

Universalismo y Particularismo: desde la Moral al Derecho

Universalism and Particularism: From the Moral to the Law

Ezequiel Monti*

Recepción y evaluación de propuesta: 14/3/2016

Aceptación: 7/05/2016

Recepción y aceptación final: 7/07/2016

Resumen: En 'Razones y normas' Redondo se propuso trasladar la discusión entre universalismo y particularismo del ámbito de la filosofía moral al de la teoría del derecho. En este trabajo, analizo críticamente tanto el modo en que Redondo articula la discusión en el ámbito moral como su intento de trasladarla al ámbito jurídico. Defiendo tres tesis fundamentales. Primero, la caracterización de Redondo del universalismo y el particularismo morales es insatisfactoria, en tanto no distingue adecuadamente entre normas (que constituyen razones para la acción) y proposiciones que describen relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales, lo que la lleva a englobar bajo un rótulo común discusiones muy distintas entre sí. Segundo, contra lo que sugiere Redondo, universalismo y particularismo no están comprometidos con modelos incompatibles de razonamiento práctico. Tercero, tras examinar diferentes modos de caracterizar el particularismo jurídico, concluyo que ninguno satisface la condición de ser plausible y estar vinculado con la discusión en filosofía moral.

Palabras clave: Particularismo Moral - Particularismo Jurídico - Derrotabilidad.

* Abogado (UBA), MJur (Oxon), Doctorando (KCL).
Email: ezemonti@gmail.com

Abstract: In ‘Reasons and Norms’ Redondo set herself to import the terms of the discussion between universalism and particularism from moral philosophy to legal theory. In this article, I critically analyse both the way in which Redondo reconstructs the terms of the discussion in the moral domain and her attempt to import it to the legal domain. I defend three fundamental theses. First, Redondo’s reconstruction of the debate between moral universalism and moral particularism is unsatisfactory since she fails to adequately distinguish between norms (that constitute reasons for action) and propositions that describe nomological relations between natural facts and moral reasons, which leads her to encompass very different discussions under one and the same heading. Second, contrary to what Redondo suggests, universalism and particularism are not committed to incompatible models of practical reasoning. Third, after examining different ways to define legal particularism, I conclude that there is no characterisation that is both plausible and connected to particularism in the moral domain.

Key Words: Moral Particularism - Legal Particularism – Defeasibility.

I. Introducción

Hay un procedimiento filosófico familiar y, con frecuencia, sumamente fructífero. Se toma una discusión de un ámbito filosófico y se la traslada a otro a efectos de iluminar viejos problemas desde una nueva perspectiva. Esta es la estrategia de Cristina Redondo en un brillante artículo¹ que fue el centro de la discusión del quinto número de esta revista y en el que también participaron Jorge Rodríguez², Juan José Moreso³, Riccardo Caracciolo⁴ y Bruno Celano⁵. Redondo se propone allí trasladar el debate entre particularismo y universalismo del ámbito de la filosofía moral a la teoría del derecho a fin de iluminar el rol de las normas jurídi-

¹ Redondo, C., “Razones y normas”, *Discusiones*, 5, 2005.

² Rodríguez, J.L., “Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos”, *Discusiones*, 5, 2005.

³ Moreso, J.J., “Cristina Redondo sobre razones y normas”, *Discusiones*, 5, 2005.

⁴ Caracciolo, R.A., “Una discusión sobre normas derrotables”, *Discusiones*, 5, 2005.

⁵ Celano, B., “¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?”, *Discusiones*, 5, 2005.

cas en el razonamiento práctico. Se trata de una operación atractiva que promete esclarecer toda una serie de discusiones fundamentales acerca de la naturaleza de las razones para la acción que provee el derecho, la distinción entre reglas y principios, la derrotabilidad de las normas jurídicas y el rol de la discreción y las virtudes en las decisiones judiciales. Así, cada vez más, la idea de un particularismo jurídico creado a imagen y semejanza de su primo moral es considerada como fundamental para la filosofía del derecho contemporánea, tanto por sus defensores como por sus detractores⁶. El artículo de Redondo ha tenido la virtud de ser pionero en articular la idea de una teoría particularista del derecho explícitamente vinculada al particularismo en filosofía moral. De este modo, contribuyó a forjar los términos de una discusión que, al parecer, ha llegado para quedarse.

Sin embargo, por mi parte, soy escéptico acerca de la relevancia de la discusión entre particularismo y universalismo en el ámbito de la filosofía moral para la teoría del derecho. Mi objetivo en este trabajo no es reconstruir todas las tesis, objeciones y réplicas que caracterizaron el intenso debate motivado por el artículo de Redondo. Me limitaré a examinar, en cambio, si la discusión entre universalistas y particularistas puede ser legítimamente trasladada al dominio jurídico y, en su caso, qué distinguiría al particularismo jurídico como alternativa teórica.

Procederé del siguiente modo. En primer lugar, reconstruyo el modo en que Redondo caracteriza el universalismo y particularismo morales y argumento que la reconstrucción es insatisfactoria porque no distingue adecuadamente entre normas morales y relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales (Sección 2). En segundo lugar, de las diversas tesis que Redondo asocia con el particularismo moral, examino más de cerca la que parece la mejor

⁶ Ver, entre otros, Wright, R., “Dreams and Formulas: The Roles of Particularism and Principlism in the Law”, *Hofstra Law Review*, 37 1, 2008; Celano, Bruno, *True Exceptions: Defeasibility and Particularism*, en Ferrer Beltrán, J., y Battista Ratti, G., *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press, 268-287, 2012; Bouvier, H., *Particularismo y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012; Ruiz Manero, J., “Two Particularistic Approaches to the Balancing of Constitutional Principles”, *Analisi e Diritto*, 2013.

candidata para ser trasladada al ámbito jurídico, a saber, que las normas válidas son derrotadas, e intento precisar cuál es el fenómeno que pretende capturarse con la representación lógica de normas que no validan el refuerzo del antecedente (Sección 3). Por último, analizo el modo en que Redondo traslada la discusión al ámbito jurídico (Sección 4). Aquí me centro en tres cuestiones. Primero, analizo la tesis de Redondo según la cual la discusión en el ámbito moral es relevante para el derecho porque está relacionada a dos modelos incompatibles de razonamiento práctico y argumento que debe rechazarse porque, contra lo que sugiere Redondo, ni el universalismo está comprometido con un modelo deductivo, ni el particularismo con uno no deductivo (Sección 4.1). Segundo, distingo diversas formas que podría adoptar el particularismo jurídico y argumento que, por diversas razones, ninguna satisface la condición de ser plausible y estar vinculada con la discusión en filosofía moral (Sección 4.2). Finalmente, examino la tesis de Redondo según la cual la elección entre particularismo y universalismo depende de las ventajas y desventajas prácticas de adoptar uno u otro modelo de decisión y la crítica de Celano a esta tesis. En este sentido, argumento que la crítica de Celano está basada en una serie de inferencias ilegítimas, pero que, igualmente, la tesis de Redondo debe rechazarse porque no se toma en serio la posibilidad de que existan argumentos basados en la naturaleza del derecho y/o de la moral y confunde entre razones para la acción y modelos de decisión (Sección 4.3).

II. Universalismo(s) y particularismo(s) en filosofía moral.

Redondo sostiene que universalistas y particularistas morales acuerdan en que una razón para la acción es un factor a favor o en contra de realizar una acción y en que existen razones para la acción. La discusión se refiere, en cambio, al *alcance y fuente* de las razones. Así:

Universalismo en cuanto al alcance de las razones (UA): Las razones para la acción son uniforme e invariablemente relevantes. Las propiedades de las acciones que cuentan a favor (o en contra)

de realizarlas son factores que cuentan a favor (o en contra) de realizar *todas* las acciones que tienen la respectiva propiedad.

Particularismo en cuanto al alcance de las razones (PA): Las razones para la acción no son ni uniforme ni invariablemente relevantes. Las propiedades de las acciones que cuentan a favor o en contra de realizarlas *no* son factores que cuenten a favor o en contra de realizar *todas* las acciones que tienen la respectiva propiedad (las razones no son invariablemente relevantes). Hay propiedades que cuentan a favor de una acción en un caso y en contra de realizarla en otro (las razones no son uniformemente relevantes).

Universalismo en cuanto a la fuente de las razones (UF): Las razones para la acción tienen su fuente en normas lógicamente universales. Esto es: existen normas i) lógicamente universales y ii) válidas. Una norma es *lógicamente universal* si y solo si es un condicional estricto que valida la ley del refuerzo del antecedente (RA) y el *modus ponens* deóntico (MPD). Una norma es *válida* si y solo si constituye una razón para la acción.

Particularismo en cuanto a la fuente de las razones (PF): Las razones para la acción no tienen su fuente en normas lógicamente universales, esto es, no hay normas lógicamente universales y válidas. Esta tesis admite dos variantes:

- i. Las normas son lógicamente universales pero las razones para la acción no tienen su fuente en ellas.
- ii. Las razones tienen su fuente en normas, pero estas no son lógicamente universales. Así, es posible que la norma sea válida, el antecedente sea verdadero y, sin embargo, no se obtenga la consecuencia deóntica, en cuyo caso no existe razón para actuar como requiere la norma.

Redondo sostiene, además, que PA y PF son equivalentes (y que, por ende, UA y UF, que serían sus respectivas negaciones, también son equivalentes):

Tesis de Equivalencia:

PA « PF

UF « UA

En las secciones que siguen, argumentaré que la reconstrucción de Redondo del debate entre universalistas y particularistas es insatisfactoria. En particular, sostendré que la Tesis de Equivalencia es falsa e intentaré mostrar que lo que lleva a Redondo a afirmarla es un uso ambiguo de la expresión ‘norma’, lo que genera ulteriores confusiones cuando se intenta trasladar la discusión al ámbito jurídico.

II. 1. Normas y relaciones nomológicas

Debe distinguirse entre normas y proposiciones que describen relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales. Estas proposiciones son normativas en el sentido de que se refieren a razones para la acción. Pero ellas mismas no son ni constituyen razones para la acción, sino que simplemente describen la existencia de una relación independiente entre hechos y razones. Las relaciones entre hechos y razones que describen son, además, legaliformes o nomológicas. Así, son ‘leyes’ o ‘normas’, pero solo en el sentido en que las proposiciones que describen leyes naturales lo son. Las normas, en cambio, son o constituyen razones para la acción. No describen relaciones nomológicas entre hechos y razones, sino que, en caso de ser válidas, hacen que sea el caso que existan ciertas razones para la acción que no existirían de otro modo (*i.e.*, que no existirían si la norma en cuestión no fuese válida).

Esta distinción, aunque en otros términos, es introducida por Caracciolo. La objeción de Caracciolo es que el concepto de ‘norma derrotable’ que Redondo adscribe al particularismo [ver PF, (ii)] no es normativo sino meramente descriptivo: “semejantes generalizaciones [que registran la relevancia probable de una circunstancia] solo pueden resultar de *descripciones* de esa relevancia y, por lo tanto, [...] no hay manera de concebirlas como normas”⁷.

⁷ Caracciolo, R.A., *op. cit.*, *Discusiones*, 5, 2005, pág. 93.

La objeción de Caracciolo confunde, creo, dos cosas: i) el carácter derrotable de la generalización (¿vale sin excepciones? ¿admite el refuerzo del antecedente?) y ii) el carácter descriptivo o normativo de la generalización (¿describe una correlación independiente entre hechos y razones o constituye una razón para la acción?). Quizás el punto de Caracciolo sea que si la generalización es normativa no puede tener excepciones pero no justifica esta tesis (más adelante considero en qué sentidos se puede decir que las *normas* son derrotables). Redondo, empero, simplemente concede que para el particularismo las generalizaciones deónticas “son genuinamente derrotables y no tienen una función normativa [...]: no guían la acción, no constituyen razones, no determinan el status normativo de una acción”⁸. Esta respuesta, al igual que la objeción, confunde las dos cuestiones que distinguí, a saber, si las ‘normas’ tienen una función normativa o descriptiva y si son o no derrotables. Ello abre dos posibles interpretaciones de la discusión entre universalismo y particularismo en cuanto a las fuentes. De acuerdo a mi reconstrucción inicial, el universalismo afirma y el particularismo niega que existan *normas* válidas lógicamente universales. La discusión es aquí acerca de si hay o no normas válidas que no sean derrotables (que admiten RA). Pero la respuesta de Redondo sugiere otra posibilidad, a saber, que el universalismo afirma y el particularismo niega que existan *relaciones nomológicas* entre hechos naturales y razones morales. La discusión es aquí acerca de si hay o no generalizaciones descriptivas entre hechos y razones que valgan sin excepciones (esto es, que admitan RA y MP).

Debe señalarse que, en cualquier caso, la discusión no se refiere *meramente* a la existencia de relaciones nomológicas entre hechos y razones. Tanto particularistas como universalistas acuerdan en que las propiedades morales supervienen sobre propiedades naturales, de modo que:

Superviniencia: Necesariamente, si dos casos son iguales en sus propiedades naturales entonces son iguales en sus propiedades morales.

⁸ Redondo, C., “Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso”, *Discusiones*, 5, 2005, pág. 140.

El hecho de que las propiedades morales supervengan sobre las propiedades naturales garantiza la verdad de proposiciones del tipo ‘Necesariamente, si se obtienen estos hechos naturales, entonces, se obtienen estos hechos morales’. La discusión no es, entonces, si existen relaciones nomológicas así entendidas. La cuestión es, en todo caso, si existen relaciones nomológicas tales que satisfagan ciertas restricciones. Diré que una relación nomológica que satisface las respectivas restricciones es un *principio moral* (aunque no debe olvidarse que los principios así entendidos no son normas). Un problema de la discusión es que no siempre está claro cuáles son estas restricciones ni cuál es su motivación. Algunas de las que suelen invocarse son las siguientes:

1. *Patrón*: Una relación nomológica es un principio moral solo si expresa un patrón, esto es, solo si los hechos del antecedente tienen alguna propiedad natural en común aunque se trata de una disyunción altamente compleja de otras propiedades naturales.

2. *Explicación*: Una relación nomológica es un principio moral solo si explica por qué, dados los hechos naturales del antecedente, se obtiene el hecho moral del consecuente.

3. *Cognoscibilidad*: Una relación nomológica es un principio moral solo si es susceptible de ser conocida por agentes morales como nosotros.

4. *Rol Práctico*: Una relación nomológica es un principio moral solo si es una guía para la acción en casos futuros.

En las secciones que siguen, mostraré que la falta de una distinción adecuada entre las dos interpretaciones referidas lleva a Redondo a incurrir en varios errores, entre ellos, la Tesis de Equivalencia. Por ahora, conviene destacar el siguiente. Redondo observa que el término ‘razón’ se utiliza ambiguamente para hacer referencia tanto a las propiedades previstas en el antecedente de una norma válida como a la norma misma y que, para evitar confusiones, ella solo lo utilizará para referirse a las primeras. Sin embargo, la palabra ‘razón’ no se usa aquí en dos sentidos distintos. En ambos casos, por ‘razón’ se entiende un factor

que cuenta a favor o en contra de la realización de una acción. La ambigüedad está, por el contrario, en el uso del término 'norma'. Si por 'norma' se entiende proposiciones que describen una relación nomológica entre hechos y razones entonces no son las 'normas' sino, en todo caso, las propiedades previstas en sus antecedentes las que constituyen una razón para la acción. Si, en cambio, por 'norma' se hace referencia a normas en sentido estricto entonces son las normas mismas y no las propiedades previstas en su antecedente las que constituyen una razón para la acción. Por supuesto, si la norma es válida entonces las propiedades previstas en el antecedente son prácticamente relevantes en el sentido de que su presencia o ausencia puede afectar lo que tenemos razones para hacer. Pero no es necesario que ninguna de ellas sea un factor que, por sí mismo, cuente a favor o en contra de realizar la acción prevista en el consecuente. Las propiedades del antecedente son simplemente condiciones que determinan la aplicabilidad de la norma, esto es, *enablers* para que el hecho de que una acción sea una instancia de la acción tipo que es obligatoria según la norma condicional sea una razón para realizarla. Correspondientemente, deben distinguirse dos sentidos en el que podría decirse que 'las razones tienen su fuente en normas'. Las razones tienen su fuente en normas válidas (derrotables o no) en el sentido de que, dado que la norma es una razón para la acción, las propiedades del antecedente son prácticamente relevantes. Las razones tienen su fuente en relaciones nomológicas (o en generalizaciones derrotables) en el sentido de que para que una propiedad P sea una razón para la acción debe existir una relación nomológica (o alguna relación derrotable) entre hechos y razones de la que P sea el antecedente.

II. 2. Sobre la Tesis de Equivalencia

Ahora bien, una vez que distinguimos las dos posibles interpretaciones de UF y PF, es fácil advertir que la Tesis de Equivalencia es falsa.

Por un lado, si interpretamos que PF sostiene la inexistencia de *relaciones nomológicas* entre hechos naturales y razones morales, entonces PA no es suficiente para PF. Considérese, en este sentido, un típico ejemplo particularista. En muchos casos, el hecho de que una acción

causará dolor a un ser humano es una razón para no realizarla. No obstante, en otros casos, por ejemplo, si ese ser humano cometió un delito, el hecho de que castigarlo le causará dolor no es una razón para no castigarlo sino, por el contrario, una razón para sí hacerlo. Por supuesto, alguien podría alegar que el hecho de que castigarlo le causará sufrimiento sigue siendo una razón para no hacerlo aunque, todas las cosas consideradas, deba castigárselo o que no es cierto que en otros contextos el hecho de que una acción causará sufrimiento a un ser humano es una razón para no hacerla (es el hecho de que causará sufrimiento a un ser humano *inocente* lo que constituye una razón). Pero, si uno acepta la descripción que el particularista realiza de la situación, ello es suficiente para establecer que PA es verdadera. Hay una propiedad (causar sufrimiento a un ser humano) tal que su posesión por una acción es una razón para realizarla en un contexto y una razón en contra de realizarla en otro contexto. El ejemplo no es suficiente, empero, para establecer que *ninguna* propiedad es una razón invariable y uniforme. Pero supongamos que para toda propiedad que constituye una razón para la acción en un caso existen otros en los que no constituye una razón y otros tantos en los que constituye una razón para lo contrario. El problema es que incluso esto no es suficiente para establecer que no existan relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales. Las siguientes proposiciones son compatibles con la situación normativa tal como es descrita en el ejemplo:

- (1) Necesariamente, si una persona es inocente y una acción le causará sufrimiento, entonces es obligatorio no realizar esa acción.
- (2) Necesariamente, si una persona es culpable de haber cometido un delito y una acción le causará sufrimiento, entonces es obligatorio no realizar esa acción.

(1) no implica que el hecho de que una persona sea inocente sea una razón o parte de una razón para no causarle sufrimiento. Se trata, meramente, de una condición contribuyente para que exista una razón para no causarle sufrimiento. Análogamente, (2) no implica que

el hecho de que sea culpable sea una razón para causarle sufrimiento, sino que es una condición contribuyente para que exista esa razón. Por lo tanto, aun cuando no existan razones uniformes e invariables, ello no es suficiente para establecer que no existen relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales.

Redondo ignora este punto porque asume que todas las propiedades previstas en el antecedente de una 'norma válida' (aquí relación nomológica o principio moral) son razones para la acción⁹. Pero esto es un error. Por supuesto, si las relaciones nomológicas han de servir un rol explicatorio, deben satisfacer algunas restricciones. Primero, no deben incluir en su antecedente propiedades que no sean prácticamente relevantes en el sentido de que su presencia o ausencia pueda afectar lo que tenemos razones para hacer. Segundo, una de esas propiedades debe ser una razón para la acción, esto es, un factor que cuente a favor o en contra de las acciones a las que se refiere el consecuente. Sin embargo, no todas las propiedades que son prácticamente relevantes en el primer sentido son razones en el segundo sentido. Esta distinción entre razones para la acción y otros rasgos o propiedades prácticamente relevantes, como *defeaters*, *enablers*, *reversers*, etc., es central en la argumentación de los particularistas y no debe ser ignorada. Una vez que se admite esta distinción es evidente que el particularismo en cuanto al alcance no implica la inexistencia de relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales¹⁰.

Por otro lado, si interpretamos que PF sostiene la inexistencia de *normas válidas lógicamente universales*, entonces PF no es suficiente para PA. La razón es que es posible que existan razones uniformes e invariables cuya existencia es independiente de la existencia de normas válidas. Por supuesto, si existen razones uniformes e invariables, habrá proposiciones verdaderas que describen la correspondiente relación

⁹ Redondo, C., "Razones y normas", *op. cit.*, 2005, pp. 34-35.

¹⁰ Por esta razón, entre otras, Dancy sostiene que el holismo en la teoría de las razones no implica al particularismo. Sin embargo, el holismo y el particularismo como los entiende Dancy difieren de PA y PF respectivamente, entre otras cosas, porque son tesis modales. Ver: Dancy, J., *Ethics Without Principles*, OUP, 2004, pág. 7.

nomológica entre hechos y razones. Pero la verdad de tales proposiciones y la existencia de normas válidas lógicamente universales son dos cuestiones distintas.

En resumen, bajo la rúbrica de ‘universalismo vs. particularismo’ Redondo engloba toda una serie de discusiones diferentes respecto a las razones morales y a su relación con hechos naturales, por un lado, y con normas morales, por el otro. En este sentido, de acuerdo a lo sostenido aquí, deben distinguirse las siguientes tesis:

1. Si la propiedad P es una razón para la acción (a favor o en contra) en un caso, entonces es una razón para la acción (a favor o en contra) en todos los casos [las razones son invariablemente relevantes].
2. Si la propiedad P es una razón a favor de una acción en un caso, entonces no puede ser una razón en contra de realizarla en otros casos [las razones son uniformemente relevantes].
3. Existen relaciones nomológicas entre hechos naturales y hechos morales.
4. Existen relaciones nomológicas entre hechos naturales y hechos morales tales que satisfacen ciertas restricciones (principios morales).
5. Existen principios morales que correlacionan hechos naturales y hechos morales pero son derrotables (no admiten RA).
6. Existen normas morales válidas e inderrotables (admiten RA).
7. Existen normas morales válidas pero son derrotables (no admiten RA).

Para que la discusión entre universalistas y particularistas sirva para iluminar el rol de las normas jurídicas en el razonamiento práctico debe, en primer lugar, clarificarse cuál o cuáles de estas tesis son las distintivas del universalismo y las que los particularistas niegan. Al

trasladar la discusión al dominio jurídico sin ser precisa a este respecto, Redondo confunde más de lo que ilumina.

III. Derrotabilidad ¿para qué?

Entre las diversas tesis que distinguí en la sección anterior, la tesis de que las normas válidas son derrotables (no admiten RA) parece la mejor candidata para caracterizar al particularismo en el ámbito jurídico. Redondo afirma, en efecto, que sostener que las normas jurídicas son derrotables es suficiente, aunque no necesario, para ser particularista jurídico¹¹. No está claro, empero, el sentido en que una *norma*, a diferencia de una correlación entre hechos y razones, puede ser derrotable: ¿cómo es posible que las normas *determinen* la relevancia práctica de las propiedades del antecedente y, a la vez, que su instanciación en un caso no sea suficiente para la obtención del consecuente? A efectos de comprender el particularismo jurídico, debe, entonces, clarificarse cuál es el fenómeno que pretende capturarse con la representación lógica de normas que no validan el refuerzo del antecedente.

III. 1. Razones *pro tanto*

La primera posibilidad es que el propósito sea representar normas que constituyen razones *pro tanto*. La satisfacción del antecedente es suficiente para que exista una razón. Pero es una razón que puede ser derrotada por otras, por lo que es posible que, todas las cosas consideradas, no debamos actuar como requiere la norma.

Caracciolo argumenta que este es *el* fenómeno que intenta representarse mediante el recurso formal de condicionales que no satisfacen RA y que, por lo tanto, debe rechazarse la propuesta de Redondo de distinguir dos tipos de derrotabilidad, a saber, derrotabilidad lógica

¹¹ La razón por la que no es necesario es que, a juicio de Redondo, también es particularista jurídico quien hace depender la identidad de una norma de su interpretación en un caso concreto. Redondo, C., *op. cit.*, pág. 54.

(normas que no validan RA) y derrotabilidad sustantiva (normas que son razones *pro tanto*)¹².

La respuesta de Redondo procede en dos pasos. En primer lugar, aclara que ella no distingue entre dos *tipos* de normas derrotables. Las normas derrotables son aquellas que no admiten RA, sea que expresen un deber *pro tanto* o absoluto. Esto supone, empero, que la no validación de RA no se utiliza aquí para representar normas que constituyen razones *pro tanto*. Así, en segundo lugar, argumenta que, mientras que ese es *uno* de los fenómenos que puede representarse en estos términos, no es el único y que, ciertamente, no es el adecuado para distinguir entre universalismo y particularismo. En este sentido, si ese fuera el fenómeno que se representa lógicamente apelando al uso de condicionales que no satisfacen RA, entonces, tanto el antecedente de las normas inderrotables como el de las derrotables expresarían razones invariables y uniformes (solo que absolutas en un caso y superables en el otro). En este orden de ideas, Redondo rechaza el presupuesto subyacente a esta primera propuesta, a saber, que la obligación de dar (establecida en el consecuente de las normas) implica que deben darse todas las cosas consideradas¹³. Es este presupuesto el que explica la necesidad de bloquear la inferencia de la obligación del consecuente cuando ello no es lo que debemos hacer todas las cosas consideradas. El rechazo de este presupuesto es, creo, correcto. En efecto, hay cosas que debemos hacer todas las cosas consideradas y que no tenemos la obligación de hacer y obligaciones que está justificado incumplir. Si concluimos que la obligación establecida en el consecuente de las normas es una razón *pro tanto*, entonces no hay aquí motivo alguno para rechazar el refuerzo del antecedente.

III. 2. Excepciones implícitas

La segunda posibilidad es que el propósito sea representar el carácter incompleto del antecedente de la norma. La satisfacción del antece-

¹² Caracciolo, R.A., *op. cit.*, pág. 98.

¹³ Redondo, C., *op. cit.*, pág. 42.

dente no garantiza la existencia de una razón *pro tanto* porque la norma tiene *excepciones implícitas*, esto es, condiciones de hecho tales que i) su presencia impide inferir la obligación del consecuente pero que ii) no están explicitadas en el antecedente, aunque iii) podrían haber sido explicitadas de haberse contado con recursos suficientes (tiempo, capacidades cognitivas, etc.). Esta idea de derrotabilidad solo es aplicable a las *formulaciones de las normas*. El punto es que el antecedente explícitamente formulado es un subconjunto del antecedente completo, esto es, de aquel cuya satisfacción garantiza la obtención del deber.

El aparato lógico de Alchourrón representa adecuadamente esta idea de derrotabilidad¹⁴. Las normas inderrotables son condicionales estrictos que validan RA y MPD (el símbolo P representa los condicionales estrictos). Las normas derrotables, por su parte, no validan ni RA ni MPD (el símbolo $>$ representa los condicionales derrotables). Sin embargo, las normas derrotables *se definen* en términos de normas inderrotables del siguiente modo:

$$(\text{Def. } >) (A > OB) =_{\text{def}} (fA \Rightarrow OB)$$

donde f es un operador de revisión tal que fA equivale a la conjunción de A y todos los presupuestos de A implícitos en el contexto lingüístico de uso y que convierten al condicional derrotable en uno inderrotable:

$$fA = \cap \{A, A_1, A_2, \dots, A_n\}$$

Moreso argumenta que, en esta reconstrucción, no hay espacio para la distinción entre universalismo y particularismo¹⁵. En efecto, el compromiso del particularista con normas válidas derrotables *implica-*

¹⁴ El propio Alchourrón lo diseñó, empero, para representar la distinción entre razones *pro tanto* y absolutas. *Ibid.*, p. *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, 129-139, 2010. Sin embargo, no es adecuado para ese fin. El problema fundamental es que implica reducir las razones *pro tanto* a condiciones contribuyentes de razones absolutas.

¹⁵ Moreso, J.J., “Cristina Redondo sobre razones y normas”, *Discusiones*, 5, 2005, pág. 72.

ría un compromiso con la existencia de normas válidas inderrotables. En el mismo sentido, Redondo sostiene que las normas derrotables con las que está comprometido el particularista no pueden ser transformadas en normas inderrotables. Por el contrario, los antecedentes de las normas derrotables en el sentido distintivo del particularismo están “solo contingentemente relacionados con sus consecuentes’ por lo que ‘no es posible ‘completarlos’ de modo que la relación devenga [...] necesariamente verdadera”¹⁶.

Rodríguez argumenta que, contrario a lo que sostienen Moreso y Redondo, el aparato formal de Alchourrón sí es adecuado para representar la discusión entre universalistas y particularistas¹⁷. En este sentido, sostiene que lo que caracterizaría al particularismo es la tesis de que la función de revisión f es siempre indeterminada de modo que nunca es posible identificar los presupuestos de una norma condicional derrotable. Esta propuesta debe, creo, rechazarse. Una función correlaciona a cada elemento del dominio (el antecedente de cada norma derrotable) con un único elemento del codominio (el conjunto de los presupuestos implícitos del antecedente). Entiendo que la idea de Rodríguez es que la función f es indeterminada si y solo existe al menos una propiedad/proposición X tal que ignoramos si forma o no parte del antecedente expandido. Así, para el antecedente de toda norma derrotable existirían por lo menos dos funciones de revisión posibles:

$$f_1(A) = \zeta\{A, A_1, A_2, \dots, A_n, X\}$$

$$f_2(A) = \zeta\{A, A_1, A_2, \dots, A_n\}$$

sin que existan razones concluyentes para creer que f_1 o f_2 es la correcta. Esto implicaría, empero, interpretar que el particularismo es una tesis *epistémica* según la cual no existen normas inderrotables cuyos antecedentes podamos conocer completamente. Redondo sostiene, empero, que la discusión entre universalismo y particularismo

¹⁶ Redondo, C., *op. cit.*, pág. 172

¹⁷ Rodríguez, J.L., “Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos”, *Discusiones*, 5, 2005, págs. 23-25.

es *metafísica*, no epistémica. Por lo tanto, la propuesta de Rodríguez no es adecuada para reconstruir la discusión que interesa a Redondo.

III. 3. Excepciones no explicitables

La clave para Redondo es la existencia de excepciones no solo no explicitadas sino, en algún sentido, *no explicitables*. La imposibilidad de explicitación cancela la posibilidad de entender a las normas derrotadas simplemente como normas inderrotadas incompletamente formuladas: no hay forma de expandir la norma de modo que sea inderrotada. Redondo recurre aquí a Brandom, quien argumenta que las cláusulas *ceteris paribus*, más que asegurar la validez del refuerzo del antecedente, son “una marca explícita de la no-monotonicidad de la inferencia”. La razón es que:

su contenido no puede explicitarse en una serie de premisas adicionales. No son una abreviación de algo que *podríamos decir* si nos tomásemos el trabajo o el tiempo necesarios. El problema no es solo que necesitaríamos una lista *infinita* de las condiciones excluidas –aunque esto es verdad. El problema es que la pertenencia a dicha lista sería *indefinida*: no sabemos cómo especificar de antemano qué pertenece a la lista¹⁸.

Una forma de entender este pasaje es la siguiente. El problema no es que las excepciones son infinitas sino que no existe un *criterio finito para identificarlas*. Considérese:

1. $A \rightarrow Z$ [N1]
2. $A \wedge B \rightarrow \neg Z$ [excepción a N1]
3. $A \wedge \neg B \rightarrow Z$ [N2]
4. $A \wedge \neg B \wedge C \rightarrow \neg Z$ [excepción a N2]
5. $A \wedge \neg B \wedge \neg C \rightarrow Z$ [N3]
6. $A \wedge \neg B \wedge \neg C \wedge D \wedge Z$ [excepción a N3]

¹⁸ Brandom, R., *Articulating Reasons*, HUP, 2001, pág. 88.

La idea es que para toda formulación finita de la norma, existe una propiedad X que no está explicitada en el antecedente y que constituye una excepción. Pero ¿por qué implica esto la imposibilidad de entender las normas derrotables en términos de normas inderrotables incompletamente formuladas? No podríamos, por supuesto, expresar todas las excepciones. Pero, al mismo tiempo, no hay excepción que no podamos expresar. Para toda propiedad podemos decir si es o no es una excepción. Si lo es, la incluimos en la lista. Si no lo es, no la incluimos. Repitiendo el proceso indefinidamente, elaboraríamos eventualmente una lista de las infinitas excepciones. Por supuesto, no podemos continuar el proceso indefinidamente. Pero nada, salvo la falta de tiempo y recursos, impide la traducción de normas derrotables en normas inderrotables. La derrotabilidad sigue siendo un aspecto de las formulaciones de las normas más que de las normas mismas. La única diferencia es que, dado que la norma tiene infinitas excepciones, es un rasgo *necesario* de todas sus formulaciones finitas.

Brandom apunta, empero, a un problema más profundo. Considérese:

1. $A \rightarrow Z$ [N1]
2. $A \wedge B \rightarrow \neg Z$ [excepción]
3. $A \wedge \neg B \rightarrow Z$ [N2]
4. $A \wedge B \wedge C \rightarrow Z$ [excepción a la excepción]
5. $A \wedge (\neg B \wedge C) \rightarrow Z$ [N3]
6. $A \wedge B \wedge C \wedge D \rightarrow \neg Z$ [excepción a la excepción de la excepción]

La idea aquí es que para toda propiedad B que constituya una excepción a una norma N existe otra propiedad C tal que la conjunción BÚC no es una excepción a N y que para toda propiedad D que no es una excepción a N existe otra propiedad E tal la conjunción DÚE sí es una excepción. Por lo tanto, no existe un conjunto finito de propiedades tales que su concurrencia sea suficiente para afirmar que la norma no es aplicable. No es cierto, como había asumido, que toda propiedad es o no es una excepción. Las excepciones son, en este sentido, *indefinibles*: ni una sola (mucho menos todas) puede identificarse en términos de un conjunto finito de propiedades. Si intentáramos

identificar todas las excepciones, una por una, en términos de sus propiedades generales, no pasaríamos de la primera.

El problema es que esta concepción de derrotabilidad, aunque aplicable a las generalizaciones descriptivas, no puede extenderse a las normas en sentido estricto. Las normas deben ser en principio expresables en el lenguaje natural. Una norma que no puede ser formulada no puede guiar la acción. Esto no implica que deban ser, de hecho, formuladas, ni siquiera —quizás— que su antecedente deba ser finito. Pero, aunque no podamos expresar todas las excepciones, estas deben ser susceptibles de ser identificadas en términos de un conjunto finito de propiedades generales. Esto no es un argumento contra el particularismo sino contra la idea de que el particularismo pueda ser reconstruido en términos de la ‘inestabilidad’ o ‘indefinibilidad’ del *contenido* de las *normas* válidas que supuestamente acepta.

III. 4. Normas variablemente válidas

Una última posibilidad es que la idea que se pretende capturar sea, no la ‘inestabilidad’ del contenido de normas invariablemente válidas, sino la variabilidad de la validez de las normas. Supongamos que somos utilitaristas de reglas y consideramos una norma según la cual si alguien produce un bien y no tenemos su consentimiento para usarlo entonces debemos abstenernos de hacerlo. Asumamos que, normalmente, si todos seguimos esta norma, ello maximiza la utilidad. Nada obsta, empero, a que haya situaciones en que ese no es el caso, por ejemplo, si todos estamos dispuestos a producir tanto y tan bueno como podamos sin ningún tipo de incentivo más que el placer de producir. Llamemos a este escenario *Laboriosos*. En *Laboriosos*, asumimos, la norma no es válida. Por lo tanto, la norma es válida en ciertas circunstancias pero no en todas. En las situaciones en las que no es válida, la satisfacción de su antecedente no es suficiente para que exista una razón para la acción.

Podría objetarse que esto implica que todas las normas variablemente válidas son traducibles a normas invariablemente válidas. Si la norma inicial es variablemente válida, entonces la norma que incluye

la negación de *Laboriosos* en su antecedente varía menos. Y si incluyéramos en el antecedente todas las situaciones que, como *Laboriosos*, afectan la validez de la norma inicial, obtendríamos una norma invariablemente inválida. Pero este no es el caso. Puede ser cierto que, dadas las circunstancias actuales, si todos seguimos la norma inicial ello maximice la utilidad y que, sin embargo, no sea cierto que si todos seguimos la norma con todas las excepciones ello también maximice la utilidad. Por ejemplo, puede que la gente sea terriblemente mala para determinar la existencia de una excepción como *Laboriosos* y que, siguiendo sus inclinaciones personales, crean constantemente que es el caso que *Laboriosos* aunque, de hecho, no concurra esa excepción.

IV. Universalismo, Particularismo y Derecho

Corresponde, ahora, examinar cuál es la relevancia de la discusión entre universalistas y particularistas para la teoría del derecho. Redondo sostiene dos cosas al respecto. Por un lado, argumenta que en la medida en que constituye “una discusión metafísica acerca de la existencia de relaciones nomológicas, o de sobreviniencia, entre ciertas propiedades naturales y ciertas propiedades morales” no se la puede trasladar legítimamente al ámbito jurídico. Por otro lado, argumenta que “en la medida en que la discusión está relacionada con dos concepciones posibles de las normas y del razonamiento práctico, i.e. dos modelos incompatibles de toma de decisión, [...] es perfectamente admisible intentar trasladar la cuestión al terreno jurídico”¹⁹. Estas afirmaciones revelan, nuevamente, una confusión entre normas y relaciones nomológicas. Pero, dejando ello a un lado, corresponde preguntarnos en qué sentido universalismo y particularismo están relacionados con dos modelos incompatibles de razonamiento práctico pues ese es, según Redondo, el punto clave para entender la relevancia de la discusión para la teoría jurídica.

IV. 1. Universalismo, Particularismo y Razonamiento Práctico

Redondo sostiene que el universalismo está comprometido con un modelo deductivo de razonamiento práctico y el particularismo con uno no deductivo. La única salvedad es que el universalismo es compatible con la existencia de conflictos de normas no resueltos por normas superiores y que, en dichos casos, la cuestión de qué debe hacerse todas las cosas consideradas dependerá de un ‘balance de razones’.

Argumentaré que tanto la asociación del universalismo con un modelo deductivo como del particularismo con uno no deductivo son engañosas.

Primero, consideremos el particularismo en cuanto al alcance de las razones. La versión extrema de esta tesis es que *ninguna* razón es ni uniforme ni invariablemente relevante (PAE). Esta tesis es compatible con un ‘modelo deductivo de razonamiento práctico’. En efecto, PAE es compatible con la existencia de principios morales (proposiciones que describen relaciones nomológicas entre hechos naturales y hechos morales capaces de guiar la acción) y la ‘aplicación’ de estos a casos particulares responde a un ‘modelo deductivo’. Por supuesto, el sentido en que los principios morales ‘guían la acción’ es distinto al sentido en que las normas guían la acción. Un principio moral guía la acción porque si es verdadero entonces la verdad del antecedente es una razón concluyente *para creer* que existe la razón para actuar expresada en el consecuente. Las normas guían la acción porque si es válida entonces si el antecedente es verdadero existe una *razón para actuar* como prescribe el consecuente que no existiría de no ser por la validez de la norma. Pero, en ambos casos, el razonamiento es deductivo.

Consideremos, ahora, una posición particularista que no solo niega la existencia de razones uniforme e invariablemente relevantes sino también la de principios morales. Ello es compatible con la existencia de normas variablemente válidas. Y la aplicación de normas variablemente válidas responde, nuevamente, a un modelo deductivo. Por supuesto, la cuestión de si la norma es o no válida en estas circunstancias no es una pregunta que pueda responderse ‘deductivamente’ porque, por hipótesis, no existe un principio moral que determine condi-

ciones suficientes para que la norma sea válida. Pero, si uno reconoce la validez de una norma, entonces su aplicación a un caso particular es una instancia de razonamiento deductivo.

El particularismo, entonces, solo está comprometido con una forma no deductiva de razonamiento práctico si niega la existencia de razones uniforme e invariablemente relevantes, de principios morales y de normas válidas. Pero esta es una versión particularmente extrema de particularismo. Supóngase que prometo a mi hija llevarla al cine todos los domingos de lluvia durante el próximo mes. Por supuesto, hay una serie de circunstancias en que mi promesa no es válida. Pero, *si es válida*, entonces, su aplicación responde a un modelo deductivo (si es domingo y llueve, debo llevarla al cine). Negar esto implicaría sostener que nunca una norma (ni siquiera una promesa del tipo considerado) es válida.

Consideremos, ahora, al universalismo en cuanto al alcance de las razones. La tesis es que todas las razones son uniforme e invariablemente relevantes. Esto implica la existencia de principios morales. Pero ello no necesariamente supone un compromiso con un modelo deductivo de razonamiento práctico. La existencia de principios morales no implica que sea necesario o recomendable, para actuar moralmente, que guiemos nuestras acciones por principios morales. Lo primero es bastante obvio y, no importa cuán universalista se sea, no es razonable negarlo²⁰. Las personas muchas veces actúan por razones morales sin ser guiadas por principios morales. Alguien se está robando un libro de la biblioteca y le adviertes al bibliotecario. La razón por la que lo haces es que está mal robarse libros de la biblioteca. Pero, supongamos, que esta es una especificación deficiente de la razón para avisarle al bibliotecario y del correspondiente principio moral porque no en todas las circunstancias en las que alguien se está robando un libro existe una razón para avisarle al bibliotecario. La explicitación completa de la razón o del principio moral incluye otras condiciones en su antecedente y tú sabes perfectamente que ello es así. Pero, por

²⁰ Véase: Raz, J., *The Truth in Particularism*, en Hooker, Brad & Margaret Little, *Moral Particularism*, OUP, 48-78, 2000.

supuesto, no es necesario que consideres todas las condiciones que el principio moral verdadero establece en su antecedente para decidir cómo actuar en este caso. No porque las excepciones sean infinitas o indefinibles. Son perfectamente finitas y explicitables pero, simplemente, no hay necesidad de explicitarlas en este caso. Quizás, por ejemplo, tienes dudas acerca de si entre las condiciones adicionales está que la persona no esté robando el libro para venderlo y comprar comida para sus hijos. No es necesario que resuelvas este problema para decidir cómo actuar ahora. Esta persona no lo está haciendo para alimentar a sus hijos y punto. En este caso, entonces, actúas por una razón que solo comprendes deficientemente (una comprensión completa sería tal que conocerías todos los hechos constitutivos de la razón y que están establecidos en el antecedente del principio moral), pero el punto es que no es necesario que conozcas perfectamente las razones por las que actúas. Una comprensión deficiente es, normalmente, suficiente. Y una comprensión deficiente, dado el universalismo en cuanto al alcance de las razones, implica ignorancia respecto a la verdad o falsedad de los principios morales respectivos. Actuar por razones morales, entonces, no requiere que la acción esté guiada por principios morales. Pero el universalismo tampoco implica que sea *recomendable* que los agentes guíen sus acciones en función de principios morales. Quizás, por ejemplo, es sumamente difícil determinar qué principios morales son verdaderos de modo que insistir en que los agentes hagan el esfuerzo de conocer principios morales para aplicarlos a casos particulares lleve a que, finalmente, cometan mayores errores que si intentaran evaluar qué deben hacer caso por caso.

Es cierto que si creo que un principio moral es verdadero, entonces, su aplicación a un caso concreto responderá a un modelo deductivo. Pero debe advertirse lo siguiente. Supongamos que creo que si una acción causa sufrimiento a una persona, entonces existe una razón para no realizar esa acción. Si este principio es verdadero, entonces la verdad del antecedente es una *razón para creer* la verdad del consecuente. Pero supongamos que, en este caso, creo que, aunque el antecedente es verdadero, el consecuente no lo es. Mis creencias son incompatibles de modo que debo abandonar una de ellas. Pero no hay

nada en la naturaleza de los principios morales, tal como estoy usando esa expresión, que requiera que abandone mi creencia sobre este caso en lugar de mi creencia en el principio moral. Ambas posibilidades son perfectamente legítimas.

Consideremos, ahora, el universalismo en cuanto a las fuentes. La tesis es que existen normas válidas y lógicamente universales. Esto implica, efectivamente, que el razonamiento moral es fundamentalmente deductivo. Pero nótese que no supone que se pueda determinar que una norma es invariablemente válida deductivamente. Por lo tanto, al igual que el particularismo que reconoce la existencia de normas variablemente válidas, la aplicación de la norma es un razonamiento deductivo aunque la determinación de si la norma es válida no lo es.

Si la relevancia de la discusión entre universalismo y particularismo para la teoría jurídica deriva del hecho de que están comprometidos con modelos de razonamiento práctico incompatibles, entonces me temo que no es demasiado relevante.

IV. 2. ¿Qué está en discusión?

Redondo caracteriza el universalismo y particularismo jurídicos del siguiente modo:

Universalismo Jurídico: Las normas jurídicas son lógicamente universales y, si válidas, expresan razones uniforme e invariablemente relevantes.

Particularismo Jurídico: Las normas jurídicas no son lógicamente universales o, si lo son, no expresan razones uniforme e invariablemente relevantes.

A diferencia del caso moral, aquí es claro que las normas en cuestión son normas en sentido estricto y no relaciones nomológicas. Por lo tanto, las propiedades previstas en el antecedente de una norma jurídica válida ‘expresan razones para la acción’ solo en el sentido de que su presencia o ausencia afecta lo que tenemos razones para hacer pero no son factores que, por sí mismos, cuenten a favor o en contra de realizar la acción del consecuente. La razón para actuar como re-

quiere la norma es, precisamente, que la norma es una norma válida y que las propiedades previstas en su antecedente son prácticamente relevantes solo en la medida en que determinan su aplicabilidad.

A su vez, las propiedades previstas en el antecedente de una norma válida son ‘uniforme e invariablemente relevantes’ en el sentido de que la presencia en un caso de todas ellas es suficiente para la existencia de una razón para actuar como requiere el consecuente. Sin embargo, no es sencillo precisar en virtud de qué el particularismo negaría esto. Las alternativas son las siguientes:

1. La formulación de la norma que la autoridad realizó al dictarla es una formulación incompleta de la norma jurídica que se obtuvo en virtud del correspondiente ejercicio legislativo porque:
 - i. Hay un conjunto finito de excepciones implícitas (no explicitadas por la autoridad pero que podrían haber sido explicitadas de haber sido consideradas).
 - ii. Hay un conjunto infinito de excepciones implícitas (cualquiera de ellas podría haber sido explicitada por la autoridad aunque, dada su infinitud, no podría haberlas explicitado todas).
2. Las normas jurídicas son derrotables porque hay un conjunto infinito de excepciones que no podrían haber sido explicitadas por la autoridad (las excepciones son *indefinibles* en términos de un conjunto finito de propiedades).
3. Las normas jurídicas son variablemente válidas.
4. (3) y no hay relaciones nomológicas (o principios morales) entre hechos naturales y la validez de las normas jurídicas.

Redondo niega que la discusión se refiera a la revisabilidad de la formulación de las normas (1). (2) es, por su parte, ininteligible. Si las excepciones son parte del contenido de la norma y las normas son susceptibles de ser expresadas ¿cómo puede ser que haya excepciones no susceptibles de ser expresadas? ¿Tiene sentido decir que existen excepciones que no podrían haber sido explicitadas siendo que el contenido

de las normas jurídicas depende, al menos en parte, de su formulación? Las ‘normas jurídicas’ podrían ser derrotables en este sentido solo si fueran entendidas como generalizaciones que “no tienen una función normativa: no guían la acción, no constituyen razones, no determinan el status normativo de una acción”. Pero esto implica, no que las razones jurídicas son variables, sino que no hay razones jurídicas. Y, por las razones que explico más abajo, no corresponde colapsar el particularismo con el escepticismo.

Nos quedan, entonces, (3) y (4). La discusión aquí es si las normas jurídicas son siempre o solo a veces razones para la acción. No conozco a nadie, empero, que sostenga que las normas jurídicas son invariablemente razones para la acción a menos que, por supuesto, sostengan que una norma es jurídicamente válida solo si existen razones para actuar conforme a lo que prescribe en virtud de que así lo prescribe. Mucha gente sostiene esto último pero no creo que sea demasiado informativo calificarlos de ‘universalistas jurídicos’. De hecho, como observa la propia Redondo, si alguien sostiene que el contenido del derecho depende de razones morales y es particularista moral, entonces, en un sentido relevante, es un *particularista* jurídico. Por otro lado, el universalismo jurídico, tal como lo describe Redondo, no está comprometido con que las normas jurídicas sean invariablemente válidas en tanto sostiene que las normas jurídicas, *si válidas*, expresan razones uniformes e invariables. La discusión, entonces, debe referirse a (4). Pero esta es, según Redondo, una discusión metafísica ajena a los confines de la teoría jurídica.

Hay algunos pasajes en los que Redondo sugiere otra alternativa. En este sentido, afirma que en el modelo particularista:

el decisor debe verse a sí mismo, no como aplicador de criterios establecidos en otra sede, u otro tiempo, sino como autoridad competente en el establecer en cada caso cuáles son las razones para decidir en un modo u otro. [...] puede [invocar] normas, pero [...] son siempre derrotables, y su contenido exige revisión a la luz del caso individual²¹.

²¹ Redondo, C., *op.cit.*, págs. 61-62.

Hay dos lecturas posibles de este pasaje. La primera es que, para el particularismo, el juez debe decidir cada caso de acuerdo al balance de razones de primer orden independientemente de lo que establecen las normas jurídicas. Esto explica que la satisfacción del antecedente de las normas jurídicas sea insuficiente para que exista una razón para actuar. La explicación es, simplemente, que:

5. Las normas jurídicas no son razones para la acción, esto es, no son válidas (ni variable ni invariablemente).

Sin embargo, calificar esta tesis de ‘particularista’ sería engañoso. En el ámbito moral, universalistas y particularistas acuerdan en que existen razones morales. El particularismo jurídico no debe ser equiparado con la tesis de que las normas jurídicas no son razones para la acción: el particularismo no es una forma de escepticismo. En este sentido, también debe rechazarse que las teorías realistas de la interpretación jurídica según las cuales la interpretación judicial es infalible estén “necesariamente comprometidas con una teoría particularista”²². Si el derecho es lo que yo decido que sea ¿cómo puede constituir una razón para la acción? Los realistas son escépticos respecto a la normatividad del derecho, no particularistas.

La segunda lectura es que el particularismo sostiene que los jueces tienen autoridad para introducir excepciones no previstas a las normas jurídicas. En este sentido, se reconoce abiertamente “un cambio de norma y de las razones jurídicas por parte del intérprete, teniendo en consideración las características del caso que le toca resolver”²³. Así:

6. Los jueces tienen autoridad para introducir excepciones en las normas jurídicas (fundándose en razones de cierto tipo).

Esta es una discusión interesante aunque habría que realizar algunas clarificaciones a efectos de evitar que dependa de lo que contingentemente establece cada sistema jurídico. Se me ocurren tres variantes:

²² *Ibid.*, pág. 55.

²³ *Ibid.*, pág. 62

6'. 'Los jueces deberían tener la autoridad para introducir excepciones en las normas jurídicas (invocando razones de cierto tipo).

6". "Los jueces deben introducir excepciones en las normas jurídicas (si existen razones de cierto tipo) aunque no tengan la autoridad (jurídica) para hacerlo.

6". "'Los jueces necesariamente (en virtud de la naturaleza del derecho) tienen la autoridad jurídica para introducir excepciones en las normas jurídicas (invocando razones de cierto tipo).

El problema es que el rechazo del refuerzo del antecedente es una pésima herramienta para representar el fenómeno de normas sujetas a cambio por quien debe aplicarlas. Peor aún, esta discusión no tiene ninguna vinculación evidente con la discusión entre universalistas y particularistas en el ámbito moral.

Redondo sugiere una última forma de entender la distinción. En este sentido, afirma que para el particularismo "las consideraciones relevantes para tomar una decisión no deben estar basadas en una exigencia de coherencia con el pasado"²⁴. La idea parece ser que:

7. Es posible que una propiedad sea prácticamente relevante en un caso judicial y no lo sea en otro.

Esta tesis es, sin embargo, o bien trivial o bien absurda. Supongamos que en el primer caso el juez decide que, dado que la transferencia fue a título oneroso y el adquirente es de buena fe (B), no corresponde la restitución del inmueble y en el segundo sostiene que, dado que la transferencia fue a título gratuito, entonces, sea el adquirente de buena o mala fe, el inmueble debe ser restituido. Nadie afirmaría que una de estas decisiones debe estar equivocada porque implican que la buena fe es relevante en un caso (cuando la transferencia es a título oneroso) y no en otro (cuando la transferencia es a título gratuita). Si el particularismo simplemente afirma que esto es posible entonces es trivial.

Hay un sentido de relevancia práctica que no es relativo a un caso. Una propiedad es prácticamente relevante en este sentido si su presencia o ausencia puede afectar lo que tenemos razones para hacer en por lo menos un caso. Pero si usamos esta noción de relevancia práctica entonces (7) es absurda porque, por definición, no tiene sentido decir que una propiedad es relevante en relación a un caso y no a otro.

Debe observarse que la tesis análoga referida a razones para la acción (y no meramente a factores prácticamente relevantes) no es ni trivial ni absurda; se trata, en efecto, de la tesis que caracteriza al holismo. El holismo no es trivial porque niega que el hecho de que una propiedad sea una razón para la acción implique que sea una condición suficiente para que exista una razón para la acción. El problema es que no es posible, sin más, trasladar esta tesis al ámbito jurídico porque nadie cree que las propiedades de los antecedentes de las normas sean razones para la acción y no meramente propiedades prácticamente relevantes. Y no es ninguna novedad afirmar que un hecho puede ser una propiedad prácticamente relevante y no ser una condición suficiente para que exista una razón. Pero quizás el rechazo de la exigencia de coherencia con el pasado sea más fuerte:

7'. 'Es posible que una propiedad P sea prácticamente relevante en un caso judicial y no lo sea en otro aunque no exista ninguna otra propiedad Q tal que su presencia en el primer caso y su ausencia en el segundo explique dicha diferencia.

El problema es que esta tesis es implausible. Dancy sostiene, en este sentido, que “todos acuerdan en que debe haber una diferencia relevante entre dos casos cualesquiera entre los que uno desea realizar juicios [morales] diferentes”²⁵. Sigue siendo un misterio para mí qué sostienen exactamente los particularistas jurídicos.

²⁵ Dancy, J., “Moral Particularism”, en Zalta, Edward N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.

IV. 3. ¿Una cuestión de elección?

La tesis fundamental de Redondo es que, dado que ambos ‘modelos de decisión’ son lógicamente consistentes y empíricamente factibles, la elección entre uno y otro debe realizarse en función de “los valores que cada uno de [ellos] promueve y las ventajas o desventajas que pueden resultar de su implementación”²⁶.

Celano critica esta tesis. Su argumento principal es el siguiente. Es cierto que, con respecto a determinados ámbitos de decisión, es posible adoptar un modelo universalista. Sin embargo, la adopción de un modelo universalista depende, a su vez, de un razonamiento particularista. Ello por dos razones. Primero, el razonamiento particularista es la posición por *default*. En cambio, la adopción de un modelo universalista requiere una justificación que, en última instancia, deberá ser particularista (de lo contrario enfrentaríamos una regresión al infinito). Segundo, como señala Redondo, la elección de uno u otro modelo debe fundarse en razones morales y el razonamiento moral es particularista. El argumento para esta tesis es el siguiente. El modelo universalista implica la existencia de una tesis de relevancia última (i.e., una especificación exhaustiva y accesible de todas las propiedades moralmente relevantes). Sin embargo, la idea de una tesis de relevancia última está ‘mal formada’ porque existe una cantidad infinita y no computable de propiedades potencialmente relevantes. Estas dos razones establecen que la adopción de un modelo universalista en un ámbito determinado depende, en última instancia, de un razonamiento particularista. La consecuencia es que “el recurso a una estrategia de decisión (aparentemente) universalista permanece como provisorio y sujeto, en principio, a la posibilidad de revocación” y, por ende, “no es auténticamente universalista”.²⁷ Por lo tanto, el universalismo no es una opción genuina.

Lamentablemente, Celano utiliza la expresión ‘particularismo’ de un modo impreciso e idiosincrático, lo que dificulta la evaluación de su argumento. Por “razonamiento particularista” Celano entiende un

²⁶ Redondo, C., *op. cit.*, pág. 64.

²⁷ Celano, B., *op. cit.*, pág. 109.

razonamiento no basado en reglas sino en la consideración de las razones a favor y en contra de las acciones disponibles. No está claro, empero, qué entiende por razonamiento basado en reglas. Aparentemente, sería uno en el que se hace lo que la regla prescribe en virtud de que la regla lo prescribe e independientemente de cualesquiera razones en contra de actuar de ese modo. No sorprende que, dada esta concepción del seguimiento de reglas, Celano concluya que ningún ámbito de decisión es ‘auténticamente’ universalista. Pero se trata de una concepción muy peculiar. La postura dominante es que las reglas constituyen una razón para actuar que puede ser derrotada por otras. Así, el seguimiento de reglas y la consideración de razones a favor y en contra de las acciones disponibles no son excluyentes. Celano no niega, empero, que, en un uso no estricto de la expresión, las reglas constituyan razones *pro tanto* (no absolutas) para actuar (por lo menos en los ámbitos en los que está justificado adoptar un “modelo universalista sujeto a revocación”). Su único punto es que siempre es posible que concurren razones de mayor peso que justifiquen incumplir la regla. Realizadas estas aclaraciones, analicemos las dos razones que esgrime Celano.

La primera se basa en una premisa ampliamente compartida, a saber, que las reglas no son razones últimas. La idea es que una regla es válida solo si existen razones independientes de la regla que justifican guiar nuestra conducta en virtud ella. Sin embargo, el hecho de que la validez de una regla dependa de la consideración de razones a favor y en contra de guiar nuestra conducta en base a ella no excluye la posibilidad de que, todas las cosas consideradas, esté justificado seguir la regla ‘ciegamente’ (esto es, cualquiera sea el ‘peso’ de las razones para actuar en contrario en una instancia particular). Esto es así incluso si se admite que el balance de razones que justifica esa conclusión puede cambiar. En este sentido, deben distinguirse dos sentidos en que la ‘estrategia universalista’ puede estar sujeta a revocación:

- i. La regla es válida (constituye una razón para actuar) y, sin embargo, concurren razones en contrario que justifican incumplirla.

- ii. La regla no es válida en todas las circunstancias (ello depende del balance de razones a favor y en contra de la validez de la regla y un cambio en las circunstancias puede implicar un cambio en el balance).

Celano está interesado en probar que todas las reglas están sujetas a la posibilidad (i). Sin embargo, (i) no se sigue de (ii). El balance de razones puede justificar seguir una regla estrictamente [de modo que la regla no está sujeta a la posibilidad (i)] y, a la vez, no ser 'definitivo' [de modo que la regla está sujeta a la posibilidad (ii)].

La segunda razón también debe rechazarse. La premisa de Celano es que el modelo universalista implica la existencia de una tesis de relevancia última. Por 'modelo universalista', Celano parece referirse aquí a la tesis de que existen principios morales (relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones morales, epistémicamente accesibles y capaces de guiar la acción). Pero, entonces, incurre en un doble *non sequitur*. Primero, como observa Redondo²⁸, de la existencia de un conjunto infinito y 'no computable' de propiedades *potencialmente* relevantes no se sigue que las propiedades *actualmente* relevantes no sean finitas, computables y codificables en principios morales. Segundo, del hecho de que no existan principios morales que correlacionen hechos naturales y la validez de las reglas, no se sigue que las reglas válidas estén 'sujetas a revocación' en el sentido (i) indicado más arriba.

Aunque su argumento central deba rechazarse, Celano tiene razón al señalar que del hecho de que ambos 'modelos de decisión' sean consistentes y factibles no se sigue que sea posible *elegir* entre uno y otro. Es posible que, dada la naturaleza de la moral o del derecho, uno de los dos 'modelos' sea necesariamente verdadero. De hecho, la propia Redondo considera un argumento de este tipo según el cual si la identificación del derecho depende de consideraciones morales y las razones morales operan de modo particularista, entonces, las razones jurídicas son particularistas.

Por otro lado, si examinamos las diversas tesis que es posible considerar distintivas del particularismo jurídico (ver Sección 4.2), solo

²⁸ Redondo, C., *op. cit.*, *Discusiones*, 5, 2005, págs. 152-153.

algunas de ellas dependen de consideraciones valorativas, a saber, (3), (5), (6') y (6''). Además, aunque la verdad de (3) y (5) depende de consideraciones valorativas, las consideraciones relevantes no se refieren necesariamente a las ventajas o desventajas de implementar un determinado modelo de decisión. (3) y (5) son tesis acerca de si ciertos hechos son razones para la acción y las circunstancias en que lo son. Pero que un hecho sea una razón para la acción no implica que existan razones para actuar por esa razón²⁹ ni que determinado modelo de decisión sea mejor o más favorable que otro. Me concentraré aquí en el segundo punto. Supongamos que lo único que tenemos razones para hacer es maximizar la utilidad. Ello no significa, sin más, que debemos adoptar un modelo de decisión tal que si una acción maximiza la utilidad entonces debemos realizarla. Puede que el mejor modo de maximizar la utilidad sea adoptando una estrategia indirecta, por ejemplo, siguiendo un determinado conjunto de reglas. Supongamos, en este orden de ideas, que, contra (3), las normas jurídicas son invariablemente válidas, esto es, que constituyen una razón para la acción en todas las circunstancias. Esto no implica que el mejor 'modelo de decisión' sea actuar siempre como, de acuerdo a nuestras creencias, requiere el derecho³⁰. Quizás, por ejemplo, el mejor modelo de decisión para maximizar nuestra conformidad con el derecho sea seguir al pie de la letra las normas explícitamente formuladas por la autoridad aunque, dada la naturaleza del derecho, sea posible que las normas jurídicas tengan excepciones no explicitadas por la autoridad³¹. Conversamente, que las normas jurídicas sean solo variablemente válidas no implica que el mejor modelo de decisión sea actuar conforme a las normas jurídicas si y solo si (creemos que) son válidas. Quizás sea mejor actuar siempre conforme al derecho aunque solo en ciertas circunstancias sea una razón para la acción.

²⁹ Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, OUP, 1999, pág. 180.

³⁰ Para evitar complicaciones omito la aclaración de que no haya razones en contrario de mayor peso.

³¹ Ver: Sunstein, Cass & Adrian Vermeule, "Interpretation and Institutions", U Chicago Law & Economics, Olin Working, 156, 2002

Las tesis (6') y (6'') son, por su parte, las que más directamente dependen de qué modelo de decisión es más valioso. Ambas están aparentemente comprometidas con la tesis de que un modelo de decisión en el que los jueces deciden siempre conforme al derecho tal cual es independientemente de su decisión es menos valioso que uno en el que tienen la capacidad para introducir modificaciones en el derecho al decidir un caso particular y actúan en consecuencia. Pero, aun aquí, debe andarse con cautela. La cuestión de cuál es el mejor modelo de decisión depende de propiedades que son relativas al decisor, por ejemplo, su competencia epistémica para distinguir entre situaciones en que las normas son válidas y situaciones en las que no. Por lo tanto, no hay razones para pensar que exista *un* modelo de decisión que sea mejor para todos. Esto distingue a la pregunta por cuál es mejor modelo de decisión de (6') que se refiere a qué modelo de decisión debe exigirse jurídicamente que *todos* los jueces sigan. En este sentido, es posible que el modelo que es mejor exigir que todos los jueces sigan sea subóptimo para algunos de ellos.

V. Conclusión

La tesis fundamental de Redondo es que la discusión entre universalistas y particularistas en el ámbito moral es relevante para la teoría del derecho y, en particular, para distinguir entre dos concepciones acerca del rol de las normas jurídicas en el razonamiento práctico. Aquí he expresado mis dudas acerca de la relevancia de discusión entre universalismo y particularismo en filosofía moral para la teoría del derecho.

En primer lugar, examiné la caracterización de Redondo del universalismo y el particularismo morales y argumenté que es insatisfactoria. El problema fundamental es que utiliza el término 'norma' ambiguamente para referirse tanto a normas que constituyen razones como a proposiciones que describen relaciones nomológicas entre hechos naturales y razones para la acción, lo que la lleva a englobar bajo un rótulo común discusiones muy distintas entre sí.

En segundo lugar, consideré diversos sentidos en que las normas, a diferencia de las generalizaciones descriptivas, pueden considerarse

derrotables. Advertí, en este sentido, que hay sentidos en los que las generalizaciones descriptivas son derrotables que no son aplicables a las normas y a la inversa, lo que acarrea confusiones en el dominio jurídico si no se está atento a la diferencia entre ambas.

En tercer lugar, argumenté que, contra lo que supone Redondo, el universalismo no está comprometido con un modelo deductivo de razonamiento práctico ni el particularismo con uno no deductivo. Por lo tanto, si la discusión es relevante para la teoría del derecho, no puede serlo por esta razón.

En cuarto lugar, examiné el modo en que Redondo caracteriza el debate entre universalismo y particularismo en el ámbito jurídico. Distinguí diversos modos en que podría entenderse el particularismo jurídico y argumenté que, por distintas razones, ninguno era demasiado atractivo. Mostré, además, cómo ciertas interpretaciones podían parecer atractivas si, como Redondo, no se distingue adecuadamente entre normas y relaciones nomológicas, ni entre razones y otras propiedades prácticamente relevantes

Por último, examiné la tesis de Redondo según la cual la elección entre particularismo y universalismo depende de las ventajas y desventajas de adoptar uno u otro modelo de decisión y la crítica de Celano a esta tesis. Sostuve que el argumento de Celano debe rechazarse porque está basado en una serie de *non sequitur* pero que, de todos modos, la tesis de Redondo debe ser rechazada porque no se toma en serio la posibilidad de que existan argumentos basados en la naturaleza del derecho y/o de la moral y confunde entre razones para la acción y modelos de decisión.

Bibliografía

- Bouvier, H., *Particularismo y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
Brandom, R., *Articulating Reasons*, HUP, 2001.
Caracciolo, R. A., “Una discusión sobre normas derrotables”, *Discusiones*, 5, 2005.
Celano, B., “¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?”, *Discusiones*, 5, 2005.

- Celano, B., "True Exceptions: Defeasibility and Particularism", en J. Ferrer Beltrán & G. Battista Ratti, *The Logic of Legal Requirements*, Oxford University Press, 268-287, 2012.
- Dancy, J., *Ethics Without Principles*, OUP, 2004.
- Dancy, J., "Moral Particularism", en E. N. Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.
- Moreso, J. J., "Cristina Redondo sobre razones y normas", *Discusiones*, 5, 2005.
- Raz, J., *Practical Reason and Norms*, OUP, 1999.
- Raz, J., "The Truth in Particularism", en B. Hooker & M. Little, *Moral Particularism*, OUP, 48-78, 2000.
- Redondo, C., "Razones y normas", *Discusiones*, 5, 2005.
- Redondo, C., "Razones jurídicas. Respuesta a Caracciolo, Celano y Moreso", *Discusiones*, 5, 2005.
- Rodríguez, J. L., "Introducción. Normas y razones: aspectos lógicos y sustantivos", *Discusiones*, 5, 2005.
- Ruiz Manero, J., "Two Particularistic Approaches to the Balancing of Constitutional Principles", *Analisi e Diritto*, 2013.
- Sunstein, C. & A. Vermeule, "Interpretation and Institutions", *U Chicago Law & Economics, Olin Working*, 156, 2002.
- Wright, R., "Dreams and Formulas: The Roles of Particularism and Principlism in the Law", *Hofstra Law Review*, 37 1, 2008.