir el razonamiento práctico. Específicamente va a plantear que las normas deben entenderse como razones excluyentes y de primer orden. Para esto utiliza una serie de ejemplos y analogías las cuales me parecen muy relevantes para entender su punto y que, a mi parecer, lo hacen alejarse del fenómeno que se busca explicar. Al respecto se vale en una revisión de las reglas de la experiencia, las reglas dictadas por una autoridad y las decisiones para mostrar las principales características de las reglas como razones para actuar.

Respecto a las reglas de experiencia, señala que son aquellas que "indican la forma en que es menos arriesgado actuar, cuando no se tiene tiempo o medios para analizar las circunstancias efectivas del caso, o cuando no podemos confiar en nuestro juicio para apreciarlas"¹⁴. De esta forma, éstas se caracterizan precisamente por ser recursos para ganar tiempo, recursos para reducir los riesgos de error al decidir. Raz señalará que estas son utilizadas como reglas (y no solo como máximas)

13. Como señalé, me centraré en las cuestiones relativas a las dos primeras críticas. De todas formas, quiero señalar dos cosas al respecto. En primer lugar, me parece que Hart sí hace la distinción. (En la página 107 de CD señala: "El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una acción, implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación"), tal vez no en los términos en que Raz quisiera. En segundo, lugar, y más importante, la crítica tiene sentido cuando se asume como correcta la idea de que la normatividad de las reglas se encuentra esencialmente en su relación con el razonamiento práctico de los destinatarios, siendo precisamente esa es la cuestión que está en discusión.

14. RAZ, 1991: 67.

solamente por alguien que pasa un test¹⁵. Dicho test es presentado de la siguiente forma: "Imaginemos a una persona que se encuentra en una situación a la que se aplica una máxima para ahorrar trabajo. Él sabe lo que la máxima exige de él, pero conoce suficiente los cálculos en los que se basa la máxima como para darse cuenta de que la situación a la que se enfrenta es un tanto irregular. Ciertos hechos no tomados en cuenta en los cálculos sobre los que se basa la máxima están presentes en ella. Él no sabe con precisión la naturaleza de estos hechos y no tiene idea de si inclinan el balance de razones en contra de la solución dada por la máxima. La reacción del agente en tales circunstancias mostrará si él cree que la máxima es una regla o no"¹⁶. La cuestión es que si cree que debe buscar la respuesta en el balance de razones, la máxima no será una regla a diferencia de cuando se actúa conforme a ella a pesar de existir dudas sobre su aplicación. Para Raz esto es lo que significa que una regla es una razón excluyente: se sigue a pesar de que haya dudas en el caso concreto de que deba seguirse¹⁷. Entonces no es una razón definitiva por su fuerza o peso, si no porque es excluyente.

En el caso de las reglas de autoridad, señala que el que alguien posea autoridad significa que se considera a sus órdenes u otras expresiones sobre lo que se debe hacer como razones excluyentes (esto pasaría, por ejemplo, con quienes nos dan consejos y los seguimos sin ponderar razones).

15. RAZ. 1991: 68-69 y 84.

16. RAZ. 1991: 68.

17. Esto ciertamente trae problemas aparejados con la idea de derrotabilidad de las normas o la existencia de lagunas axiológicas, pues se asume que la norma siempre se debe aplicar. Raz busca solucionar esto al señalar que las reglas también funcionan también como razones de primer orden (y, por ende, son ponderables con otras). A mi entender, esta explicación abre la puerta a una serie de preguntas: ¿Cómo saber qué razones son y qué razones no son excluidas?, ¿No contradice lo uno a lo otro? (Especialmente cuando precisamente es la existencia de razones que parecen que pueden vencer en caso de balance lo relevante). La cuestión de fondo es ¿Cómo saber cuándo una razón es de primer o de segundo orden en relación con otras en conflicto?

El tercer fenómeno que nos ayuda a entender a las reglas es el de las decisiones maduradas. Éstas se caracterizan porque suponen la formación de una intención; a éstas se llega como resultado de una deliberación; se toman algún tiempo antes de la acción y; porque las decisiones son razones excluyentes (se toman después de considerar todo y ponen fin a una deliberación dejando detrás otras consideraciones conflictivas) y de primer orden.

En este sentido Raz señala que las reglas cumplen el mismo papel que las decisiones en el razonamiento práctico de quien las sigue. Sin embargo, una regla, a diferencia de una decisión, puede aplicarse a más de una persona, es general (se diferencian de las razones que las originaron y, no son razones últimas) y puede ser válida a pesar de que nadie crea en ella¹⁸. De este modo, podemos entender que las reglas son razones excluyentes y, generalmente, de primer orden.

En lo que sigue, revisaré estas ideas de Raz, primero viendo sus críticas a Hart y luego señalando algunos problemas generales de su propuesta. Esto significa realizar una lectura especial de Hart e incluir ciertos elementos, lo que desarrollaré en la última parte.

V

Respecto a las críticas realizadas a Hart, con la primera de ellas Raz busca establecer dos cosas: (a) que una regla puede existir a pesar de que nadie la siga y, más aún, (b) alguien puede creer en la existencia de la regla a pesar de que él mismo no la sigue.

Me parece que esta crítica de Raz falla, en primer lugar, en el sentido de creer que, según Hart, es el seguimiento común lo que hace a la regla, es decir, el primer punto con que define a la forma en que la teoría de las prácticas entiende las reglas prima sobre los otros tres y se puede leer de forma independiente. Me parece que precisamente lo que Hart va a decir es que el deber se mantiene a pesar de no ser cumplido porque la conducta desviada puede ser criticada (y esa crítica no es criticada), en este sentido el punto de la generalidad es crucial

18. Además Raz señalará que exista una norma significa que es válida (justificada), que es practicada o que ha sido prescrita por cierta persona u órgano.

solo en términos de crítica y no de seguimiento, porque precisamente es la crítica lo que define el aspecto interno de la norma y la diferencia del hábito¹⁹. El problema es que Raz no va a tomar en serio la caracterización que él mismo propone de la teoría de Hart separando los elementos y dando preeminencia a uno solo, precisamente el que Hart señala que no puede ir solo. Esto trae como consecuencia ver a Hart como alguien que piensa que es suficiente la existencia del hábito, para el cual basta el punto de vista externo. El tema es que, a pesar de que nadie cumpla sus promesas, no somos indiferentes ante esas acciones y está justificado criticarlas y eso es lo que debe estar presente para que exista una regla. En este sentido, habría que invertir parcialmente el orden de preeminencia, pues la regularidad solo adquiere sentido en un contexto normativo, cuando aparece como crítica justificada²⁰.

El ejemplo del vegetariano puede ser leído como el caso de una regla personal, mas no social. Precisamente Raz va a decir que creer en un deber no implica seguirlo, lo que, para él, demuestra que se trata de una regla social. Esto, creo yo, trae una consecuencia dudosa, pues si basta con que creamos que algo es una regla para que se convierta en una regla social, a pesar de que a nadie le importe ni la siga, se puede banalizar la idea de regla social, haciéndola depender de la creencia de un solo individuo, perdiendo su carácter social²¹.

Respecto a la segunda crítica de nuevo nos encontramos ante una confusión, pues Raz asume que los teóricos que critica son fuertemente internalistas (es contra ellos con los que lucha al parecer)

19. Esto propone otros problemas que no revisaré acá, como por ejemplo cuál es el rol central de la repetición de conductas y qué debe entenderse como regularidad.

20. En este sentido es absurdo pensar que no es necesario que alguna se haya reaccionado (criticada) ante la conducta. ¿Cómo sabemos que hay una regla social si toda la comunidad es indiferente ante las acciones que, se supone, esta regula? Esta cuestión se relaciona con la segunda crítica presentada por Raz.

21. Otro problema es que si es cierto que al creer en la existencia reglas personales, las seguimos (pues esto las diferencia de las sociales), podemos caer en un internalismo extremadamente fuerte (Un caso de racionalismo moral en términos de Parfit -Parfit, 2004).

y, no considera que lo que Hart dice que sobre el punto de vista interno se basa en la crítica a quien se desvía y no en la creencia de los destinatarios de las normas²². Incluso si centramos, como creo que Hart lo hace, en quien reacciona ante la conducta, de todas formas Hart no requiere que todos crean en la regla para que esta funcione, él mismo señala que la regla, la reacción ante la conducta, no requiere de unanimidad para existir.

Respecto a los otros ejemplos, en primer lugar el caso del lector difícilmente puede entenderse como un ejemplo de regla social; más bien se habla de metas individuales. En este sentido, hablar de reglas sociales tiene sentido en cuanto nos referimos al comportamiento de otros. Lo que la regla nos da es, en palabras de Hart, "razones para la hostilidad"²³.

El problema con el segundo ejemplo es que considera al segundo elemento de la teoría de Hart (la crítica) pero no al tercero (que esa crítica no es criticada). En este sentido si podemos públicamente criticar a personas que no dan de amamantar a sus hijos y esa crítica se entiende justificada, no creo que sea problemático hablar de la existencia de una regla al respecto.

El tercer ejemplo adolece del problema de no hacer referencia al punto de vista interno, precisamente las reglas son derivadas de un tercero que no conoce el juego (externo a la forma de vida en donde las reglas son juegos de lenguaje), por lo que asume el punto de vista externo, el cual precisamente no le ayuda a distinguir las reglas de los hábitos.

Sobre la tercera crítica, lo que es de importancia para este trabajo es que Raz está suponiendo que las normas deben ser relevantes en el razonamiento práctico del destinatario para ser tales, tal como su propuesta lo muestra. En este sentido, la crítica de Raz pierde fuerza si se muestra que la relevancia que él asigna al razonamiento práctico del

22. Acá entra en juego el análisis de otra categoría usada por Hart en CD, la de *aceptación*. Esta tampoco será revisada acá. Se puede ver en una lectura en términos de estabilidad en Narváez, 2011.

23. HART, 2007: 113.

destinatario no es tal para explicar la normatividad de las reglas sociales. En este sentido, la respuesta a esta crítica se expresa en lo que sigue.

VI

Me parece que la explicación de Raz en el capítulo 2 de RPN sobre la naturaleza de las reglas, va tener ciertos problemas generales que no hacen plausible su propuesta.

El primer problema está en las pretensiones de la propuesta. Al parecer Raz, con su teoría, busca una explicación de toda posibilidad de actuar según reglas. Con ello pierde lo característico de las reglas sociales, pues va a centrar el análisis en lo que significan las normas para el razonamiento del destinatario de ellas (lo cual es muy relevante para normas personales, como las de la moral crítica), sin considerar que esto muchas veces es irrelevante cuando hablamos de reglas sociales.

El mismo Raz, va a conceder, al comenzar la discusión, que tanto las reglas jurídicas como las reglas sociales no pueden ser tales sin ser practicadas por una comunidad²⁴. En este sentido parece relevante distinguir entre una normatividad conceptual (propia del lenguaje y del conocimiento humano en general) y una normatividad práctica (referida a las acciones). En este segundo plano hay que distinguir entre una normatividad personal (relacionada, por ejemplo con planes de vida o normas autoimpuestas) y una social (la estudiada acá). En esta última, no hay dudas de que hay que seguir a Raz en la distinción entre reglas sociales e institucionalizadas. El problema está en buscar una sola explicación para todos los fenómenos, sin considerar sus diferencias.

Esto nos lleva a un segundo punto: Raz al buscar una descripción general de todas las reglas, va a perder elementos distintivos de las reglas sociales. Un elemento clave, además de los ya vistos, es que las reglas sociales son heterónomas y en esto está su normatividad, es decir, no van a exigir, para existir como tales, que el destinatario esté de acuerdo con ellas o las incluya de alguna manera especial dentro de su razonamiento. Usando una distinción clásica, podemos decir que las reglas sociales se mueven en el ámbito de la *legalidad* kantiana²⁵, la cual

24. RAZ, 1991: 60.

25. Ver la distinción entre *moralidad* y *legalidad* en Kant, 1989: 23-26.

se refiere a los comportamientos externalizados de los individuos y no va a apelar a su interioridad.

De este modo, si un extranjero actúa, sin saberlo, en contra de lo que la norma social de cierta comunidad determina, en principio, los miembros de dicha comunidad reaccionarán ante el actuar del extranjero de forma crítica. Esto es plausible, debido a que, en general, no podemos leer las mentes de otros, a no ser por acciones que se refieran específicamente a ello, las cuales, para valer generalmente están reguladas por normas que nos permiten reaccionar ante ellas.

De este modo, las reglas sociales son heterónomas y su uso se relaciona con juzgar las acciones de otros. Este juicio es derrotable en, por ejemplo, un juicio pormenorizado de responsabilidad (donde el extranjero del ejemplo puede señalar que no conocía la norma y que en su comunidad la conducta en cuestión no es criticada). En este sentido, el rol que juega el razonamiento práctico del destinatario es el de una suposición de que se está en condiciones de funcionar de acuerdo a reglas y como suposición, es derrotable.

Una tercera cuestión es que para Raz las normas son relevantes, entre otras razones, pero principalmente, porque nos ayudan a descomplejizar, en general, el razonamiento práctico. En este sentido, el modelo puede prescindir totalmente de lo colectivo, es decir, puede pensarse sin problemas un sistema de reglas sociales donde exista solo un individuo que tiene razones que se caracterizan por ser reglas sociales. Esto no es sólo problemático porque puede sonar inusual, sino porque la objetividad de las razones normativas no se encuentran sujetas a criterios públicos como en Hart²⁶, esto es, cada uno puede tener su propio sistema de reglas sociales, mala suerte para los demás (en caso de que existan los demás).

VII

En conclusión, podemos ver que la cuestión de la existencia de una regla social no depende de lo que sucede en el razonamiento práctico

26. Esta apreciación ayuda a responder la tercera crítica de Raz a Hart, siendo no solo retórica la función del reconocimiento público de la norma para que sea tal.

del destinatario de la norma, a pesar de que ciertas condiciones de este se suponen en la práctica²⁷, si no que más bien se trata de una relación comunitaria sobre cómo reaccionar ante las conductas de los demás. Como señala Hart se trata de una crítica justificada, lo que cierra y estabiliza la violencia posible²⁸.

Me parece importante también señalar que, considerando la cita de CD que se encuentra al principio de este trabajo, que lo clave en el punto de vista interno no es ningún "sentimiento", si no que más bien una reacción correcta, justificada. En este sentido la influyente lectura que propone MacCormick del punto de vista interno, quien lo entiende como "un deseo o voluntad de que el patrón sea observado, una preferencia por una conducta de conformidad o no conformidad cuando se verifiquen las circunstancias relevantes"²⁹, también podría leerse como errada, pues va a apelar a un estado mental de los participantes en la práctica (no necesariamente del destinatario, pues lo entiende como una *preferencia compartida*) del cual Hart precisamente busca prevenirnos, pues de nuevo se vuelve al problema de no asumir la heteronomía presente en las reglas sociales. Esto no quiere decir que toda regla es despreciada por todos los miembros de una comunidad, si no que una norma no requiere ser deseada por ellos, aunque, obviamente la estabilidad de una norma despreciada es inferior a la de una preferida y puede estar condenada a una rápida muerte, pero ello no le quita su carácter de regla, de razón para juzgar³⁰.

27. Otra suposición relevante en el caso de las reglas jurídicas es aquella presunción de conocimiento de la ley. Esta suposición es clave para los sistemas jurídicos, pues implica presumir que los miembros de la comunidad son concientes de cuales autoridades y a través de qué actos están autorizados para crear normas jurídicas, se asume algo así como el conocimiento de la regla del reconocimiento que busca cercar el agujero que hay entre los criterios de validez propios del sistema y la pretensión de eficacia del Derecho, dando razones para la coacción (legítima).

28. Este es otro punto presente en Kant para quien la coacción es parte de la definición del Derecho estricto, en donde la coacción funciona como una fuerza que detiene a otra (cerrando la posibilidad de seguir utilizándola).

29. MACCORMICK, 2010: 110. Esto es lo que denomina el *elemento volitivo*, que se combina con el *cognitivo* presente en la idea de verificación que se encuentra en la cita.

30. Cito nuevamente a Hart: "A veces se niega la existencia de reglas obligatorias para los jueces, porque la cuestión de si al actuar de cierta manera

VIII

Para concluir y recoger lo hasta acá visto me gustaría proponer algunas ideas sobre las cuales entender la existencia de reglas sociales. Lo primero es entender a las prácticas según reglas sociales como prácticas reactivas, es decir, una norma nos va a decir cómo debemos reaccionar ante el actuar de otros en determinadas circunstancias. En este sentido la regla como razón funciona como razón para juzgar, lo cual tiene sentido en caso de que podemos reaccionar legítimamente ante los demás. Su función como razón será la de "una razón para la hostilidad". Quien acepta la norma es quien la usa como tal³¹.

Me parece que esta idea es sensata, entre otras razones, porque hay pocas cosas tan importantes como saber de qué forma debemos reaccionar ante el (complejo e impredecible) actuar de los demás³², saber como reaccionarán ante nosotros y saber que los demás comparten esto.

manifestamos con ello la aceptación de una regla que nos exige actuar así, es confundida con cuestiones psicológicas sobre los procesos mentales que preceden o acompañan la acción. 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 (...). El más importante de estos factores que demuestran que al actuar hemos aplicado una regla es que si nuestra conducta es impugnada, estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquella; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no sólo en nuestros reconocimientos y observancia general de ella, antes y después, sino también en nuestra crítica de las desviaciones propias y ajenas" (Hart, 2007: 174).

31. En este sentido, aunque parece redundante, quisiera recalcar que la perspectiva aquí presentada no significa una renuncia a la apelación a "razones" en las prácticas según normas (especialmente si vemos que se trata de una práctica particularmente compleja y comunitaria), sino que ver cuál es el lugar que ocupan estas.

32. Esta cuestión se amplía a otras realidades reguladas por normas sociales que no se refieren directamente a acciones humanas, pero ante las cuales podemos saber como reaccionar.

De todas formas, incluso si un individuo particular no sabe algunas de estas cosas (como en el caso extranjero), la norma sigue funcionando³³.

Una segunda cuestión es que el lugar de las razones excluyentes y de primer orden en el razonamiento del destinatario va a ser, a lo más, una suposición al momento de usar la regla, suposición que puede ser derrotada, especialmente al momento en un juicio público pormenorizado de responsabilidad como el de los modernos sistemas penales. En este sentido, no es lo mismo la práctica según reglas sociales que la determinación de responsabilidad, a pesar de que podemos decir que este último está supuesto, en el sentido de que, como el mismo Hart señaló, toda adscripción de una acción supone una atribución de responsabilidad³⁴. Por último, no está de más señalar que la atribución de responsabilidad también se lleva a cabo según reglas sociales.

Podemos tener deseos (o voliciones) y creencias respecto a lo bondadosa que una norma es, pero lo relevante de saber qué es una norma es que nos castigarán (o nos premiarán, o se reconocerá públicamente cierta acción, etc.) por lo que hacemos, más allá de lo que creamos o deseamos y eso es lo que aprendemos de pequeños. Lo que creamos de una norma o su rol en nuestro razonamiento práctico como destinatarios es irrelevante para su existencia y funcionamiento, aunque puede tener influencias en su estabilidad y en la determinación de responsabilidad, aspectos muy importantes para los sistemas jurídicos y políticos.

Hablar de reglas sociales es hablar de los criterios bajo los cuales podemos decir que estamos ante una práctica regida por ella (primero,

33. Esto se relaciona con la noción de que el Derecho está íntimamente relacionado con la idea de una coacción legítima que busca cerrar un posible círculo de violencia y que reconoce en los demás —los destinatarios de la norma, ante quienes reaccionamos— agencia (la cuál, como vimos, funciona como presunción).

34. HART, 1949. Si bien puede sonar exagerado que toda adscripción de acción implica un juicio de responsabilidad, esto por lo menos, si se puede decir cuando lo que hacemos es juzgar según una regla. Podemos decir que esta es una versión moderada de la tesis. Los puntos señalados en este párrafo han sido iluminados para mí por conversaciones con Juan Pablo Mañalich. Algunas de ellas son revisadas por él en un texto de próxima publicación.

porque es "social" y, segundo, porque requerimos de criterios públicos para saber el significado de ello), la regla en sí, es una manifestación del significado específico de la práctica en cuestión y funciona como una razón para juzgar las acciones ajenas o propias.

En conclusión, cuando hay una regla, la práctica consiste en reaccionar correctamente ante el actuar de otro y la regla funciona como razón justificadora de aquello. A su vez esto supone que presumimos que el destinatario de la norma es capaz de ser motivado de alguna forma por esta o por la reacción ante su conducta³⁵ (lo cual implica utilizar la norma como razón excluyente), pero esto último no es más que una suposición, la que ni siquiera es relevante (al menos, su explicitación) en muchos casos (como en la denominada responsabilidad objetiva, por ejemplo)³⁶.

Así, leyendo el pasaje de Hart citado en II, vemos que cuando hay una regla, no se trata ni de una simple convergencia, ni de una cuestión puramente psicológica (ya sea del destinatario o de quienes confluyen en la práctica), sino de una práctica social caracterizada por el punto de vista interno, cuestión que aprendemos a hacer y que se caracteriza por criticar las desviaciones de los estándares propuestos y que esa crítica no es, a su vez, criticada.

35. También significa, asumir que la conoce (ver nota 27).

36. De lo señalado en el párrafo no se debe inferir que no podamos tener diversas razones para seguir una norma, por el contrario, la normatividad social permite esto³⁶. Pues solo exige conformidad con un estándar que se usa como razón para juzgar y así poder tener una reacción correcta ante el actuar de los demás.

Por otra parte, tampoco significa, como ya se señaló, que la estabilidad de una norma no dependa de su fama, es decir, una norma sistemáticamente rechazada muy probablemente dejará de serlo. Esto habla de su estabilidad, tal vez de su legitimidad, pero no de su existencia como norma.

REFERENCIAS

- DUARTE, Luís. 2011. "Legal Statements and Normative Language". En *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Volume 30, Number 2, pp. 167-199. Springer.
- GAIDO, Paula. 2011. *Las pretensiones normativas del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GILBERT, Margaret. 1999. "Social Rules: Some Problems for Hart's Account, and an Alternative Proposal". En *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Vol. 18, Nº 2, pp. 141-71. Springer.
- HART, Herbert. 1949. "The Ascription of Responsibility and Rights". *Proceedings of the Aristotelian Society*.
- HART, Herbert. 2007. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. (Versión original de 1961).
- KANT, Immanuel. 1989. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos (Versión original de 1797).
- KELSEN, Hans. 1994. "La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica". En: Casanovas y Moreso (ed.), *"El ámbito de lo jurídico"*. Barcelona: Editorial Crítica
- MACCORMICK, Neil. 2010. *H.L.A Hart*. Madrid: Marcial Pons (Versión original de 1981).
- NARVÁEZ, Maribel. 2011. "Estabilidad de reglas sociales e insuficiencia de rechazo". En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 14, 2011, pp. 215-238. (Disponible en <http://www.rtdf.es/>).
- PARFIT, Derek. 2004. "Razones y Motivación". En Parfit, D. *Personas, Racionalidad y Tiempo*. Madrid: Editorial Síntesis. (Versión original de 1997).
- POSTEMA, Gerald. 1982. "Coordination and Convention at the Foundations of Law". En *The Journal of Legal Studies*. Vol 11. Nº 1. pp 165-203. Chicago: The University of Chicago Press.
- POSTEMA, Gerald. 1987. "The Normativity of Law". En Gavison, R. (ed), *Issues in Contemporary Legal Philosophy, The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press.
- RAZ, Joseph. 1982. *La Autoridad del Derecho*. México: UNAM. (Versión original de 1979).
- RAZ, Joseph. 1991. *Razón práctica y Normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (versión original de 1990).

TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA:
LOS NUEVOS CONSEJOS COMUNALES
BAJO SU PERSPECTIVA

SEBASTIÁN PRELLER BÓRQUEZ *

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.500, publicada en el Diario Oficial el día diecisiete de febrero del año dos mil once, fueron creados los Consejos Comunales de Organizaciones de la Sociedad Civil (CCOSC), los cuales vienen a reemplazar a los antiguos Consejos Económico y Social.

Los CCOSC, de acuerdo a las funciones otorgadas por la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM)¹, serán órganos de carácter consultivo, creados para hacer efectiva la participación ciudadana en el funcionamiento administrativo de los municipios.

El CCOSC, como su nombre lo indica, es un órgano municipal integrado por organizaciones, ya no por individuos aislados. Esto da cuenta de un importante avance en la comprensión de la participación ciudadana por parte del Gobierno, pues no se trata ya de la representación de intereses individuales, sino que se busca la representación de intereses colectivos a través de representantes de las organizaciones de la sociedad civil.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. Véase el artículo 94 LOCM.