



[http:// doi.org/10.15446/ideasyvalores.v67n167.58669](http://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v67n167.58669)

LA APLICACIÓN DE LA “PARADOJA ESCÉPTICA” AL DERECHO



THE APPLICATION OF THE “SKEPTICAL PARADOX” TO LAW

MARTÍN OLIVEIRA*

Conicet / Universidad de Buenos Aires - Buenos Aires - Argentina

.....
Artículo recibido el 27 de mayo del 2016; aprobado el 11 de octubre del 2016.

* demaoliv@gmail.com

Cómo citar este artículo:

MLA: Oliveira, M. “La aplicación de la ‘paradoja escéptica’ al derecho.” *Ideas y Valores* 67.167 (2018): 103-126.

APA: Oliveira, M. (2018). La aplicación de la “paradoja escéptica” al derecho. *Ideas y Valores*, 67 (167), 103-126.

CHICAGO: Martín Oliveira. “La aplicación de la ‘paradoja escéptica’ al derecho.” *Ideas y Valores* 67, n.º 167 (2018): 103-126.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

RESUMEN

Se cuestionan las dos conclusiones imputadas a la aplicación de la “paradoja escéptica de Wittgenstein” al derecho, tal como es desarrollada por S. Kripke. A saber, o bien la paradoja se aplica a la práctica del derecho y esta es indeterminada e imposible, o bien aquella es completamente irrelevante para la práctica del derecho y la reflexión filosófica sobre este. Se sugiere que la filosofía del derecho puede aceptar la relevancia de esta paradoja y obtener nuevos elementos a partir de ella.

Palabras clave: S. Kripke, L. Wittgenstein, derecho, paradoja escéptica.

ABSTRACT

The article questions the two conclusions attributed to the application of “Wittgenstein’s skeptical paradox” to law, as developed by S. Kripke: that is, either the paradox is applied to the practice of law and it is indeterminate or impossible, or the paradox is completely irrelevant for the practice of law and for philosophical reflection in that respect. The paper suggests that philosophy of right can accept the relevance of the paradox and draw new elements from it.

Keywords: S. Kripke, L. Wittgenstein, law, skeptical paradox.

Introducción

Al menos desde mediados del siglo pasado aparece una tesis incontrolada en filosofía según la cual el derecho es una práctica gobernada por reglas. Esta tesis, que se supone está influenciada por el pensamiento del segundo Wittgenstein, fue paradójicamente puesta en cuestión por una relectura de sus ideas. Me refiero a la interpretación de las *Investigaciones filosóficas* (1999) que S. Kripke detalló en *Wittgenstein on Rules and Private Language* (1982, WRPL en adelante). La llamada “paradoja escéptica”, que se formula en el primer capítulo de dicho texto, ha sido utilizada por muchos filósofos del derecho para cuestionar la viabilidad de caracterizar la práctica de la jurisprudencia como una actividad basada en reglas. Dado lo fecundo de esta interpretación del derecho, otros autores han ofrecido diversos argumentos rechazando que las consideraciones sobre el seguimiento de reglas de WRPL tengan alguna aplicación en esta disciplina. Dicha situación ha configurado la siguiente disyunción: o bien la paradoja escéptica se aplica a la práctica del derecho y esta es indeterminada e imposible, o bien es completamente irrelevante para dicha práctica y la filosofía del derecho no tiene nada que aprender de ella.

En este trabajo intentaré, en primer lugar, desafiar la anterior disyunción y mostrar que ninguno de los dos extremos se sostiene. En segundo lugar, y solo de forma tentativa, sugeriré que la filosofía del derecho puede aceptar la relevancia de la paradoja escéptica y obtener nuevos elementos a partir de ella y de la “solución escéptica” con la que Kripke la complementa. Para ello detallaré en la siguiente sección el problema de la aplicación de la paradoja escéptica al derecho. Acto seguido, ofreceré una breve síntesis de las distintas reacciones a la paradoja en el campo del derecho. En este sentido, reconstruiré y pondré en cuestión, primero, la posición que acepta la paradoja y concluye, a partir de ella, que el derecho es indeterminado y, luego, la posición que sostiene que es completamente irrelevante para la práctica del derecho. En la sexta sección, intentaré esbozar una forma en la que se puede aceptar la relevancia de la paradoja para el derecho y lo que la filosofía del derecho puede tomar de la solución escéptica. Finalmente, ofreceré algunas conclusiones respecto a la relación entre la paradoja escéptica y el derecho.

Derecho y reglas

H. L. A. Hart, a partir de su muy influyente *The Concept of Law* (1961), es considerado por muchos como el fundador de la versión contemporánea del positivismo jurídico. La principal tesis de esta tradición en filosofía del derecho sostiene que la existencia y el contenido del

derecho solamente dependen de ciertos hechos sociales y no de la moral.¹ En la distintiva propuesta de Hart, los hechos sociales relevantes son un conjunto de reglas de naturaleza convencional.² De acuerdo con este autor, toda teoría del derecho sofisticada³ debe entender este fenómeno social como compuesto por la conjunción de reglas primarias que establecen obligaciones y reglas secundarias que confieren poderes (*power-conferring rules*).

La caracterización de las reglas primarias es sencilla: se trata de reglas que obligan a realizar ciertas acciones u omisiones. Las reglas secundarias de un sistema jurídico pueden dividirse, al menos, en tres clases. Una corresponde a las reglas de adjudicación, que permiten determinar en qué caso se ha violado una regla primaria. Otra es la clase de las reglas de cambio, que establecen los procedimientos para modificar otras reglas. La más importante, sin embargo, es la regla de reconocimiento, que establece los criterios de validez para cada sistema jurídico particular, en la medida en que identifica todas las demás reglas que pertenecen al sistema. Entonces, en lo que se refiere a un sistema jurídico, la regla de reconocimiento constituye su criterio de identidad frente a otros sistemas, mientras que la aceptación conjunta de los dos tipos de reglas por ciertos individuos constituye su existencia. Hart ilustra este punto de la siguiente manera:

Hay por lo tanto dos condiciones mínimas necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico. Por una parte, aquellas reglas de comportamiento que son válidas de acuerdo con los criterios de validez últimos del sistema deben ser generalmente obedecidas. Por otra parte, las reglas de reconocimiento, que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y adjudicación, deben ser efectivamente aceptadas como los estándares públicos comunes de comportamiento oficial de los agentes jurídicos. (116)

-
- 1 Aunque ciertos positivistas jurídicos “inclusivos” afirman que si los hechos sociales relevantes incluyen estándares morales, entonces la existencia y el contenido del derecho depende de forma indirecta de ellos; los defensores del positivismo jurídico “exclusivo” naturalmente rechazan esta idea. Los argumentos a favor de una u otra posición no afectan, sin embargo, el presente trabajo.
 - 2 En contraposición, el positivismo de las reglas hartiano también dio lugar a otra influyente tradición iusfilosófica: el interpretativismo de R. M. Dworkin. Este autor argumentó que el “modelo de las reglas” de Hart no capturaba la fenomenología de la práctica judicial (cf. Dworkin 1978). Sin embargo, Dworkin presentó posteriormente un argumento metodológico mucho más ambicioso: la idea de que la teoría semántica en la que Hart y otros tantos sustentan sus propuestas no puede dar cuenta de cierto tipo de desacuerdo teórico esencial para la práctica del derecho (cf. Dworkin 1986).
 - 3 Sofisticadas, por contraposición a las teorías que describen el derecho como órdenes res-paldadas por amenazas –en la versión de J. Austin (cf. 16)–, o bien que reducen las normas jurídicas a la adscripción de sanciones dentro ciertos hechos –en el caso de H. Kelsen (cf. 45)–.

Hart considera que su reconstrucción filosófica de la práctica del derecho, basada en la conjunción de reglas primarias y reglas secundarias, es superior a otras más sencillas que solo admiten reglas primarias, en cuanto permite superar tres vicios característicos de sistemas consuetudinarios basados en reglas que imponen obligaciones. Se trata de los problemas, en primer lugar, de la incertidumbre (*uncertainty*) respecto a qué reglas componen un sistema particular; en segundo lugar, de lo estático de un sistema que solo reconoce reglas de obligaciones, en cuanto estas solo cambiarían por medio de un lento y largo proceso de comportamientos habituales cuyo desvío eventualmente es repudiado por el grupo; finalmente, se trata de la ineficiencia de un sistema de control y coordinación social cuyas reglas están sometidas a una constante disputa (cf. Hart 92-93).

Si la concepción hartiana del derecho como conjunción de dos clases de reglas efectivamente superara estos vicios que parecen permear teorías más sencillas, entonces tendríamos fuertes razones para aceptar su propuesta, o bien alguna de las aproximaciones positivistas posteriores derivadas de ella. Por el contrario, si se pone en duda que apelar a reglas pueda solucionar esos problemas, la teoría se debilita. Es por esta razón que, en los últimos años, desde la filosofía del derecho se ha prestado especial atención a una paradoja con respecto al seguimiento de reglas que parece derivarse de las *Investigaciones filosóficas* de L. Wittgenstein. Si bien este filósofo propuso varias consideraciones en torno al seguimiento de reglas en los §§143-242 de este libro, la paradoja escéptica que parece seguirse de ellas fue formulada claramente por Kripke en WRPL.

Ahora bien, muchos comentaristas han señalado problemas fundamentales en lo que respecta a las fuentes textuales del argumento escéptico que desarrollaré en este trabajo. En ese sentido, cabe puntualizar que, aunque Kripke escribe que “trat[a] de presentar el argumento de Wittgenstein o, más precisamente, el conjunto de problemas y argumentos que [él] personalmente h[a] encontrado leyendo a Wittgenstein” (5), WRPL no es una exégesis o comentario textual, línea por línea, de los párrafos antes mencionados de las *Investigaciones filosóficas*. Más aún, Kripke precisa que no debemos entender su libro “como exponiendo ni el argumento ‘de Wittgenstein’ ni el ‘de Kripke’, sino el argumento de Wittgenstein como lo interpretó Kripke, en cuanto que presentó un problema para él” (*ibid.*). A raíz de estas consideraciones, se acostumbra en las comunidades filosóficas a atribuir a “Kripkenstein” la autoría de la paradoja. Yo adoptaré un compromiso semejante, en la medida en que me ocuparé de la paradoja escéptica tal como aparece en WRPL, sin preocuparme si ella es fiel o no a Wittgenstein, o si representa o no una posición que suscribe Kripke. Con esto intentaré desestimar un

argumento que presenta una cantidad sorprendentemente grande de filósofos del derecho: que la paradoja escéptica de Kripke no merece consideración porque es una interpretación de Wittgenstein enormemente controvertida y frecuentemente rechazada (cf. Bix 38; Green 91).⁴

¿En qué consiste la “paradoja escéptica”? ¿Qué implica para las teorías que caracterizan al derecho a partir de reglas? El desafío que propone WRPL consiste en cuestionar nuestra capacidad de justificar los usos presentes de una regla a partir de sus usos pasados. Kripke lo presenta como el cuestionamiento de un adversario escéptico ante un interlocutor que utiliza la regla matemática de la adición. Si se asume de manera hipotética que el interlocutor nunca antes ha calculado la función “68+57” pero sí otras tantas, el adversario escéptico cuestionará la respuesta obvia que ofrece el interlocutor ante el requerimiento de calcular “68+57”, esto es, “125”. En particular, el escéptico sugiere que la respuesta a dicho cómputo podría ser “5”, puesto que nada en los usos anteriores del símbolo “+” puede asegurar que en los casos pasados se significó la función de la adición y no una hipotética función de “tadición”, según la cual la “tadición” de todo par de números es igual a su adición, salvo en el caso de que ambos números sean mayores a 57, en cuyo caso el resultado de su “tadición” es “5”. Así, el escéptico sostiene que no hay nada que pueda servir de guía para tener la certeza de que uno denotó la función adición y no la “tadición” en los usos pasados del símbolo “+”. Esta falta de certeza podría parecer un desafío epistemológico a la creencia justificada respecto a la atribución de significados a agentes; sin embargo, se basa en algo más fundamental. Para que la respuesta sugerida por el escéptico, “5”, sea falsa, “tiene que haber algún hecho acerca de mi uso pasado [del símbolo +] que pueda ser citado para refutarla” (Kripke 9). Esto último es precisamente lo que cuestiona la paradoja escéptica, la existencia de algún hecho que pueda justificar una certeza como la antes mencionada. Con esta consideración en mente, se puede observar que el desafío escéptico, aunque tiene una apariencia epistemológica, es en sus raíces primariamente ontológico.

El escéptico cuestiona entonces la existencia de algún hecho al que se pueda apelar para sostener que uno significa una cosa y no otra, así como la certeza que uno tiene al asegurar que cierto uso de la regla es acorde con la regla que se pretende aplicar. Kripke también explicita qué constituiría una respuesta cabal al desafío planteado por el adversario escéptico en un pasaje que merece ser citado en su extensión:

.....
4 Cabe mencionar que tampoco faltan los filósofos que anuncian la irrelevancia de la paradoja escéptica para la filosofía del derecho por el argumento antes mencionado y que, sin embargo, ofrecen razones en contra de ella.

Una respuesta al escéptico debe satisfacer dos condiciones. Primero, debe dar una explicación acerca de qué hecho (acerca de mis estados mentales) constituye el que yo signifique adición y no “tadición”. Pero además, hay una condición que cualquier candidato putativo a ese hecho debe satisfacer. Debe, en algún sentido, mostrar cómo estoy justificado a dar la respuesta “125” a “68+57”. Estas direcciones [...] que determinan lo que yo hago en cada instancia deben estar “contenidas” en cualquier candidato para el hecho acerca de lo que signifique. De otra manera, el escéptico no ha sido respondido cuando afirma que mi respuesta presente es arbitraria. (11)

La salida más directa al desafío escéptico consiste en afirmar que la certeza de la respuesta “125” a “68+57” está justificada porque uno tuvo la intención de que “68+57” denotara justamente “125”. Sin embargo, hipotéticamente se estableció que uno nunca había hecho ese cálculo previamente y, en consecuencia, uno no se pudo haber dado las instrucciones explícitas de dar esa respuesta. Así mismo, tampoco se pone en cuestión la memoria del interlocutor ni su capacidad para computar números. De hecho, el ejemplo matemático es solo eso, un ejemplo. Kripke asegura que la paradoja alcanza y “se aplica a todos los usos significativos del lenguaje” (7). Cabe señalar que la paradoja escéptica se plantea frente a cierto tipo de análisis filosófico del significado y las atribuciones del significado que, junto con M. Kusch, podríamos denominar “determinismo ordinario” (*low-brow meaning determinism*) (cf. 4-11). Este determinismo es una descripción muy general de un tipo de análisis filosófico muy intuitivo, pero cuya defensa no puede ser atribuida a ningún autor en particular. Podríamos resumirla como la idea de que “un análisis filosófico del significado debe identificar qué es lo que hace verdaderos a los enunciados semánticos [*meaning sentences*]” (Kusch 3), esto es, cuáles son sus condiciones de verdad.

Así pues, a pesar de ser una imagen filosófica intuitiva presente en un gran número de teorías, el elemento más importante del determinismo semántico se puede resumir en “la idea de que lo que uno significa por un signo *determina* tanto *cómo lo va a usar* (si quiere ser fiel a su significado) y *cómo debería usarlo* (si desea hablar correctamente)” (Kusch 4). Si bien el desarrollo completo del determinismo ordinario requiere un tratamiento más extenso, vale la pena señalar que, para esta teoría, el significado del signo involucra un componente normativo, en la medida en que captar un significado ofrece una guía para su aplicación justificada, contraria a su aplicación arbitraria o “a ciegas”.⁵

.....
5 Una caracterización más extensa de esta imagen filosófica intuitiva se encuentra en el capítulo 1 de Kusch (2006).

Uno de esos usos significativos del lenguaje que podrían apoyarse en teorías deterministas ordinarias es el derecho. En dicho ámbito, el desafío escéptico es tan fuerte como en los casos de funciones aritméticas u otros usos del lenguaje. Supongamos que la legislatura aprueba una ley según la cual “todos los ciudadanos deben pagar el 10% de su ingreso por concepto de impuesto”.⁶ Supongamos que Héctor es un ciudadano muy rico y sus ingresos superan el monto de los ingresos de todos los demás miembros de la sociedad. Estipulemos que Héctor tiene un ingreso de \$1 000 000. Él sostiene que debería pagar solamente \$50 000 por concepto de impuestos, ante lo cual uno señalaría que esta cifra no es el 10% de 1 000 000. Sin embargo, Héctor es un escéptico tan astuto como el de WRPL y afirma que en el impuesto “%” no significa “porcentaje” sino “torcentaje”. Este contribuyente sostiene, a continuación, que el “torcentaje” de x es igual al porcentaje de x , salvo que x sea mayor o igual a \$1 000 000, en cuyo caso es igual a \$50 000. Un argumento tan aparentemente disparatado requiere, a pesar de todo, que uno señale un hecho sobre los estados mentales de los legisladores que corrobore que ellos quieren significar “porcentaje” y no “torcentaje” cuando dicen “%”; y que, además, justifique la respuesta de “\$100 000” a “10% de \$1 000 000”. El desafío escéptico, en consecuencia, podría ser extendido a cualquier norma del derecho en cualquiera de sus disciplinas (civil, penal, comercial, etc.) y aplicaciones.

Por supuesto, en WRPL Kripke no se contenta meramente con plantear el “desafío escéptico”. También evalúa distintas clases de candidatos al “hecho semántico” que podría ser ofrecido al escéptico como respuesta a su paradoja. Uno de ellos consiste en entender el hecho semántico como un estado mental disposicional (cf. Kripke 22-24). En este sentido, significar adición con el símbolo “+” es tener la disposición de responder con la adición de x y y cuando se interroga por “ $x+y$ ”. Un problema muy grave de esta respuesta es que no parece satisfacer el requisito de justificación establecido más arriba.

En efecto, si uno concede que cada enunciado semántico se justifica por un estado mental disposicional, entonces todo enunciado semántico que uno produzca está igualmente justificado de esta manera. Esto tiene la consecuencia de igualar la realización (*performance*) de un enunciado semántico con su corrección. De otra manera, no habría enunciados semánticos injustificados o incorrectos y se eliminaría o desdibujaría la noción de error. Entender los hechos semánticos como disposiciones “falla en satisfacer la condición básica de todo candidato [a hecho semántico] [...] de que debería *decirme* qué debo hacer en cada nueva instancia” (Kripke 24).

6 Tomo el ejemplo, con mínimas modificaciones, de Hershovitz (cf. 622-623).

Un segundo problema de este tipo de análisis es que debe suponer que la mente aloja una infinitud de disposiciones para dar cuenta de la infinita posibilidad de enunciados semánticos que uno podría realizar en el futuro, mientras que nuestra capacidad actual de realizar enunciados semánticos y las disposiciones que tiene la mente son finitas. Variantes de estos problemas se encuentran en versiones aún más refinadas de análisis disposicionales que incorporan cláusulas *ceteris paribus*, programas o máquinas que realizan cómputos.

La apelación a consideraciones de sencillez en cuanto a la elección de hipótesis tampoco parece contestar la paradoja escéptica. Si bien la sencillez puede ser una virtud de una teoría o hipótesis científica cuando se la compara con otra, y por eso podría ser relevante a la hora de justificar epistémicamente creencias, no da en el blanco respecto al presente desafío. Para eso, debemos recordar que el escéptico pone en duda la existencia de un hecho que explique y justifique la adscripción de significados y, en cuanto se trata de la existencia o no de hechos, el problema planteado es principalmente ontológico. Más aún, recurrir a la experiencia interna como hecho semántico o postular entidades matemáticas no-mentales al estilo platónico no logra, de acuerdo con Kripke, dar una adecuada respuesta al escéptico. Así tampoco lo hacen distintas variantes de la teoría de los *qualia* o formas de primitivismo semántico. Al contrario, en el mejor de los casos, logran evadir momentáneamente el problema que reaparecerá cuando se deba explicar cómo un estado mental justifica un enunciado semántico.

Huelga decir que el tratamiento de cada una de estos candidatos al hecho semántico requerido para superar la paradoja se desarrolla de manera más extensa en WRPL y, con mucho mayor detalle, en los diversos capítulos de *A Skeptical Guide to Meaning and Rules* (2006) de Kusch. El punto que me interesa destacar es que ambos textos ofrecen refinados argumentos para concluir que ninguno de estos candidatos podría dar una solución directa al problema escéptico. Si no es posible esto y si no contamos entonces con ningún hecho semántico que explique y justifique nuestros enunciados semánticos, parecería que todas las atribuciones de significado que realizamos las hacemos “a ciegas” o de manera arbitraria, como si fueran un “salto [lingüístico] en la oscuridad”. En palabras de Wittgenstein, esto se resume de la siguiente manera:

Nuestra paradoja era esta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo. (§201)

De acuerdo con Kripke, si se acepta la paradoja, “no puede haber ninguna cosa como significar algo por medio de una palabra” (55).

Como es sabido, la imposibilidad de dar con una solución directa, según la cual en “una investigación más cercana el escepticismo pruebe estar injustificado”, no es la conclusión definitiva del argumento de Kripke en WRPL. Antes bien, allí se defiende una solución escéptica al problema, que concede el punto principal sin que por eso se abandone la posibilidad de justificar enunciados semánticos. La estrategia consiste en mostrar que “nuestra práctica ordinaria o creencia está justificada porque –en contra de las apariencias– no requiere la justificación que el escéptico ha mostrado imposible [*untenable*]” (Kripke 66).

En todo caso, el adversario escéptico ha mostrado que un tipo de explicación, la del determinismo semántico, es incapaz de dar cuenta de la práctica. Es por eso que la variante indeterminista, que ensaya Kripke a partir de Wittgenstein como solución escéptica, desplaza el significado de una oración de sus condiciones de verdad hacia sus condiciones de “asertibilidad”. De acuerdo con la solución escéptica, es fundamental apelar a la noción de comunidad, ya que la adscripción justificada de significados solo es posible dentro de la práctica comunitaria propiamente dicha. Esto imposibilita considerar las atribuciones de significado para un individuo aislado.⁷

Así pues, para aseverar que un individuo aplica o sigue una regla, debemos tener como condición que se comporte de cierta manera esperada; así mismo, se declara que alguien no sigue una regla cuando esa persona se desvía de manera muy notable de los comportamientos esperados. Así, la asertibilidad supone la concordancia de varios individuos, los integrantes de la comunidad, en sus comportamientos. La concordancia, sin embargo, no es una cuestión meramente casual o fortuita, sino que responde a la posibilidad de realizar determinados movimientos de cierto juego del lenguaje en el marco más amplio de una forma de vida. Esta se supone posible por un continuo entrenamiento comunitario, por cuanto la utilidad del entrenamiento, junto

7 Incluso en el caso de un hipotético Robinson Crusoe, solo podríamos atribuirle significados a partir de los estándares de nuestra propia práctica comunitaria: “¿Esto significa que de Robinson Crusoe, aislado en una isla, no puede decirse que siga reglas, sin importar lo que haga? Yo no veo que esto se siga. Lo que se sigue es que *si* nosotros pensamos a Crusoe como siguiendo reglas, estamos incorporándolo [*taking him into*] en nuestra comunidad y aplicándole a él nuestros criterios de seguimiento de reglas. La falsedad del modelo privado [de seguimiento de reglas] no necesariamente significa que de un individuo *aislado* físicamente no pueda decirse que sigue reglas; más bien que de un individuo, *considerado aisladamente* (más allá de si esté o no aislado físicamente), no se puede decir que lo haga” (Kripke 110).

con nuestras precondiciones biológicas, redundando en la posibilidad de confiar en y prever la conducta de los demás a partir de reglas.

Perspectivas de la filosofía del derecho frente a la paradoja escéptica

Si he reconstruido correctamente la paradoja escéptica que Kripke describe en WRPL y su posible relación con el derecho, resta examinar más atentamente cuáles son sus consecuencias. En principio, considero que es posible clasificar en tres tipos las distintas reacciones o perspectivas que el argumento de WRPL ha motivado en el campo de la filosofía del derecho.

La primera de esas perspectivas acepta la relevancia de la paradoja escéptica en la práctica del derecho basada en reglas. Más aún, admite plenamente que la paradoja se aplica a las reglas jurídicas por medio de los usos lingüísticos significativos, y concede la aparentemente disparatada conclusión escéptica de que no hay ningún hecho superlativo que justifique los enunciados semánticos. Esta perspectiva, sin embargo, rechaza de plano la solución escéptica y se limita a señalar qué implica la conclusión escéptica en la práctica del derecho. En rigor, la consecuencia más importante es que, según esta perspectiva, el derecho como sistema de reglas sería completamente indeterminado. Si bien ningún filósofo del derecho parece considerar la determinación absoluta o plena de un sistema jurídico como su criterio de existencia o de justificación moral, la radical indeterminación de estos constituiría un vicio difícilmente subsanable.

La segunda reacción frente a la paradoja consiste en aceptar su relevancia para la filosofía del derecho, pero señalar también que la solución escéptica que describe Kripke subsana no solo los problemas de adscripción de significados, sino también cualquier otro inconveniente que se pudiera filtrar en la práctica misma del derecho. Los distintos autores que defienden esta posición ofrecen distintas interpretaciones del modo en el que los criterios de aceptabilidad y la apelación a la comunidad son justamente condiciones necesarias de la práctica del derecho tal cual la conocemos en nuestras vivencias cotidianas.

La tercera perspectiva en cuestión es radicalmente opuesta a las otras dos, en cuanto que rechaza cualquier clase de relevancia de la paradoja escéptica para la filosofía del derecho. Algunos filósofos también cuestionan, para fortalecer sus argumentos, la viabilidad de la solución escéptica pero señalan que, aun si ella funcionara, no tendría ninguna consecuencia en la práctica del derecho. Los principales recursos argumentativos de quienes sostienen esta perspectiva consisten en señalar que la práctica lingüística de atribución de significados y la práctica jurídica son radicalmente diferentes y no tienen puntos de contacto.

Otra estrategia que, en ocasiones se utiliza para complementar este punto de vista, destaca que todo el análisis de WRPL se encuentra situado en un plano explicativo distinto al de la práctica del derecho y que, por eso, se debe afirmar la independencia de la filosofía del lenguaje de corte wittgensteniano respecto de la filosofía del derecho y viceversa.

En las siguientes secciones reconstruiré, si bien en un orden distinto, cada una de las posiciones mencionadas. Intentaré sugerir que tanto la primera como la tercera son perspectivas extremas y difícilmente sostenibles, mientras que la segunda requiere todavía notables precisiones para dar cuenta exactamente del modo como la solución escéptica se aplica al derecho.

La paradoja escéptica y la indeterminación del derecho

Como mencioné previamente, una de las reacciones de la filosofía del derecho frente a la paradoja escéptica consiste en aceptar su conclusión, pero rechazar u omitir la solución escéptica que Kripke presenta en el segundo capítulo de WRPL. La consecuencia principal de esta postura para la práctica del derecho es la radical indeterminación de sus reglas. Dicha indeterminación es un vicio que pone en serias dudas la posibilidad y lo deseable de la práctica.

La conclusión escéptica, como se mostró más arriba, afirmaba que no existe ninguna clase de hecho, respecto de nuestros estados mentales, que pueda explicar y justificar las atribuciones de significado que realizamos, con lo cual “no hay tal cosa como significar algo por una palabra. Cada nueva aplicación que hacemos es un salto en la oscuridad; cualquier intención presente puede ser interpretada de manera que concuerde con cualquier cosa queelijamos hacer” (Kripke 55). Cuando esto se traslada al vocabulario de las reglas, cualquier “curso de acción” puede hacerse concordar con la norma. Esto es precisamente lo que hacía el hipotético sujeto Héctor frente a la regla del impuesto. Entonces, lo que la conclusión escéptica implica para el derecho es que no hay un hecho al que apelar para justificar la aplicación de la regla en un caso particular de adjudicación judicial.

La imposibilidad de contar con un hecho semántico que justifique la aplicación de reglas tiene una primera consecuencia en lo que se refiere a los criterios de adjudicación jurídica. En una imagen intuitiva de la práctica judicial, se considera que las reglas o leyes del derecho limitan o constriñen la discreción de los funcionarios para aplicar las normas en los distintos casos. Pero si la paradoja escéptica se sostiene, “se muestra que, con respecto a cualquier regla y [...] acción particular que busque seguir esa regla, es imposible determinar criterios que puedan establecer de manera autoritativa si la regla en cuestión está o no siendo seguida” (Yablon 625). La falta de criterios para determinar

casos, a su vez, pone en cuestión cualquier sentido de “objetividad” en el debido proceso judicial, en la medida en que se cae la idea de que pueda existir un procedimiento imparcial de adjudicación judicial. Esto normalmente se entiende como el llamado “razonamiento judicial” que establece la forma como la práctica jurídica articula sus diversas normas y obtiene conclusiones para los casos particulares.

Sin embargo, ante la ausencia de hechos semánticos que justifiquen las atribuciones de significado que se supone son la base del razonamiento judicial, este proceso parece eminentemente azaroso, si no arbitrario o imparcial. Siguiendo esta crítica, J. W. Singer sostiene que, “por sus propios criterios, el razonamiento jurídico no puede resolver las preguntas jurídicas de ninguna manera objetiva, ni puede explicar cómo funciona el sistema [judicial], ni cómo los jueces deciden los casos” (6). En un sentido semejante, la paradoja escéptica parece imposibilitar que el seguimiento de reglas acote o ponga límites al accionar judicial. En esta imagen del derecho sobre la que se aplica la paradoja, el razonamiento jurídico “se muestra incapaz de satisfacer su exigencia de un comportamiento judicial guiado por reglas que pueda limitar o definir la institución judicial” (Tushnet 822).

Normalmente la crítica relativa a la indeterminación radical del derecho se atribuye a la escuela de los *Critical Legal Studies* (CLS), que retoma ciertas tesis inarticuladas del antiguo realismo jurídico norteamericano (cf. Bix 37; Kramer 16; Shankar 3). Según esta tradición, el derecho es un comportamiento orientado a satisfacer los propios intereses, guiado por las predicciones de lo que los tribunales decidirán en cada caso (cf. Holmes 24). En cuanto que el realismo jurídico afirma, además, que las decisiones de los jueces son informadas exclusivamente por componentes ideológicos (cf. Cohen 51 y ss.), y luego racionalizadas a través de las leyes vigentes, se concluye con la idea radical de que la capacidad de predicción del comportamiento de los jueces es muy acotada y el derecho es, así, indeterminado. Como se puede advertir, los adherentes al CLS refinan los argumentos del realismo jurídico apelando a las consideraciones wittgenstenianas sobre el seguimiento de reglas. En esta versión renovada de la crítica de la indeterminación radical del derecho, puesto que ninguna decisión judicial puede estar justificada por reglas que resultan arbitrarias y aplicadas a ciegas, no hay respuestas correctas o incorrectas en el derecho. Mientras tanto, y paradójicamente, los tribunales siguen dictando fallos y sentencias, pero sin referencia a un sistema integrado y coherente de regulación de la conducta.

La indeterminación radical del derecho es problemática en un doble sentido. En primer lugar, normalmente se considera que las principales funciones del derecho como institución social son, por un lado, coordinar el comportamiento de los ciudadanos de una jurisdicción

y, por otro, ofrecer guía en casos de acción colectiva. Esto se satisface en cuanto que el derecho logra hacer efectiva una conducta convergente por parte de la mayoría de la población en los casos relevantes. Ahora bien, un alto grado de indeterminación atenta directamente contra esto. Si asumimos con M. Kramer que “la extensión en la que hay respuestas correctas determinadas a cualquier cuestión legal es inversamente proporcional a la extensión de la capacidad que tienen los funcionarios judiciales para llegar a decisiones concretas” (14), ante una radical ausencia de respuestas correctas determinadas, los funcionarios judiciales tendrán un altísimo grado de discreción para tomar decisiones autoritativas respecto al comportamiento de las personas. En un sistema de derecho lo suficientemente amplio no sería difícil imaginar tantas decisiones distintas como funcionarios hay, incluso en casos lo suficientemente semejantes.

Por su parte, la indeterminación radical del derecho no solo hace problemática su capacidad para guiar el comportamiento de las personas, sino que pone en duda la permisibilidad moral de una institución semejante. Se suele aceptar que distintas virtudes o razones morales justifican⁸ la institución del derecho con respecto a las personas que están sometidas a su jurisdicción. Entre dichas virtudes, uno podría contar la “protección de las expectativas de los ciudadanos” (Dworkin 1986 140), la capacidad de hacer que los ciudadanos actúen mejor, de acuerdo con sus propias razones (*cf.* Raz 53), o la integridad en el uso de la coerción estatal (*cf.* Dworkin 1986 176).

Ahora bien, en la medida en que lo moralmente valioso de dichas virtudes tiene una vinculación (instrumental o de cualquier otro tipo) con la coordinación y guía del comportamiento individual y colectivo, el peligro de la indeterminación las amenaza también. En efecto, si a causa de su indeterminación radical el derecho no pudiera proteger las expectativas de las personas, y si esta fuera la virtud que justifica dicha institución, la aceptabilidad moral de tal práctica social estaría cuestionada. No niego que sea posible ofrecer argumentos, a favor de la justificación moral del derecho, independientes de su capacidad para coordinar el comportamiento de los individuos. Sin embargo, todos aquellos argumentos morales, al menos parcialmente dependientes de esta capacidad del derecho, están igualmente amenazados por la indeterminación que sugiere la paradoja escéptica.

Quizás lo más llamativo de esta aplicación de la paradoja escéptica al derecho sea su enorme consecuencia: la indeterminación radical del

8 Aunque conviene tener en cuenta que si una práctica está justificada, es decir, si es moralmente aceptable, esto no implica necesariamente que sea legítima para un individuo particular, o sea, que le imponga obligaciones (*cf.* Simmons 740).

derecho. Si uno se compromete con tal conclusión, parece que también lo hace, en primer lugar, con la imposibilidad de que el derecho sea una práctica normativa y, en segundo lugar, con una práctica que difícilmente podría estar justificada desde una perspectiva moral. Sin embargo, creo que no es necesario aceptar ni esta forma de la aplicación de la paradoja escéptica al derecho ni las radicales conclusiones que podrían derivarse de ella. En primer lugar, parece claro que este tipo de aproximaciones desde WRPL ignoran u omiten tratar la solución escéptica que formula Kripke. Un tratamiento exhaustivo de ella, que busque asegurar las mismas conclusiones, debería mostrar o bien que la solución escéptica es errónea, o bien que cae en el mismo tipo de indeterminación antes descrito. La mayoría de los filósofos del derecho, sin embargo, no asumen la tarea de examinar la solución escéptica. Por el contrario, intentan evadir el problema, sobre la base de la presunta irrelevancia de la paradoja para el derecho. En la siguiente sección analizaré los dos argumentos que se dan en ese sentido e intentaré mostrar que no son exitosos.

La irrelevancia de la paradoja

A pesar de lo expuesto previamente, no es inevitable concluir, a partir de la paradoja escéptica, que el derecho es indeterminado. Una de las estrategias que se pueden adoptar para no comprometerse con lo que parece implicar la indeterminación del derecho, es decir, con la incapacidad de este para coordinar el comportamiento de los ciudadanos y con la puesta en duda de su justificación moral, consiste en negar cualquier vínculo entre el derecho y la paradoja escéptica presentada en WRPL. Como se adelantó en la tercera sección de este trabajo, la defensa de esta estrategia puede adoptar dos argumentos distintos. Por una parte, se puede intentar demostrar que la paradoja escéptica se aplica en un nivel distinto de aquel en el que se asienta la práctica del derecho. Por otra parte, se puede sugerir que, si bien la paradoja escéptica se aplica a una práctica de seguimiento de reglas situada en el mismo nivel que el seguimiento de reglas que involucra el derecho, las prácticas son distintas y no es posible trasladar conclusiones de una a la otra.

La primera vía para señalar la irrelevancia de la paradoja escéptica respecto a la práctica del derecho se puede sostener de la siguiente manera. En primer lugar, se resalta que aquello que la paradoja escéptica cuestiona no es la práctica de seguir reglas, sino una explicación filosófica de dicha práctica, más específicamente, el determinismo semántico. La práctica en sí misma no es puesta en duda ni declarada imposible. Este punto, naturalmente, se apoya en el §124 de las *Investigaciones filosóficas*, según el cual “la filosofía no puede interferir en modo alguno con el uso efectivo del lenguaje; puede a la postre solamente describirlo. Pues no puede tampoco fundamentarlo. Deja todo como está” (Wittgenstein).

En este sentido, M. S. Green sostiene que uno no debe confundir “la práctica de describir una práctica con la práctica descrita” (1919). Su crítica apunta principalmente al argumento dworkiniano, basado en la semántica del desacuerdo, pero se puede resumir en que, para este filósofo, las prácticas lingüísticas involucradas en describir filosóficamente una práctica no implican ninguna conclusión respecto a eso descrito. Así, la práctica filosófico-lingüística de describir o explicar el uso de reglas no tendría ninguna consecuencia para la práctica del derecho basada en reglas. M. Kramer también apoya esta perspectiva, en cuanto sostiene que el problema de la paradoja escéptica

no tiene ninguna relación con la determinabilidad de las respuestas a las preguntas jurídicas (o a las de cualquier otro dominio). Los problemas que expone no son acerca del seguimiento actual de reglas dentro de diversas actividades, sino acerca de los esfuerzos filosóficos por ofrecer un análisis comprehensivo del seguimiento de reglas [...] [N]adie o virtualmente ninguno entre los especialistas sostendría que [Wittgenstein] estaba intentando mostrar que seguir reglas en distintas actividades es impracticable o ilusorio. (22-23)

Si lo que Kramer parece atribuir a Wittgenstein se puede también asignar a la paradoja escéptica de “Kripkenstein”, su posición resulta semejante a la de Green. Ambos autores parecen defender la idea de que lo que está en juego en WRPL es una explicación filosófica de un cierto tipo de prácticas, y que aquella no tiene relevancia para la práctica en sí.⁹ Así mismo, Coleman y Leiter sostienen que si la paradoja es exitosa, “no hace surgir dudas acerca de nuestra habilidad para determinar el significado de una regla, sino solo acerca de la fuente de ese conocimiento”; a esto añaden que “si la solución escéptica es correcta [...] la práctica del seguimiento de reglas –por parte de jueces o de cualquier otra persona– se mantiene intacta aunque posiblemente cambie nuestra imagen filosófica de ella” (Coleman y Leiter 571).

Tal como observamos, esta estrategia opera a partir de una distinción entre el plano de la explicación filosófica y el de la práctica. La explicación filosófica del lenguaje que ofrece Kripke en WRPL podrá ser acertada o correcta en este aspecto, es decir, en la explicación filosófica, pero aun así está completamente desligada de la práctica del lenguaje y de la práctica del derecho y no tiene ninguna implicación para estas.

9 Si bien el diagnóstico de Kramer podría ser aceptable, no creo que su interpretación de la noción wittgensteniana de las reglas sea tan sólida. Su lectura sostiene que, de acuerdo con Wittgenstein, la noción de regla es básica en cuanto que no puede ofrecerse de ella “ninguna explicación que no sea circular” (Kramer 24). En caso de que esta posición fuera plausible, Kramer seguramente tendría que complementarla con una explicación más exhaustiva, como la que involucra la “solución escéptica” del segundo capítulo de WRPL.

Pero eso no obsta que la interpretación filosófica del lenguaje que aparece en WRPL sea relevante para ciertas explicaciones filosóficas del derecho. Me refiero, en particular, a todas aquellas teorías del derecho que lo conciben como una práctica basada en y articulada a partir de reglas. Esta perspectiva se mostró notablemente fecunda con base en la obra seminal de Hart, e hizo crecer enormemente el campo de la filosofía del derecho, incorporando incluso a sus críticos más radicales, como por ejemplo Dworkin.

Si se sostiene la paradoja escéptica contenida en WRPL, entonces, para evitar explicaciones que hagan del derecho una práctica totalmente indeterminada, deberíamos abandonar todo enfoque basado en reglas. Este sería un desafío notablemente ambicioso para la filosofía del derecho, ya que tendría que ofrecer algún otro tipo de práctica no reglada (tal vez intuitiva, tal vez casual) sobre la que pueda montar una explicación filosófica de la práctica del derecho. Las teorías más refinadas, en este sentido, describen el derecho como la sucesión de un conflicto ideológico entre distintos grupos, donde imperan los acuerdos transitorios como *modus vivendi*, susceptibles de variación de acuerdo con las mutaciones de las “relaciones de poder”. Estas perspectivas no tienen capacidad de ofrecer una justificación moral de la práctica o, por lo menos, sentar los criterios básicos sobre los que esta se podría evaluar y criticar. La tarea pendiente, desde esta óptica, es todavía inmensa.

Sin embargo, quizá sea posible ofrecer otro tipo de razones por las que falla esta estrategia en pos de la irrelevancia de la paradoja escéptica para el derecho. En principio, podemos considerar como un hecho incontrovertido que, al menos en el presente estado de la práctica del derecho, la mayoría de sus normas se presenta en forma lingüística. Ya sea como códigos, fallos, decretos o leyes aprobadas por las legislaturas, las normas jurídicas parecerían ser equivalentes al significado de los textos jurídicos relevantes. E incluso si uno admitiera que no existen las normas jurídicas, porque el significado de los textos relevantes es completamente indeterminado (o bien que cada norma existe solo en la atribución arbitraria del agente jurídico relevante –el juez, por ejemplo–), parece inadmisibles suponer también que todo uso significativo del lenguaje es igualmente indeterminado.

Como es sabido, ese tipo de escepticismo radical hace imposible no solo cualquier uso del lenguaje –incluso el que operaría en la imagen del derecho como conflicto–, sino la misma formulación del desafío escéptico en cualquier nivel. En virtud de esto, parece plausible sostener que quienes aceptan la paradoja, para luego mostrar que no está vinculada con el derecho, también se enfrentan a un problema escéptico insoluble. Sus propias defensas de la irrelevancia de la paradoja, si esta es correcta como explicación del lenguaje, quedan arrastradas

por el desafío escéptico. Cabe suponer que quienes defienden la indeterminación radical del derecho y aquellos que sostienen la irrelevancia de la paradoja a partir de este punto no han tomado en cuenta que su evaluación completa requiere examinar también la solución escéptica de Kripke y su relación con el derecho. Abordaré esa tarea en la siguiente sección. Antes de ello, sin embargo, examinaré una segunda línea de defensa frente a la indeterminación del derecho que sostiene de una manera alternativa la irrelevancia de la paradoja.

La segunda manera en la que se busca argumentar a favor de la irrelevancia de la paradoja escéptica en la filosofía del derecho concede que el derecho y la atribución de significados son prácticas semejantes en un aspecto esencial: están caracterizadas por el seguimiento de reglas. Aun así, esto no sería suficiente para concluir que es legítimo trasladar conclusiones del lenguaje al derecho. El punto en cuestión es que, aunque ambas son prácticas caracterizadas por el seguimiento de reglas, la del lenguaje sería una práctica básica e irreflexiva, mientras que el seguimiento de reglas en el derecho involucra o incluye dar razones a favor del seguimiento de una u otra regla.

Esta línea de crítica a la relevancia de la paradoja escéptica para la filosofía del derecho se articula de la siguiente manera. En primer lugar, se afirma que las prácticas lingüísticas de las que Kripke se sirve en WRPL,¹⁰ como ejemplo para exponer la paradoja, son distintas a la práctica del derecho, a pesar de que podamos caracterizarlas como prácticas de seguimiento de reglas. La diferencia radicaría en que el derecho es una práctica reflexiva, mientras que las prácticas lingüísticas antes mencionadas son, en algún sentido, básicas. En segundo lugar, se sostiene que la paradoja escéptica formulada por Kripke solo incide en el último tipo de prácticas y no en la práctica del derecho. Finalmente, se concluye que la paradoja escéptica es irrelevante o no afecta a la práctica del derecho.

Tanto B. Bix como S. Hershovitx se han servido de este argumento para responder al problema de la indeterminación del derecho. De acuerdo con estos autores, la diferencia entre las prácticas lingüísticas afectadas por la paradoja escéptica y el derecho tiene que ver con que las primeras son casos en los que hay un consenso claro respecto a la corrección de las respuestas. Según Bix:

[Wittgenstein] estaba enfocado en prácticas normativas particulares que en la superficie no parecen problemáticas o difíciles de entender: por ejemplo, usar una palabra correctamente, entender un signo o continuar una serie matemática sencilla. En esos ejemplos, la pregunta interesante no es si una

10 Principalmente se trata del uso de la regla de la adición, la continuación de series matemáticas y la aplicación de términos descriptivos.

respuesta o continuación particular es correcta o incorrecta; Wittgenstein específicamente eligió ejemplos donde habría consenso en ese respecto. (36)

Así también, de acuerdo con Hershovitz:

Los comentarios de Wittgenstein acerca de las reglas están dirigidos al lenguaje y la matemática (que es como el lenguaje en muchos aspectos). Lo que Wittgenstein muestra es que el lenguaje es *irreflexivo* en el caso básico. En el nivel más fundamental, aplicamos las reglas sin justificación, sin razón, de acuerdo a cómo encontramos natural comportarnos según nuestro entrenamiento. (635)

La facilidad para establecer un consenso sobre cuál es la respuesta o continuación correcta de una serie parece deberse, de acuerdo con ellos, a ciertos hábitos en el contexto de una comunidad, los cuales se han desarrollado principalmente a partir de un entrenamiento. Con esta caracterización, podría pensarse que tanto Bix como Hershovitz aceptan la “solución escéptica” o alguna forma refinada de ella como respuesta a la paradoja, al menos para este tipo “básico” de prácticas lingüísticas. Como adelantamos, el siguiente paso en esta línea de argumentación debe sugerir que el derecho es una práctica reglada pero distinta a las prácticas lingüísticas antes mencionadas. En particular, este contraste se daría porque en el derecho parece haber muchos casos en los que no hay una respuesta o aplicación clara de las reglas, lo que genera enormes desacuerdos en torno a cómo continuar la práctica. Estos desacuerdos se resuelven evaluando la justificabilidad de las distintas respuestas o continuaciones de una regla. En esta imagen de la práctica del derecho, la existencia generalizada de disensos respecto a cómo continuar o qué regla aplicar, por un lado, y la pretensión de justificación de los posibles candidatos para resolver ese disenso, por otro, son los dos elementos básicos de su diferenciación respecto a las prácticas lingüísticas afectadas por la paradoja escéptica. Así, de acuerdo con Hershovitz:

El derecho es una actividad reflexiva, una de las más reflexivas. Ofrecemos justificación y razones para la manera como aplicamos las reglas jurídicas y estamos dispuestos a tener dudas respecto a si las estamos aplicando de manera correcta [...]. Pero las observaciones de Wittgenstein no están dirigidas a instancias reflexivas de seguimiento de reglas y muchas de las aplicaciones de las reglas jurídicas, especialmente las que llevan a cabo los jueces en las cortes, son realizadas de manera reflexiva. (636)

En el mismo sentido escribe Bix:

A diferencia de las cuestiones por las cuales Wittgenstein estaba preocupado, el derecho es una actividad reflexiva: los participantes consideran, discuten y argumentan acerca de cómo deberían continuar. Al

contrario de la descripción de Wittgenstein acerca de los matemáticos y las series matemáticas, en el derecho se dan conflictos acerca de si una regla ha sido obedecida o no. (49)

Por supuesto, parece patente que, aun si estos autores tienen razón en diferenciar una práctica reglada básica e irreflexiva en el lenguaje de otra de segundo orden y reflexiva en el derecho, mientras el derecho se sirva del lenguaje, este puede quedar nuevamente atrapado, si no por la indeterminación de las normas jurídicas, sí por la indeterminación del lenguaje. Aunque más adelante retornaré a este punto, creo que hay un inconveniente más básico con esta estrategia. Se trata de su premisa principal, es decir, aquella que afirma que las prácticas lingüísticas fundadas en reglas son básicas e irreflexivas, en contraste con el carácter reflexivo del derecho. En particular, creo que no hay buenas razones para aceptar que las prácticas lingüísticas sean básicas, irreflexivas o que no busquemos dar razones o justificar los usos lingüísticos que hacemos habitualmente. Probablemente, ese tipo de interpretaciones sobre la práctica del lenguaje estaría asumiendo alguna forma de la tesis determinista semántica. Dada la imposibilidad de dar con un “hecho superlativo”, como el que es puesto en cuestión por la paradoja, cabría pensar que la única manera de rescatar la práctica lingüística es hacer de ella una práctica básica o dar una descripción, según la cual, es irreflexiva. Esta perspectiva parece encerrar, como la anteriormente evaluada, una grave omisión en la consideración de la solución escéptica. En esta segunda estrategia, dicha falta es realmente acuciante, ya que el punto central de la “solución escéptica” es sugerir un modo, en el que los usos lingüísticos se encuentran guiados y justificados, que no apele a ninguna clase de hecho semántico.

A continuación, intentaré sugerir una manera como la solución escéptica podría dar cuenta de los problemas de estas estrategias. Aún faltará elaborar muchos aspectos para articular una concepción verdaderamente “kripkensteiniana” del derecho, pero, en cualquier caso, la paradoja escéptica no será irrelevante para dicha práctica, ni conducirá a su radical indeterminación.

La solución escéptica y el derecho

Aun si uno acepta la solución escéptica que se ofrece en WRPL, es posible que el problema de la indeterminación se filtre en el derecho. En efecto, en la medida en que la solución escéptica es todavía debatida y suscita polémica, existen varias interpretaciones de la misma según las cuales el derecho es una actividad tan arbitraria en esta “imagen filosófica” del lenguaje como en la imagen determinista. Tal como lo reseñé en la segunda sección, el paso de las condiciones de verdad a las

condiciones de asertabilidad implica que es posible realizar atribuciones de significado, en virtud de que el comportamiento de los individuos se articule en una práctica colectiva de juegos del lenguaje de acuerdo con ciertas formas de vida. Si uno supone que la solución escéptica que aparece en WRPL propone una “concepción social de las reglas”, tal y como lo postula M. Radin (*cf.* 781), entonces el criterio de corrección para la atribución de significados se vuelve equivalente al acuerdo comunitario. No obstante, que el acuerdo comunitario pudiera ser formulado como una regla y puesto así bajo la lupa del adversario escéptico, es una lectura de la solución escéptica que vuelve problemático al derecho. Si hay muchos casos en los que no hay acuerdo en lo que se refiera al derecho, y si “la marca primaria de la existencia de una regla [es] el acuerdo en la acción” (Radin 803), entonces en todos aquellos casos en disputa no hay reglas jurídicas. Esto vuelve a introducir, desde otra perspectiva, el problema de la justificación de la práctica del derecho.¹¹

Ahora bien, creo que ninguno de los elementos de esa conjunción es verdadero. En primer lugar, cabe poner en duda que en la práctica del derecho se produzca un fenómeno como el del desacuerdo masivo respecto a qué regla seguir. Sin duda, hay casos puntuales y enormemente complejos, en los que distintos juristas difieren respecto a cuál es la regla legal que se debe aplicar. Pero estos son solo casos puntuales, que encontramos “muy arriba” en la pirámide del derecho, para invocar la clásica imagen kelseniana. Normalmente se trata de casos que llegan a los tribunales de apelación.¹² Sin embargo, parece un hecho incontrovertido, que coadyuva a que la práctica del derecho sea efectiva en guiar y coordinar el comportamiento, que la enorme mayoría de los litigios se resuelven en instancias inferiores donde hay, por el contrario, un acuerdo general respecto a qué regla jurídica corresponde aplicar. Leiter resume bien esta idea, en el contexto de otra respuesta al argumento semántico de Dworkin:

En la base de la pirámide, el lenguaje ordinario y el significado ordinario son incontrovertidos, lo que, con la convergencia de los funcionarios acerca de los criterios de validez jurídica, hace que la mayoría de los casos sean claros y se produzca un acuerdo masivo en los juicios jurídicos. (Leiter 1231)

11 A. Arulanantham señala más puntualmente la manera en que elevar el acuerdo comunitario como criterio de corrección de las prácticas regladas vuelve notablemente problemática la permisibilidad moral del derecho (*cf.* 1877-1879).

12 Kramer también advierte que, en la mayoría de los casos, el derecho es incontrovertido y que mostrar excesivo celo por los casos controvertidos que llegan a los tribunales de apelación va en detrimento de una teoría del derecho (*cf.* 16).

Creo que la noción de acuerdo masivo en la práctica del derecho nos conduce a otra idea muy natural en la solución escéptica. Esta, precisamente, no propone que ciertas prácticas lingüísticas –las atribuciones de significado o de seguimiento de reglas– se encuentren justificadas por el criterio del acuerdo comunitario –como parece entenderlo Radin–. Más bien, se trata de que ciertas prácticas lingüísticas, ciertos movimientos en un juego del lenguaje, cumplen un papel en nuestra forma de vida y, dado que nuestras formas de vida son eminentemente comunitarias, esta función se articula en referencia a la comunidad a la que pertenecemos. El acuerdo es relevante en cuanto que la práctica social requiere que un grupo sustantivo de individuos actúe en conformidad; de otra manera, dicha práctica no solo sería ineficaz, sino también inútil para sostener una forma de vida.

Como en el ejemplo matemático que ilustra las condiciones en las que Smith juzga que Jones aplica correctamente la regla, aunque en un caso jurídico un juez exhiba señales de desacuerdo respecto a los estándares comunitarios, seguirá siendo parte de esa comunidad mientras pueda interpretarse, mínimamente, que está siguiendo los procedimientos habituales para aplicar las reglas jurídicas y resolver los litigios. En cualquier caso, esto debería dar un indicio de cómo es posible dar razones a favor de una respuesta: las razones o las justificaciones plausibles para una u otra respuesta son articuladas, en el contexto de la solución escéptica, de acuerdo con el papel del juego del lenguaje en la práctica que uno desarrolla como parte de las propias formas de vida.

Huelga decir, esta “imagen filosófica” del derecho no está todavía completa. Entre los múltiples elementos ausentes más arriba, se puede señalar la precisión de cuál es el papel que tiene la práctica del derecho en las formas de vida que actualmente desarrollamos. Como se mencionó antes, algunos autores destacan la posibilidad de resolver problemas de coordinación o de proteger las expectativas de las personas en un contexto social. Ambas posibilidades, con tantas otras, pueden ser articuladas en conjunto con o a partir de consideraciones de justificación moral, si es que la mejor descripción de nuestra práctica tiene dicho carácter normativo.

Conclusiones

Si el argumento de este trabajo es correcto, la filosofía del derecho debería adoptar una nueva perspectiva frente a su relación con la filosofía del lenguaje de corte “kripkensteniano”. Como se sugirió al comienzo de este artículo, las consideraciones sobre el seguimiento de reglas que se desprenden de WRPL pueden ser vistas como un grave problema para el derecho. En su forma más radical, este problema es el de la indeterminación generalizada de las normas jurídicas. Con él, la práctica no solo parece imposible sino moralmente indeseable.

Ahora bien, he intentado sugerir que si bien no es necesario comprometerse con una tesis tan radical, tampoco es prudente asumir una postura contraria y tan extrema como aquella. Me refiero a la posición que ataca la relevancia de las consideraciones acerca del seguimiento de reglas y, más específicamente, de la paradoja escéptica respecto a la práctica de derecho. De acuerdo con la perspectiva que expuse aquí, ninguno de los dos argumentos esgrimidos en defensa de la irrelevancia de la paradoja es exitoso, ni ofrece una imagen filosófica superadora de la práctica del derecho.

Al contrario, mi objetivo ha sido mostrar que existen buenas razones para considerar relevantes las tesis sobre el seguimiento de reglas que se formulan en WRPL. Esto no quiere decir, claro está, que la filosofía del derecho y el derecho deban reducirse a la filosofía del lenguaje y a ciertas prácticas lingüísticas. Si bien el derecho es una práctica que incorpora elementos lingüísticos, también contiene ciertos aspectos propios, por ejemplo, su siempre controvertida normatividad. En todo caso, la filosofía del derecho todavía tiene pendiente la tarea de determinar la totalidad de los vínculos conceptuales entre las tesis semánticas indeterministas de WRPL y la práctica basada en reglas que pretende explicar. Como tesis mínima, es posible sugerir que, al aceptar con cautela la relevancia de la paradoja y su solución para la filosofía del derecho, no nos vemos forzados a abandonar una idea tan central para esta práctica: que se basa en y nos ofrece una guía para el comportamiento por medio de reglas.

Bibliografía

- Austin, J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Arulanantham, A. “Breaking the Rules? Wittgenstein and Legal Realism.” *The Yale Law Journal* 107.6 (1998): 1853-1883. <https://doi.org/10.2307/797339>
- Bix, B. *Law, Language and Determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- Cohen, F. S. *El método funcional en el derecho*. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- Coleman, J., and Leiter, B. “Determinacy, Objectivity and Authority.” *University of Pennsylvania Law School Review* 142.2 (1993): 549-637.
- Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978.
- Dworkin, R. *Law’s Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.
- Green, M. S. “Dworkin’s Fallacy, or What the Philosophy of Language Can’t Teach Us about the Law.” *Virginia Law Review* 89 (2003): 1897-1952.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

- Hershovitz, S. "Wittgenstein on Rules: The Phantom Menace." *Oxford Journal of Legal Studies* 22.4 (2002): 619-640. <https://doi.org/10.1093/ojls/22.4.619>
- Holmes, O. W. *La senda del derecho*. Trad. José Ignacio Solar Cayón. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- Kelsen, H. *General Theory of Law and State*. New York: The Lawbook Exchange, 2009.
- Kramer, M. *Objectivity and the Rule of Law*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Kripke, S. *Wittgenstein on Rules and Private Language*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.
- Kusch, M. *A Sceptical Guide to Meaning and Rules*. Montreal: McGill, 2006.
- Leiter, B. "Explaining Theoretical Disagreement." *The University of Chicago Law Review* 76.3 (2009): 1215-1250.
- Radin, M. "Reconsidering the Rule of Law." *Boston University Law Review* 69.1 (1989): 781-819.
- Raz, J. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Simmons, A. J. "Justification and Legitimacy." *Ethics* 109.4 (1999): 739-771. <https://doi.org/10.1086/233944>
- Singer, J. W. "The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory." *The Yale Law Journal* 94.1 (1984): 1-70. <https://doi.org/10.2307/796315>
- Shankar, A. *Wittgenstein and the Rule of Law*. New York: New York University School of Law, 2010.
- Tushnet, M. V. "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles." *Harvard Law Review* 96.4 (1983): 781-827. <https://doi.org/10.2307/1340904>
- Wittgenstein, L. *Investigaciones filosóficas*. Trads. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Altaya, 1999.
- Yablon, C. Rev. of Wittgenstein on Rules and Private Language, by Saul Kripke. "Law and Metaphysics." *The Yale Law Journal* 96.3 (1987): 613-636. <https://doi.org/10.2307/796507>