

LORENA RAMÍREZ-LUDEÑA
JOSEP M. VILAJOSANA
(eds.)

REGLAS CONSTITUTIVAS Y DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	13
CAPÍTULO I. REGLAS, ACCIONES Y TRANSGRESIONES, por Sebastián Agüero-SanJuan y Sebastián Figueroa Rubio	19
1. INTRODUCCIÓN	19
2. DOS CRITERIOS PARA DISTINGUIR ENTRE REGLAS REGULATIVAS Y REGLAS CONSTITUTIVAS	20
2.1. Prioridad entre reglas y acciones.....	21
2.2. Transgresión de reglas	23
3. REVISIÓN CRÍTICA DE LOS CRITERIOS	25
3.1. El criterio de prioridad y la relación entre reglas regulativas y acciones	26
3.2. Transgresiones y la variedad de reglas constitutivas en juegos	32
4. CONSIDERACIONES FINALES	39
BIBLIOGRAFÍA	40
CAPÍTULO II. REGLAS CONSTITUTIVAS: DEL PARADIGMA LÓGICO-LINGÜÍSTICO AL PARADIGMA COGNITIVO, por Marco Brigaglia y Bruno Celano	45
1. EL CONTEXTO.....	45
2. UNA ASUNCIÓN REDUCCIONISTA	46
3. EL PUNTO CIEGO DEL ANÁLISIS LÓGICO-LINGÜÍSTICO: LA SIMBOLIZACIÓN	49
4. JUEGOS	51

	<u>Pág.</u>
4.1. Juegos de <i>pretence</i> mimética.....	52
4.2. De la mimesis a la convención.....	54
4.3. Juegos competitivos: la victoria como símbolo.....	55
4.4. De los vínculos normativos implícitos a las normas explícitas.....	56
5. SIMBOLIZACIÓN: CONSTITUTIVA Y AUXILIAR.....	57
6. INSTITUCIONES JURÍDICAS.....	60
6.1. Fronteras.....	60
6.2. Representación política.....	62
6.3. Representación como ficción v. representación como simbolización.....	65
7. CONCLUSIONES.....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	68
CAPÍTULO III. NORMATIVISMO MÁGICO , <i>por Riccardo Guastini</i>	71
1. LAS DOS TESIS FUNDAMENTALES DE CARCATERRA.....	71
2. EL PRINCIPIO DE NORMATIVIDAD.....	72
2.1. El derecho como mundo inmaterial.....	73
2.2. Referencia vs. cualificación.....	75
2.3. El objeto de la ciencia jurídica.....	76
2.4. Implicaciones iuspositivistas.....	76
3. LA FUERZA CONSTITUTIVA DE LAS NORMAS.....	77
3.1. Normas prescriptivas y normas constitutivas.....	78
3.2. El carácter constitutivo de todas las normas.....	79
3.3. Las normas jurídicas como performativos dispositivos.....	80
3.4. Los modos del constituir.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	83
CAPÍTULO IV. UNA RESPUESTA A LA CONCEPCIÓN REDUCCIONISTA DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS , <i>por Alba Lojo</i>	85
1. INTRODUCCIÓN: SEARLE, LAS REGLAS CONSTITUTIVAS Y ALGUNOS PROBLEMAS.....	85
2. LA CRÍTICA REDUCCIONISTA DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS.....	88
2.1. Lewis y la jugada correcta.....	88
2.2. Ross y <i>Tû-Tû</i>	91
2.3. El reduccionismo de la crítica.....	94
2.4. Posiciones ante la crítica reduccionista.....	97
2.4.1. Searle y las reglas constitutivas en tanto definiciones analíticas.....	97

	<u>Pág.</u>
2.4.2. Un reduccionismo moderado: La solución de la hiperintensionalidad.....	99
2.4.3. Las reglas constitutivas y la relación <i>a posteriori</i>	99
3. LA PROPIEDAD CONSTITUTIVA DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS.....	101
3.1. La intensionalidad de los términos.....	102
3.2. El significado atribuido por las reglas constitutivas: asignación parcial y complejidad.....	102
3.3. Adaptación de la propuesta a la teoría searliana de las reglas constitutivas.....	103
4. CONCLUSIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	106
CAPÍTULO V. CONSTITUCIÓN MEDIANTE REGLAS, por Andrei Marmor.....	109
1. LAS REGLAS CONSTITUTIVAS.....	109
2. LA FUNCIÓN CONSTITUTIVA.....	113
3. LAS REGLAS CONSTITUTIVAS COMO FUNDAMENTOS METAFÍSICOS PARCIALES.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	128
CAPÍTULO VI. FICCIONES LEGALES, por Daniel Mendonca.....	129
1. LA EXPRESIÓN «COMO SI».....	129
2. FUNCIÓN «CREATIVA» DE LAS FICCIONES.....	130
3. FICCIONES Y NORMAS CONSTITUTIVAS.....	131
4. RAZONAMIENTO BASADO EN FICCIONES.....	133
5. FICCIONES Y VALORES DE VERDAD.....	134
6. FICCIONES Y SUPOSICIONES FALSAS.....	135
7. FICCIONES Y PRESUNCIONES.....	136
8. RAZONAMIENTO BASADO EN PRESUNCIONES.....	137
9. FICCIONES Y VALORACIONES.....	138
BIBLIOGRAFÍA.....	139
CAPÍTULO VII. INSTITUCIONES Y REGLAS CONSTITUTIVAS, por J. J. Moreso.....	141
1. INTRODUCCIÓN: YDOBON EN LAS ISLAS NOÍSULLI.....	141
2. LA CONCEPCIÓN ORTODOXA.....	143
3. OBJECIONES Y ACLARACIONES.....	144

	<u>Pág.</u>
4. ¿SON LAS REGLAS CONSTITUTIVAS RAZONES PARA LA ACCIÓN?	153
5. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS Y LAS RAZONES MORALES	155
6. PARA CONCLUIR	159
BIBLIOGRAFÍA.....	159
CAPÍTULO VIII. SÍMBOLOS Y PRÁCTICAS SOCIALES: SEGUIR REGLAS CONSTITUTIVAS, por Nicola Muffato	163
INTRODUCCIÓN	163
1. SIMBOLISMO CONSTITUTIVO	164
2. PRÁCTICAS CONSTITUTIVAS	175
BIBLIOGRAFÍA.....	185
CAPÍTULO IX. REGLAS CONSTITUTIVAS Y MUNDOS CONSTITUCIONALMENTE POSIBLES, por Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez...	187
1. INTRODUCCIÓN	187
2. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS CONSTITUTIVAS Y REGLAS REGULATIVAS	189
3. NORMAS QUE CONFIEREN POTESTADES JURÍDICAS COMO CONDICIONALES «CUENTA COMO»	199
4. MUNDOS CONSTITUCIONALMENTE POSIBLES	208
5. CONCLUSIONES	217
BIBLIOGRAFÍA.....	218
CAPÍTULO X. SOBRE EL CARÁCTER CONSTITUIDO Y CONSTITUTIVO DEL DERECHO, por María Cristina Redondo	223
INTRODUCCIÓN	223
1. SOBRE EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LAS NORMAS. LAS REGLAS/RELACIONES METAFÍSICO-CONSTITUTIVAS	224
2. LA EXPLICACIÓN METAFÍSICO-CONSTITUTIVA	229
3. LA EXPLICACIÓN METAFÍSICO-CONSTITUTIVA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO	232
4. EL CARÁCTER CONSTITUIDO DEL DERECHO: LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES.....	236
5. DISTINTAS INTERPRETACIONES DE LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES DEL DERECHO	237
6. LA TESIS IUSPOSITIVISTA DE LAS FUENTES SOCIALES DEL DERECHO	241

	<u>Pág.</u>
7. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DEL DERECHO: LA TESIS DE LOS FRUTOS SOCIALES	247
BIBLIOGRAFÍA.....	251
CAPÍTULO XI. CONTRA EL REDUCCIONISMO SOBRE LAS RE- GLAS CONSTITUTIVAS, por Corrado Roversi	253
1. INTRODUCCIÓN	253
2. UN PUNTO DE VISTA INTERNO CON RESPECTO A LA RATIO DE UNA INSTITUCIÓN.....	257
3. FUNDAMENTACIÓN METAFÍSICA VS. REGLAS CONSTITU- TIVAS	260
4. REGLAS REGULATIVAS MÁS DEFINICIONES VS. REGLAS CONSTITUTIVAS.....	264
5. CONCLUSIÓN: LAS REGLAS CONSTITUTIVAS Y LOS ARTE- FACTOS INSTITUCIONALES.....	271
BIBLIOGRAFÍA.....	273
NOTA SOBRE LOS AUTORES	275

PRESENTACIÓN

El análisis del concepto de regla constitutiva ha sido hasta ahora objeto de atención desde diversos ámbitos filosóficos. Baste recordar a algunos de los autores que han realizado aportaciones a lo que ya puede considerarse un debate consolidado sobre las reglas constitutivas, para medir la amplia extensión que el mismo ha alcanzado. Entre los pioneros que, de un modo u otro, han contribuido a ubicarlo destacan nombres señeros de la filosofía política, como John Rawls, de la filosofía social, como John R. Searle, o de la filosofía del derecho, como H.L.A. Hart. Resulta comprensible que así haya sido, por cuanto el uso del concepto de regla constitutiva se ha empleado en gran medida para dar cuenta del fenómeno institucional, que interesa por igual al análisis de la política, de la sociedad y del derecho. Sin embargo, no es de extrañar que el impacto que pueda tener este debate adquiera una especial relevancia en el ámbito jurídico, al ser este un terreno indiscutible en el que dicho fenómeno se manifiesta.

En la actualidad contamos con la suficiente perspectiva como para detectar los temas y las preguntas más relevantes que han superado el filtro iusfilosófico, y llegan hasta nuestros días después de varias décadas de discusión. El presente volumen recoge contribuciones de destacados filósofos del derecho al debate contemporáneo acerca del papel que pueden o deben desempeñar las reglas constitutivas en la explicación del mundo jurídico entendido como paradigma del fenómeno institucional. En ellas, se entrelazan perspectivas que cubren un amplio espectro de la filosofía contemporánea, que va desde la filosofía de la acción, a la psicología social, pasando por la lógica, la metafísica y la filosofía del lenguaje.

Una de las cuestiones centrales estriba en poner en entredicho la propia necesidad del concepto de regla constitutiva. Desde sus primeras formulaciones, el concepto de regla constitutiva parece cobrar sentido en contraposición al de

reglas regulativas (normas prescriptivas, que prohíben, obligan o facultan un comportamiento). Pues bien, de inmediato surgen posiciones reduccionistas que intentan mostrar que, a pesar de las apariencias superficiales, el concepto de regla constitutiva puede reducirse al de regla regulativa. Si así fuera, el recurso a las reglas constitutivas no supondría más que un elemento superfluo, cuando no distorsionador, de la realidad institucional en general, y de la realidad jurídica en particular. Este proceder nos hace pensar en la reducción de los conceptos jurídicos a meras entidades fruto de la superstición que realiza Alf Ross (del que se habla bastante en algunos de los trabajos aquí recogidos), pero también en la concepción del derecho de Hans Kelsen (menos mencionada en esta discusión), para quien un ordenamiento jurídico solo contendría de manera genuina, tal como corresponde a un instrumento de motivación indirecta de comportamientos, normas prescriptivas (regulativas, en el sentido de expresiones de un deber). Estas adoptarían la forma de condicionales en cuyo consecuente se hallaría siempre la imposición de una sanción, aunque ello supusiera relegar a las supuestas reglas constitutivas como parte de un largo antecedente.

La posibilidad de reducción de las reglas constitutivas a reglas regulativas es abordada desde distintas perspectivas y con matices diversos por casi todas las aportaciones que conforman este libro. Pero en todas ellas, salvo si se rechaza plenamente la utilidad para el análisis jurídico de la noción de regla constitutiva (atribuyéndole tan solo cualidades «mágicas», como hace Guastini), se le reserva algún papel. Esto puede suceder por diversas razones. Hay quien le sigue atribuyendo un rol central en la explicación de la realidad institucional, y, por ende, en la jurídica. Ello se hace defendiendo con matices la visión originaria de Searle (así puede verse, por ejemplo, en la contribución de Lojo) o elaborando alternativas con distintos niveles de sofisticación de tales reglas (como sucede con Marmor, Redondo o Roversi). Otra forma de defender la utilidad del concepto de regla constitutiva estriba en mostrar el uso que de ella puede hacerse en relación con cuestiones claramente relevantes en la práctica jurídica, como en el tratamiento de las ficciones jurídicas que hace Mendonca, ante normas como las de carácter procesal (como en Moreso), o de las inmunidades en garantía de derechos fundamentales, tal como la llevan a cabo Orunesu y Rodríguez. También cabe conferir relevancia a tales reglas procediendo a su reubicación, por ejemplo, mediante una perspectiva de psicología social (como hacen Brigaglia y Celano) o privilegiando un análisis filogenético de los conceptos (como es el caso de Muffato) o de filosofía de la acción (perspectiva adoptada por Agüero y Figueroa).

Dicho lo anterior, a continuación nos limitaremos a hacer una breve referencia al contenido de las once aportaciones que conforman este libro.

Para empezar, Sebastián Agüero y Sebastián Figueroa someten a discusión la citada distinción entre reglas regulativas y constitutivas, basándose en una exploración propia de la filosofía de la acción. Para ello, analizan críticamente

la relación entre acciones y reglas, de un lado, y la forma en que interactúan los tipos de reglas, del otro.

La aportación de Marco Brigaglia y Bruno Celano introduce una perspectiva distinta de análisis del papel que pueden jugar las reglas constitutivas a la hora de generar instituciones. Entienden estos autores que resulta útil que la consabida distinción entre reglas regulativas y constitutivas se aborde atendiendo no a la estructura lógica de ambas, como se ha hecho mayoritariamente hasta ahora, sino a los mecanismos psicológicos que las reglas constitutivas ponen en marcha. Desde esta perspectiva, las reglas constitutivas jugarían un papel no reducible a las de carácter regulativo.

El texto de Riccardo Guastini va destinado a analizar críticamente dos tesis centrales que conforman la teoría del derecho de Gaetano Carcaterra, que son el principio de normatividad y la defensa de la fuerza constitutiva de las normas. Frente a ellas, el autor objeta que se trata de tesis que defienden una suerte de normativismo mágico, crítica que se sitúa en la línea propia del realismo jurídico y que puede retrotraerse a Alf Ross, como ya dijimos anteriormente.

Justamente el siguiente trabajo, elaborado por Alba Lojo, ofrece argumentos que intentan mostrar los límites de concepciones reduccionistas como la de Alf Ross o la de David Lewis. En concreto, analiza la vertiente conceptual y epistémica de dicha pretensión de reducción y concluye que la relación entre el término X y el término Y (en la formulación canónica de las reglas constitutivas acuñada por Searle: «X cuenta como Y en el contexto C») es sintética y *a posteriori*, ya que el significado completo del término Y solo puede comprenderse tanto en relación con el sistema de reglas constitutivas donde surge, como dentro del sistema de valores de la sociedad donde se desarrolla.

Por su parte, Andrei Marmor aborda la siguiente cuestión: ¿Qué significa que las reglas constituyen prácticas sociales y otros tipos de hechos institucionales? Sostiene que, a pesar de que es cierto que se trata de una relación de fundamentación metafísica, ello no es suficiente, debido a dos razones. En primer lugar, porque la relación de fundamentación entre las reglas y las prácticas que ellas constituyen es esencialmente funcional y esta requiere de cierta explicación. En segundo lugar, porque la relación constitutiva entre reglas y sus prácticas emergentes es solo de fundamentación parcial. Y es que, según el autor, se requiere algo más que reglas para constituir una práctica social.

La aportación de Daniel Mendonca tiene como propósito principal identificar el uso del lenguaje involucrado en la formulación de las ficciones en el derecho. Según este autor, las ficciones parecen compartir la estructura canónica de las reglas constitutivas, a las que ya se aludió. Vistas de este modo, las ficciones legales no podrían ser concebidas sino como normas constitutivas, lo cual daría cuenta del aspecto creativo que habitualmente se les atribuye: las ficciones crean una realidad ficticia. Por ello, concluye el autor, las ficciones

no se vincularían al uso prescriptivo del lenguaje, sino al uso constitutivo (operativo o performativo) del lenguaje.

José Juan Moreso, después de exponer lo que considera la concepción ortodoxa de las reglas constitutivas y analizar algunas objeciones y dificultades que esta concepción enfrenta, aborda la cuestión del modo en que estas reglas suministran razones para la acción. Una vez precisadas las dificultades para identificar este tipo de reglas, y si ello depende de razones morales en el caso del derecho, su conclusión es que tanto las reglas constitutivas como las regulativas son necesarias para entender cabalmente el carácter institucional de los sistemas jurídicos.

Nicola Muffato realiza un análisis que parte de una reconstrucción filogenética de la comunicación simbólica, así como de la discusión del problema del seguimiento de reglas. A partir de ahí, y frente a quienes adoptarían una concepción realista y esencialista de la normatividad que conduce al escepticismo de reglas, el autor defiende que la presencia de reglas constitutivas juega un papel como elemento de una práctica compleja en la cual ciertas expresiones lingüísticas suponen una innovación importante, aunque no sean suficientes para crear nuevos conceptos.

En su trabajo Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, partiendo de la interpretación de las reglas constitutivas como condicionales del tipo «*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*», examinan el funcionamiento de las normas que confieren potestades jurídicas. Concluyen que tales reglas son relevantes para el análisis jurídico. En concreto, exploran el modo en que las reglas constitutivas contenidas en los textos constitucionales, especialmente aquellas que instituyen inmunidades en garantía de derechos fundamentales, operan como restricción de *mundos constitucionalmente posibles* en la perspectiva de la dinámica de los sistemas jurídicos.

Cristina Redondo, por su parte, reflexiona sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho. Sobre lo primero, la autora se concentra en un debate en torno a la tesis de los hechos sociales propuesta tradicionalmente por el positivismo jurídico, pero a la luz de las últimas contribuciones en metafísica social. Con respecto al segundo punto, se refiere al modo en el que el derecho determina su propia reproducción y la producción de otros resultados sociales no estrictamente jurídicos. En su elucidación, la autora usará una analogía con el principio de explicación causal. Asimismo, siguiendo una propuesta avalada por la teoría de los sistemas jurídicos, se basará en la distinción entre normas últimas y normas ordinarias.

Por último, Corrado Rovarsi, aboga por una clara defensa del concepto de regla constitutiva porque en su opinión contribuyen a una explicación completa de un fenómeno social y jurídicamente relevante, como es el de la existencia de entidades que son artefactos. Lo hace partiendo del punto de vista interno de Hart. Su conclusión es que las reglas constitutivas no pueden ser

reducidas a reglas regulativas, tanto por su carácter de reglas (frente a quienes quieren reducir toda realidad a hechos empíricos) como por su carácter constitutivo, por cuanto explican mejor que las reglas regulativas ciertas reacciones normativas que tienen que ver con el propósito de una institución.

En definitiva, después de esta breve presentación, confiamos en que quede claro que este volumen ofrece al lector interesado una imagen comprensiva del estado de la cuestión sobre la relación entre las reglas constitutivas y derecho, que emerge de la labor de destacados especialistas en teoría y la filosofía del derecho.

CAPÍTULO I

REGLAS, ACCIONES Y TRANSGRESIONES*

Sebastián AGÜERO-SANJUAN
Sebastián FIGUEROA RUBIO

1. INTRODUCCIÓN

Al revisar los trabajos que versan sobre reglas constitutivas es posible identificar ciertos rasgos compartidos. En primer lugar, los autores conceptualizan las reglas constitutivas en contraposición con las reglas regulativas y en dicha presentación se suelen obviar las múltiples críticas que se han realizado a la distinción. Por otra parte, comúnmente no se advierte la existencia de diversos subtipos de reglas dentro de la distinción. Por último, la mayoría de los trabajos centrados en el estudio de las reglas constitutivas no entrega una cronología de la discusión, presentándose una literatura parcialmente atomizada¹.

Si bien en este texto nos ocuparemos de las dos primeras cuestiones, respecto de la última cabe indicar que al menos en el contexto de la tradición filosófica anglosajona², existe un claro acuerdo en reconocer como cruciales para la conceptualización de las reglas constitutivas los trabajos de John RAWLS,

* Agradecemos los comentarios realizados por Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti, Juan Ormeño Karzulovic y Lorena Ramírez Ludeña a versiones previas de este trabajo.

Este trabajo es un producto del Proyecto Fondecyt Iniciación núm. 11180421 cuyo investigador responsable es Sebastián Figueroa Rubio.

¹ Excepciones a esto son los trabajos de MIDGLEY, 1958-1959; QUINN, 1975, y GUASTINI, 2014, que sugieren distintos tipos de reglas constitutivas y, en relación con la cronología, las propuestas de QUINN, 1975: 76; SCHAUER, 1991: 6, y PAGIN, 2014.

² Por su parte, en la tradición iusfilosófica continental, las obras de Gaetano Carcaterra y Amedeo Conte constituyen hitos relevantes. Un diálogo entre ambas tradiciones puede encontrarse en el trabajo

Two concepts of rules y de John Searle *Speech acts: An essays in the philosophy of language* publicados en 1955 y 1969, respectivamente³. La influencia de estos trabajos es tal que todavía las discusiones en torno a las reglas constitutivas están sustentadas sobre los criterios propuestos por estos autores para su caracterización⁴. Podría afirmarse que lo planteado por dichos autores es constitutivo de la distinción y sigue regulando las discusiones al respecto. Por ello, en este trabajo pretendemos reflexionar en torno a algunos de los principales criterios desarrollados por ellos y que marcan la comprensión que se tiene sobre la distinción.

Si bien desde sus primeros años hasta la fecha los criterios sobre los cuales se sustenta la distinción han sido objeto de debate desde perspectivas diversas, en el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca de dos criterios de diferenciación a los que llamaremos de *prioridad* y *transgresión*. Para hacer esto, este trabajo se divide en tres partes. En la primera, presentaremos la forma en que los autores han construido la distinción, en la segunda, reflexionaremos sobre la plausibilidad de los criterios, para luego terminar con algunas consideraciones finales en torno al ejercicio realizado.

2. DOS CRITERIOS PARA DISTINGUIR ENTRE REGLAS REGULATIVAS Y REGLAS CONSTITUTIVAS

En esta sección nos proponemos reconstruir las propuestas de distinción sugeridas por John Rawls y John Searle, a partir de dos criterios presentados por los autores. En relación con el primer criterio, la diferencia entre los tipos de reglas se sostiene en una relación de prioridad que habría entre las reglas y las acciones reguladas por ellas. Así, bajo la visión de las reglas sumarias o regulativas las acciones tienen prioridad frente a las reglas; mientras que la prioridad es a la inversa respecto de las reglas de la práctica o reglas constitutivas, a este lo denominaremos criterio de *prioridad*. Respecto del segundo criterio (de *transgresión*), los autores sustentan (o refuerzan) la distinción entre reglas regulativas y constitutivas con base en cómo se deben entender los casos de transgresión o infracción de las reglas. Para estos autores, por un lado, desde la visión de las reglas sumarias o regulativas resultaría claro identificar sus casos de transgresión y, consecuen-

de Corrado ROVERSI, 2007: cap. 1, y Riccardo GUASTINI, 1984. Así como en varios capítulos de este volumen. En este trabajo nos centraremos solo en las fuentes anglosajonas de la discusión.

³ Los autores de este texto están en contra de las prácticas y acciones por las cuales John Searle ha sido considerado culpable. De todas formas, dada la importancia de su trabajo en el ámbito de la discusión que nos convoca creemos que no es pertinente obviar la existencia de su obra.

⁴ Por ejemplo, textos publicados en igual periodo, pero que tuvieron menor éxito en la configuración de la distinción son las propuestas de MIDGLEY, 1958-1959; BLACK, [1958] 1962, y ROSS, 1968. Asimismo, entre los textos que esbozan la distinción sin desarrollarla y raramente son citados se encuentran HART, [1953/54], 1983a; [1968], 1983b, y MANDELBAUM, 1955.

temente, aplicar la sanción que usualmente va asociada a estas; y, por otro lado, resultaría borroso determinar los casos de transgresión de las reglas de la práctica o constitutivas y, por consiguiente, en muchos casos a ello no se vincula una sanción. A continuación, profundizaremos en cómo los dos autores presentan estos criterios y sus efectos en la caracterización de ambos tipos de reglas.

2.1. Prioridad entre reglas y acciones

Respecto del criterio de prioridad, para Rawls las reglas constitutivas se entienden como reglas de prácticas, las cuales se distinguen de lo que denomina reglas propias de una visión sumaria o resúmenes (en adelante, reglas sumarias). Una regla sumaria se crea como producto de una recurrencia de casos similares que permiten elaborar una generalización que adquiere un carácter normativo (RAWLS, 1955: 22-23)⁵, esto hace que los casos particulares tengan una prioridad lógica frente a las reglas que los regulan. De esto se derivan, al menos, tres consecuencias: (i) la acción o acciones que conforman un caso particular regulado puede existir haya o no una regla que las regule; (ii) es posible describir un caso particular como tal (y, por ende, las acciones que lo conforman) con independencia de la existencia de una regla que lo regule; y (iii) la realización de la acción referida por la regla no requiere del escenario o contexto de la práctica a la cual la regla pertenece.

En cambio, si las reglas de una práctica la definen⁶, estas tienen prioridad frente a los casos que regulan y, por ende, a las acciones correspondientes. Esta prioridad se manifiesta en, al menos, tres cuestiones (RAWLS, 1955: 25-26): (i) una acción solo puede ser descrita como un tipo de acción determinada si existe una práctica que contiene una regla en la cual es subsumible; (ii) la conducta de alguien no cuenta como una forma de acción dentro una práctica cuando no se ajusta a las reglas que la definen, pero aún es posible describirla de otra manera; (iii) finalmente, cualquier ejemplificación de una forma de acción especificada en la práctica presupone la práctica (constituida precisamente por las reglas en cuestión).

El texto de Rawls expresamente señala que la distinción se sustenta en la noción de *prioridad lógica*, pero esta noción tiene un alcance diverso según el tipo de norma del cual se está hablando. En relación con las reglas sumarias indica: «La realización de la acción que la regla refiere no requiere del tras-

⁵ John SEARLE (1995: 47-49) en su propuesta de ontología social considera la variable temporal y la idea de generalización para ver cómo la asignación de funciones a objetos puede devenir en la creación de una norma constitutiva.

⁶ Si bien no consideramos concluyente la idea de que las prácticas están conformadas por reglas, para simplicidad de los argumentos que desarrollaremos aquí, no se problematizará este supuesto de la discusión.

fondo de una práctica de la cual la regla forma parte. Esto significa decir que, en la concepción sumaria, los casos tienen prioridad lógica frente a las reglas» (RAWLS, 1955: 22-23)⁷. Sin embargo, es posible constatar a lo largo del texto alusiones tanto a las nociones de existencia como a la de descripción de una acción con independencia de las reglas sumarias.

A su vez, en relación con las reglas de la práctica, la *prioridad lógica* es entendida como una relación de preponderancia de la práctica frente a las acciones a través de las reglas que la integran e indirectamente como una relación entre reglas y acciones. Esta se presenta, por un lado, en términos de descripción: «[Lo] que significa decir que la práctica es lógicamente prioritaria frente a los casos particulares es que: dada cualquier regla que especifica una forma de acción (un movimiento), una acción particular que se tomaría como dentro de esta regla dado que existe la práctica, no podría ser descrita como ese tipo de acción a menos que haya una práctica» (RAWLS, 1955: 25). Y, por otro lado, en términos de entregar significado a las especificaciones de acciones dentro de la práctica: «La práctica es lógicamente prioritaria a los casos particulares, a menos que exista la práctica, los términos que refieren a acciones especificadas por esta carecen de sentido» (RAWLS, 1955: 25).

Por su parte, de forma análoga, John SEARLE (1969: 33-35) comprende que las reglas regulativas regulan formas de comportamiento que existen con anterioridad o con independencia de la regulación. De este modo, las acciones reguladas por estas reglas tienen una existencia lógicamente independiente de las reglas. Consecuencia de esto, el comportamiento que está de acuerdo con la regla puede recibir la misma descripción o especificación, exista o no la regla, es decir, sin necesidad de hacer referencia explícita a la regla. Así, las acciones reguladas por las reglas pueden darse y ser descritas sin perder información haya o no regla.

En relación con las reglas constitutivas, el mismo autor entiende que ellas no simplemente regulan conductas, sino que crean o definen nuevas formas de comportamiento, así como la posibilidad misma de realizar ciertas acciones. Una regla constitutiva o un conjunto de ellas no solo regula, sino que constituye acciones o actividades cuya existencia es, por ende, lógicamente dependiente de las reglas. Las acciones que están de acuerdo con estas reglas no podrían recibir una descripción o especificación si la regla no existiese (SEARLE, 1969: 33-35).

En términos de SEARLE ([1969] 1994: 43[34]), la noción de prioridad adquiere la etiqueta de *independencia*⁸, la cual es expresada de la siguiente manera: «Las reglas regulativas regulan una actividad preexistente, una acti-

⁷ Del texto de Rawls, tanto esta cita textual como las siguientes son de traducción propia.

⁸ Cabe señalar que, en su propuesta de ontología social, el autor señala que hay una prioridad general de los hechos brutos sobre los hechos institucionales (SEARLE, 1995: 55-56) y que estos últimos, a su vez, son creados por reglas constitutivas (1995: 46).