

Acerca de *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del Derecho*, de María Gabriela Scataglini. Marcial Pons, 2021

Alejandro Guevara Arroyo¹

Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Resumen

En su notable obra *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*, María Gabriela Scataglini busca elucidar la práctica profesional del Derecho como una forma de seguimiento de reglas, con énfasis en el ámbito de la adjudicación judicial. La obra, que se divide en tres partes, se fundamenta en el pensamiento de Wittgenstein, Hart y Brandom, entre otros, y analiza cómo el seguimiento de reglas implica necesariamente un trasfondo normativo que no puede expresarse de manera explícita, el cual está encarnado en las prácticas mismas. El marco conceptual desarrollado por la filósofa ilumina de manera novedosa diversas facetas de la práctica de aplicar el derecho, refinando, por ejemplo, el esquema estándar entre casos fáciles y casos difíciles. En la tercera parte, Scataglini explora el inferencialismo y el expresivismo lógico, proponiendo que la práctica de “dar y pedir razones” en el ámbito judicial puede ser entendida como un proceso dinámico, donde la corrección de las decisiones se basa en compromisos normativos asumidos por los actores involucrados, lo que contribuye a una mejor comprensión de la adjudicación y la práctica jurídica.

PALABRAS CLAVE: normatividad; inferencialismo; preconvenciones; aplicación del derecho.

Abstract

In her remarkable work *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*, María Gabriela Scataglini seeks to elucidate the professional practice of law as a form of rule-following, emphasizing the realm of judicial adjudication. The work, which is divided into three parts, is grounded in the thought of Wittgenstein, Hart, and Brandom, among

1. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Magíster en Filosofía del Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctorando en Derecho, Área de Teoría del Derecho, de la Facultad de Derecho de la UBA. Correo electrónico: alejandro.guevaraarroyo@ucr.ac.cr. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-9553-7049>

others, and analyzes how rule-following necessarily involves an unexpressed normative background that cannot be articulated explicitly, which is embodied in the practices themselves. The conceptual framework developed by the philosopher sheds new light on various facets of the practice of applying the law, refining, for example, the standard scheme between easy and hard cases. In the third part, Scataglini explores inferentialism and logical expressivism, proposing that the practice of “giving and asking for reasons” in the judicial realm can be understood as a dynamic process, where the correctness of decisions is based on normative commitments assumed by the involved actors, contributing to a better understanding of adjudication and legal practice.

KEYWORDS: normativity; inferentialism; preconventions; application of law.

1. Introducción

La práctica profesional del Derecho incluye necesariamente la aplicación de normas jurídicas que guían las acciones de jueces, abogados y litigantes. No hace falta explicar aquí por qué las personas profesionales en Derecho consideran relevantes dichas normas. Lo que interesa es notar que *es un hecho* que es así. Por ejemplo, un juez puede ordenar la restitución de un bien basándose en el Derecho vigente, un litigante apoya sus pretensiones en testimonios clave según las normas procesales, y una abogada utiliza jurisprudencia para definir términos legales cruciales en su caso. Parece difícil poner en duda que las acciones que caen bajo estas descripciones son formas de aplicación de normas jurídicas. De la misma manera, resulta intuitivo decir que la aplicación de normas jurídicas es una especie de seguimiento de dichas normas.

En su notable obra *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*, María Gabriela Scataglini toma esta clase de hechos como objeto de reflexión filosófica. La autora pretende sacar a la luz lo que ya está implícitamente asumido en el ámbito del Derecho (2021, p. 18). Toma como punto de partida el hecho fenoménicamente indudable de ciertas prácticas y acciones y, de ahí, conjetura –de manera filosóficamente refinada– los presupuestos que las guían y determinan. Este enfoque metodológico se conoce en filosofía como *elucidación*.

Scataglini se apoya en el pensamiento del último Wittgenstein, tanto en su metodología como en los conceptos filosóficos que emplea. A través de una interpretación particular de la obra del filósofo austríaco, busca arrojar nueva luz sobre cuestiones tradicionales de la teoría del Derecho, especialmente en lo referente a la adjudicación judicial. Claramente, la obra discurre en un nivel considerable de abstracción y especialización filosófica. A continuación, se sintetizan los puntos centrales de la obra de Scataglini, complementados con algunas breves consideraciones críticas.

2. Primera Parte: Sobre Wittgenstein y el Seguimiento de Reglas

La obra se divide en tres partes. La primera está dedicada a reconstruir puntos clave del

pensamiento de Wittgenstein (Scataglini, 2021, pp. 27-72). Vale la pena rescatar algunos de los asuntos que presenta:

a) La principal obra del periodo tardío de Wittgenstein se titula *Investigaciones Filosóficas*. En ella, el filósofo busca elucidar diversas prácticas lingüísticas, aunque, como señala Scataglini, su objetivo no es desarrollar una teoría del lenguaje o del significado lingüístico.² El análisis de la competencia lingüística muestra lo que está vigente en muchas otras prácticas humanas, de la cual aquella es apenas una clase. Y lo que está presente en todas estas clases de prácticas es que son una forma de seguimiento de reglas, o sea, una práctica normativa. Quiere decir que en todo caso particular de una práctica normativa se requiere y supone un reconocimiento de qué aspectos cuentan o son pertinentes en esa práctica.

b) En varios famosos párrafos de *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein se pregunta cómo determinar, en un caso particular, si se ha seguido correctamente una regla (por ejemplo, al realizar algún acto de comunicación lingüística). Una vía para responder esta cuestión podría ser el decir que se habla correctamente si se entiende el significado de la expresión y de sus conceptos. A su vez, se entiende dicho significado si este puede expresarse mediante alguna formulación definicional. Sin embargo, resulta obvio que sobre tales definiciones también se repite la misma cuestión, *il est ad infinitum*. Tal regresión al infinito ha llevado a algunos pensadores a una conclusión escéptica, ya sugerida por Wittgenstein: cualquier curso de acción puede ser compatible con una regla; “realmente” no acciones concordantes o discordantes con reglas. Empero, como Scataglini precisa, esta no es ni la interpretación correcta de Wittgenstein ni de por sí una tesis aceptable.³

El argumento wittgensteiniano lleva a otra tesis. El punto es que toda acción de seguimiento de reglas supone necesariamente, por parte de quien actúa, de la captación de un nivel normativo no expreso, puramente pragmático. Este tipo de normatividad está integrada en las prácticas mismas y requiere de una habilidad práctica (*know-how*) para reconocer qué actos son conformes con una regla. En cambio, no amerita la representación de contenidos abstractos y verbalizables (Scataglini, 2021, pp. 40-43). De ahí, que se trata de una normatividad encarnada en las prácticas mismas. Notablemente, esta es una faceta

2. En la tradición analítica de la filosofía, las relaciones de la filosofía del lenguaje o de la reflexión sobre el lenguaje ha sido vista de forma variopinta, pero dando una cierta prioridad de lenguaje sobre el pensamiento y sobre la acción. No es este el lugar para tratar el asunto, aunque puede resultar fértil el consultar la *Introducción* de la obra de García Carpintero (1996).

3. Un abordaje semejante de estos párrafos wittgensteinianos, y una crítica en la misma línea sobre la interpretación de Kripke (Kripkenstein) (Brózek, 2013, pp. 27-44).

clave que diferencia a las prácticas de seguimiento de reglas de las meras secuencias regulares de hechos sociales.

A partir de Celano, Scataglini denomina a este nivel normativo no expreso *preconvenciones* (pp. 58-59). Dichas preconvenciones conforman un *trasfondo inarticulado*⁴ que es presupuesto por la persona agente. Ahora, estas preconvenciones conforman un entramado normativo vigente a nivel comunitario. A partir de Bayón, puede denominarse *convencionalismo profundo* a esta tesis.

c) Algunas aclaraciones de estas tesis importantes: que en una cierta comunidad esté vigente o exista socialmente dicha normatividad, no quiere decir que siempre se confirmarán comportamientos convergentes y de cumplimiento a lo que disponen las preconvenciones. Como ya había señalado Hart, es intrínseco a la existencia de una regla el que esta puede ser, en ocasiones, transgredida (Scataglini, 2021).

Tampoco resulta clave para su operación, el que exista o no un consenso (reflexivo, podría agregarse) sobre lo que las reglas establecen: pueden darse ciertos desacuerdos a nivel reflexivo, pero acuerdo a nivel pragmático. Incluso podría suceder, en algunas circunstancias, que buena parte de una comunidad esté equivocada sobre lo que conforman aplicaciones correctas de un cierto conjunto de reglas.

Con todo, creo que es difícil dudar que si en una comunidad dada se extiende diacrónicamente, por suficiente tiempo, el desacuerdo, el error o el incumplimiento de cierto ámbito de preconvenciones, sí se puede llegar a afectar su existencia. En tal caso, resultará que, luego de cierto momento, ya no podrá entenderse que en esa comunidad están vigentes dichas preconvenciones.

3. Segunda Parte: La elucidación pragmática de la adjudicación Judicial

En la segunda parte de su libro (pp. 73-152), Scataglini aplica las herramientas filosóficas desarrolladas en la primera parte para abordar problemas fundamentales de la teoría del Derecho, especialmente en el ámbito de la adjudicación judicial. En este contexto, introduce distinciones clave como la diferencia entre comprensión e interpretación de textos normativos; analiza la distinción entre formulación normativa y norma;⁵ y explora los problemas de la derrotabilidad, las excepciones implícitas de las normas generales y la textura abierta de las reglas jurídicas.

4. Y, en cierto sentido, inarticulable.

5. Scataglini analizó críticamente esta distinción de Alchourrón y Bulygin en su texto: Scataglini (2022).

Un aspecto destacado de su análisis es el refinamiento que hace del “esquema estándar” de la aplicación judicial del Derecho (pp. 95-113).⁶ Este esquema distingue entre dos clases de situaciones de adjudicación judicial, dependiendo de si, para solucionar un caso particular, existe o no Derecho válido y determinado que lo regule. Es decir, si hay un conjunto claro de normas jurídicas que provean soluciones normativas para un caso genérico bajo el cual se incluya el caso particular que debe ser resuelto.⁷

Si la respuesta a esta cuestión es afirmativa, se está ante un *caso fácil* de aplicación del Derecho, donde las normas jurídicas existentes determinan la solución adecuada y se puede llegar a una respuesta jurídicamente correcta. Según el “esquema estándar” en los casos fáciles se entiende que necesariamente las expresiones jurídicas poseen un significado literal y a-contextual. Por otro lado, si la respuesta es negativa, se está frente a un *caso difícil*, en el cual el Derecho no determina la solución específica, lo que otorga discreción al juez o jueza para decidir cómo resolver la cuestión.⁸

Scataglini ofrece un primer refinamiento sobre el concepto de “significado literal” en tanto a-contextual. Señala que la palabra “contexto” es ambigua y puede entenderse de varias maneras. Identifica cuatro sentidos distintos del término: (i) contexto como dependiente de las intenciones de un hablante en una ocasión particular; (ii) contexto como las asunciones compartidas por los miembros de una comunidad lingüística amplia; (iii) contexto como los presupuestos pragmáticos y criterios que los hablantes y destinatarios comparten en situaciones comunicativas tipo; y (iv) contexto como las especificaciones pragmáticas presentes en prácticas humanas concretas.

El lenguaje jurídico puede ser considerado a-contextual en el sentido (i), pero no lo es en los sentidos (ii), (iii) y (iv). A pesar de esta variabilidad contextual, los significados de las normas no son por ello necesariamente indeterminados.

La filósofa también señala que pueden existir casos en los que, aunque no haya una solución normativa indiscutible para un caso particular, aún se puede sostener que existe una respuesta jurídica correcta. En estos casos, es posible que los profesionales competentes del Derecho discrepen sobre cómo las *convenciones interpretativas* (criterios interpretativos subyacentes) delimitan el alcance de ciertas normas jurídicas en relación con un caso concreto. Sin embargo, esto no implica necesariamente que el Derecho sea indeterminado: son *casos debatibles*. En estos, sí hay Derecho determinado y una respuesta jurídicamente correcta para el caso, aunque su especificación puede resultar reflexivamente y argumentativamente demandante. De ahí que los casos debatibles son un subconjunto de los casos fáciles.

6. Véase también Scataglini (2020).

7. Obviamente, apelo acá a la clásica terminología de Alchourrón y Bulygin (2011).

8. Como es muy conocido, la distinción entre casos fáciles y casos difíciles fue formulada por Hart (1961).

Fuera de estas categorías se encuentran los casos difíciles, en los cuales el Derecho es indeterminado y no existe una respuesta correcta preexistente. Sin embargo, en este ámbito, Scataglini también introduce un refinamiento importante. Para ello, apela de forma central al artículo hasta hace unos años “perdido” de Herbert Hart, intitulado *Discretion* (2013). A partir de las ideas de Hart, Scataglini plantea una distinción conceptual clave entre “discreción” y “discrecionalidad”, que es fundamental para comprender los casos difíciles en la adjudicación judicial.

Según Hart, la discreción es una virtud intelectual que permite a una persona distinguir qué es adecuado hacer en una situación dada, dentro del marco de una práctica y un contexto relativamente acotados. El ejercicio de dicha virtud, que Hart considera casi un sinónimo de la prudencia, la sagacidad o la sabiduría práctica, conlleva la capacidad de sopesar intereses y razones de una forma contextualmente adecuada. Es cierto que la decisión o la acción dirigida con discreción no puede ser considerada como determinada por pautas previas, aunque no por ello es arbitraria, carente de razones que la sustente.

Scataglini sostiene que una persona juzgadora, ante un caso en el que el Derecho es indeterminado, puede recurrir a esta discreción desarrollada a través de la experiencia profesional propia del ámbito del Derecho. Además, según la autora, los factores que intervienen en este tipo de decisiones pueden ser considerados “jurídicamente relevantes” y no necesariamente extra-jurídicos o morales.

Empero, cabe señalar críticamente que, desde mi punto de mira, Scataglini no define con suficiente precisión la diferencia entre los factores jurídicos relevantes para la toma de decisiones con discreción (que no están determinados por el Derecho válido) y aquellos que podrían considerarse factores morales.

Las aclaraciones que ofrece la filósofa sobre este punto no parecen suficientes. Sostiene que al ejercer la discreción se reflexiona sobre los “fines” de las normas, es decir, sobre las razones subyacentes (en el sentido que le da Schauer, 1991), pero que esto no constituye una operación moral o extra-jurídica. No obstante, en el contexto del Derecho moderno occidental, las razones subyacentes de las normas suelen estar integradas en el discurso político-moral de su creación, y de ahí pareciera que poseen un carácter ético-moral. Quizás, para Scataglini, la distinción entre lo moral y lo jurídico no radica en alguna faceta del contenido de dichas razones, sino en otros aspectos. No obstante, cuáles son esos aspectos es una cuestión que, en mi opinión, no queda plenamente resuelta en la obra.

Finalmente, Scataglini identifica una segunda categoría de casos difíciles, marcada por la *discrecionalidad*. Estos son casos particulares en los que el Derecho está radicalmente indeterminado: la propia regla de reconocimiento del ordenamiento jurídico presenta textura abierta. En tales situaciones, las decisiones judiciales y sus fundamentos adquieren

autoridad *ex post*, e implican la creación de un nuevo Derecho.⁹ Así, a través de este análisis, y retomando la conceptualización pragmática desarrollada en la primera parte del libro, Scataglini revisa y matiza considerablemente el esquema estándar de la aplicación judicial del Derecho.

4. Tercera parte: Sobre el inferencialismo y su lugar en la elucidación de la práctica del Derecho

En la tercera parte de la obra se da una nueva vuelta de tuerca a los problemas filosóficos previamente planteados. Si el seguimiento de reglas, incluida la práctica de adjudicar el derecho, es el saber práctico de un trasfondo normativo no expresado que guía ciegamente a los agentes, ¿puede codificarse o explicitarse de alguna forma? ¿Existe alguna vía de acceso epistemológico, algún método para conocer dicho trasfondo? De ahí cabe formular una pregunta más cercana a lo jurídico: ¿qué, exactamente es lo que este trasfondo determina para la corrección de las decisiones judiciales? (Scataglini, 2021, p. 22).

La autora propone que la respuesta a estas cuestiones se encuentra en los desarrollos del filósofo Robert Brandom, que se denominan *inferencialismo* y *expresivismo lógico*. Brandom se inspira en el pensamiento de Wittgenstein, pero a diferencia de este, busca construir una teoría sobre el significado.

Desde esta perspectiva, el significado no se determina por la referencia de las expresiones, sino por sus conexiones inferenciales. Las inferencias que son relevantes para el funcionamiento del lenguaje no dependen de su forma lógica, sino de su contenido. Por lo tanto, el inferencialismo se considera *material*. Es la red pragmática de compromisos y circunstancias asumidos por los participantes en la práctica de comunicación lo que conforma el significado de una expresión (Scataglini, 2021, pp. 154-164). Así, el inferencialismo se presenta como una concepción pragmática (no regulista) y normativa (no regularista) de las prácticas de comunicación (pp. 154-164).

Scataglini, avanza en varias discusiones filosóficas que se presentan en torno a esta concepción y su objetivo de dar forma a una teoría pragmática del significado. Pero, ¿pueden estos desarrollos aclarar algo de la práctica jurídica y, en particular, la práctica judicial? La filósofa sostiene que sí.

Comprender implica saber inferir, y esto ocurre en un contexto de dar razones y justificaciones, lo cual es una faceta característica de la práctica judicial. Esta práctica no requiere satisfacer los rigores formales de la lógica; la corrección de la inferencia puede basarse en los compromisos materiales asumidos por las personas involucradas. Razonamientos

9. El concepto teórico de creación judicial del derecho tiene diversas complicaciones que acá no profundizaré. Lo abordé en una obra titulada *La creación judicial del derecho constitucional: una investigación filosófica*, de próxima publicación en *Astrea*.

que pueden parecer entimemáticos desde la perspectiva lógica pueden resultar correctos desde la perspectiva pragmática de las inferencias materiales.

Estos puntos iluminan la práctica jurídica, especialmente en la justificación de las decisiones judiciales. En esta práctica, se establecen los criterios que determinan si las inferencias presentadas como sustento de una decisión judicial han sido suficientemente explicitadas. Desde el punto de vista interno a dicha práctica, lo relevante es determinar si se acepta cierta inferencia material o si esta colisiona con otros compromisos del agente.

Ahora bien, ¿ofrecen estas distinciones alguna ruta para "transparentar" el trasfondo de criterios pragmáticos que guían esta práctica inferencial de dar y pedir razones? Sobre esto, Scataglini también brinda una respuesta afirmativa: (a) habilitan para situar los desacuerdos que pueden surgir, identificando las clases de compromisos e inferencias en un caso dado; (b) corresponde entonces determinar las convenciones interpretativas¹⁰ vigentes que delimitan la posición correcta sobre dichos compromisos e inferencias; (c) para ello, se pueden considerar casos paradigmáticos de corrección y, a partir de estos, explicitar los criterios subyacentes; (d) apelando al equilibrio reflexivo, delimitado por la práctica misma, los agentes pueden reflexionar sobre las facetas y objetivos que consideran importantes en el desarrollo de su práctica.

Las agudas reflexiones presentadas en la última parte del libro son plausibles para entender la práctica del derecho como una forma de seguimiento de reglas y son coherentes con los conceptos previamente desarrollados por la autora. Sin embargo, tengo algunas inquietudes que deseo plantear brevemente a continuación, como cierre de esta reseña.

Primero, aunque Scataglini ofrece un marco teórico para comprender la práctica de la justificación de las decisiones judiciales, parece que este enfoque no proporciona un método claro y preciso para guiar a los agentes del derecho en la práctica de "dar y pedir razones". Si acaso hay algo de verdad en este punto, es posible que, aunque dicha clase de teoría filosófica sea útil para iluminar la dinámica de la práctica, no ofrezca las herramientas metodológicas necesarias para que los profesionales del derecho enfrenten efectivamente las complejidades y sutilezas de los casos concretos. Esto sugeriría que tal nivel metodológico de reflexión requiere conceptos de índole diversa a los que ofrece el 'aguijón pragmático' en la teoría del derecho.

Segundo, la concepción inferencialista del derecho presentada por Scataglini podría resultar insuficientemente sensible a la naturaleza institucional del derecho. Las decisiones y justificaciones judiciales no están determinadas únicamente por las estructuras generales del "dar y pedir razones", sino que también están normativamente circunscritas por específicas estructuras institucionales de carácter constitutivo y regulativo (muchas de las

10. Ciertamente, algunas de estas convenciones pueden presentarse de forma explícita, pero -como ya se vio- en último término se montan sobre un trasfondo pragmático no expresado.

cuales son, por cierto explícitas). Así, una adecuada elucidación de la práctica jurídica, tendría que apelar a conceptos que recojan justamente dicha faceta institucional.

Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1981). *Sistemas normativos*. Astrea.
- Brožek, B. (2013). *Rule-following: From imitation to the normative mind*. Copernicus Center Press.
- Hart, H. L. A. (1961). *El concepto del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (2013). Discretion. *Harvard Law Review*, 127(2), 652-682. <https://doi.org/10.2307/23561720>
- García Carpinero, M. (1996). *Las palabras, las ideas y las cosas, una presentación de la filosofía del lenguaje*. Ariel.
- Guevara Arroyo, A. *La creación judicial del derecho constitucional: una investigación filosófica*. De próxima publicación en Astrea.
- Scataglini, M. G. (2020). Convenciones interpretativas y positivismo jurídico. *Revus*, 42. <https://doi.org/10.4000/revus.6416>
- Scataglini, M. G. (2021). *Seguimiento de reglas: el “aguijón pragmático” en la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Scataglini, M. G. (2022). Sobre la distinción entre norma y formulación normativa. Algunas reflexiones críticas. En Ferrer, J., Navarro, P. y Rodríguez, J. (Eds.): *Eugenio Bulygin en la teoría del derecho contemporánea*, 163-174. Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and life*. Oxford University Press.