

# Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas

## On Internal Legal Positivism. Some Responses

María Cristina Redondo

### Autor:

María Cristina Redondo  
Università di Genova, Italia  
[cristina.redondo@unige.it](mailto:cristina.redondo@unige.it)  
<https://orcid.org/0000-0002-3247-0977>

Recibido: 27/4/2022

Aceptado: 8/11/2022

### Citar como:

Redondo, María Cristina (2023). Sobre el positivismo jurídico interno. Algunas respuestas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (47), 429-468. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.16>

### Licencia:

Este trabajo se publica bajo una licencia de Reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY 4.0).



© 2023 María Cristina Redondo

### Resumen

Este trabajo contiene una respuesta a seis comentarios realizados a mi libro *Positivismo jurídico 'interno'*. Estos comentarios fueron originariamente presentados en un seminario online organizado por Alba Lojo como parte de las actividades del grupo de investigación de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, y fueron luego publicados en *Doxa*, 45: pp. 495-627. La primera respuesta se refiere al trabajo de Alberto Carrió y se concentra en algunas distinciones ontológicas y epistemológicas en la que mi trabajo se apoya. La segunda se refiere al comentario de Alba Lojo centralmente dirigido a discutir la forma de razonamiento que imponen las normas jurídicas. La tercera se refiere al escrito de Sebastián Agüero sobre la teoría positivista de Eugenio Bulygin. La cuarta, alude al ensayo de Osvaldo de la Fuente sobre la propuesta metodológica del interpretativismo en general y de Fernando Atria en particular. La quinta está basada en las críticas formuladas por Lorena Ramírez con relación a la distinción entre dos sentidos de las expresiones «punto de vista interno» y «punto de vista externo». La última se refiere al comentario final de José Juan Moreso que toma en consideración fundamentalmente dos ideas: la tesis según la cual el derecho es un objeto ideal, normativo, no reducible a datos empíricos y aquella según la cual su carácter práctico puede ser explicado en términos de la forma de razonamiento que el derecho impone al proponer normas universales.

**Palabras clave:** Positivismo jurídico interno; ontología jurídica; metodología jurídica; conocimiento de normas; razones para la acción; interpretativismo; punto de vista interno; punto de vista externo.

## Abstract

This paper contains a response to six comments on my book *Positivism jurídico 'interno'*. These comments were originally delivered in an online seminar organized by Alba Lojo as part of the activities of the research group at Pompeu Fabra University in Barcelona and later published in *Doxa*, 45: pp. 495-627. The first response refers to the work of Alberto Carrió and focuses on some ontological and epistemological distinctions on which my work is based. The second refers to the commentary of Alba Lojo, which aims mainly to discuss the form of reasoning imposed by legal norms. The third refers to Sebastián Agüero's writing on the positivist theory of Eugenio Bulygin. The fourth refers to Osvaldo de la Fuente's essay on the interpretative methodological proposal in general and of Fernando Atria in particular. The fifth refers to the critique formulated by Lorena Ramírez on the distinction between two meanings of the expressions «internal point of view» and «external point of view». The last one refers to the final commentary of José Juan Moreso, which essentially considers two ideas: the thesis that the law is an ideal, normative object that cannot be reduced to empirical data, and the thesis that its practical character can be explained by the form of reasoning that the law imposes when it proposes universal norms.

**Keywords:** Internal Legal Positivism; legal ontology; legal methodology; legal knowledge; reasons for action; interpretativism; internal point of view; external point of view.

## INTRODUCCIÓN

**E**n el año 2020 tuve el gran placer de discutir mi libro *Positivism jurídico 'interno'* en un seminario online organizado por Alba Lojo como parte de las actividades del grupo de investigación de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estos comentarios, después de un debido control por parte de revisores externos, se publicaron en el número 45 de la revista *Doxa*, que me brinda ahora la oportunidad de ofrecer algunas respuestas. El debate me ha permitido volver desde una perspectiva diferente sobre muchas ideas sostenidas en mi libro. Ha sido un ejercicio enriquecedor y quiero por esto expresar mi sincero agradecimiento a cada uno de los que participaron. En las páginas que siguen será imposible hacer honor a todas las detalladas consideraciones que me fueron formuladas. Aspiro a que las reflexiones que presentaré –inevitablemente parciales– sean satisfactorias para quienes las estimularon.

### 1. RESPUESTA A ALBERTO CARRIÓ

El texto de Alberto Carrió se concentra fundamentalmente sobre las tesis ontológicas y epistémicas que sostengo en el primer capítulo de *Positivism jurídico 'interno'*. Sobre este tema, ante todo, querría subrayar algunas tesis generales que son centrales en mi trabajo. Después de haberlo hecho me detendré en algunas de las múltiples solicitudes de Carrió para volver, por último, sobre algunos puntos interesantes que se encuentran implícitos en sus agudos comentarios.

A lo largo de mi trabajo he insistido en la relevancia de distinguir algo que Alberto Carrió me reprocha que no distingo claramente: entre cuestiones o problemas ontológicos acerca de si existen y en qué modo existen las normas y cuestiones o problemas epistémicos acerca de si y cómo podemos conocer que una norma existe. De hecho, el título mismo del primer capítulo del libro, «Sobre la existencia y el conocimiento de normas», está basado en la neta separación entre problemas ontológicos y problemas epistémicos<sup>1</sup>. A su vez, esta neta distinción explica las críticas que dirijo a Brian Leiter, a quien reprocho, por una parte, que hace depender la cuestión ontológica acerca de la existencia objetiva de *X*, de la cuestión epistémica acerca de la posibilidad de justificar nuestro conocimiento acerca de *X*. Por otra parte, que su tesis termina siendo circular, ya que la posibilidad de afirmar que una cosa o una propiedad tienen objetividad metafísica requiere objetividad epistémica (es decir, la posibilidad de justificar objetivamente el conocimiento de la cosa o propiedad en cuestión). Pero, a su vez, esto último, según Leiter, requiere la objetividad metafísica<sup>2</sup>. Ahora bien, más allá de la posición que adoptemos, es decir, tanto si admitimos como si rechazamos conectar la cuestión metafísica relativa al modo (objetivo/subjetivo) en que una entidad o propiedad existen con la cuestión epistémica relativa al modo en que las conocemos, no podemos estar contemporáneamente de acuerdo con Leiter y con la tesis de la independencia entre problemas ontológicos y epistémicos, justamente porque este autor sostiene que dicha independencia no existe.

En mi texto he subrayado que la existencia y el conocimiento de normas o de deberes no es otra cosa que la existencia y el conocimiento de contenidos normativos. En otras palabras, el contenido de una norma no existe como una entidad diferente de la norma misma y, en tal sentido, he criticado la sugerencia de Tecla Mazzaresse como así también la de todos aquellos que sostienen que la existencia de normas jurídicas es una cuestión empírica mientras que los contenidos normativos, si existen, serían otro tipo de entidades<sup>3</sup>. Indudablemente, en otro sentido, cabe distinguir entre la existencia y el contenido de las normas. Es posible conocer que una norma existe en un determinado tiempo y lugar, pero no saber exactamente cuál es su contenido o, al revés, identificar el contenido exacto de una norma, pero dudar de si ella existe o no en un determinado tiempo y lugar. Mi tesis sobre este punto es simplemente que no estamos hablando de dos hechos o entidades diferentes. Una norma es un contenido normativo y las normas (i.e. contenidos normativos) existentes, aunque dependen de eventos empíricos, no son entidades empíricas. Por lo tanto, los enunciados que afirman la existencia de una norma y los que identifican su contenido se refieren a una misma entidad, ideal<sup>4</sup>.

---

1. Redondo, 2018: 13-91.

2. Redondo, 2018: 82-83. Leiter, 1993: 189-190.

3. Mazzaresse, 1991: 40. También, Mazzaresse, 1999: 193-204. Redondo, 2018: 30.

4. Respecto de la distinción entre cuestiones ontológicas y epistémicas puede verse la clara reconstrucción ofrecida en Kristan & Lojo, 2021: 214-222.

En otras palabras, en mi trabajo rechazo una posición escéptica y sostengo que es plausible admitir que existen normas como parte de una realidad social/institucional no asimilable ni reducible a las prácticas empíricas de las cuales *dependen*. Por una parte, Alberto Carrió identifica correctamente esta idea y cita algunos párrafos de mi libro en los que en modo expreso la sostengo. Sin embargo, por otra parte, hace referencia a la ausencia de relación que supuestamente se verificaría entre el contenido del derecho (i.e. las normas) y la práctica de referencia. Afirma, por ejemplo: «Si Redondo lleva razón, la ontología de las normas determinaría la *independencia* del derecho de las acciones humanas»<sup>5</sup>. Mas allá de esta oscilación en la interpretación de mi texto, me interesa subrayar una vez más que los hechos y entidades normativos no son independientes de acciones o prácticas humanas. Al contrario, conforme a la propuesta positivista que he sostenido, la existencia de normas en general, y de normas jurídicas en particular, inmediata o mediatamente, siempre está determinada por ciertas acciones y prácticas de referencia.

En la visión de Alberto Carrió, «Si las normas existen como contenidos, o si se prefiere como deberes, tales contenidos son *independientes* de nuestras acciones y, en consecuencia, no tienen nada que ver con los actos empíricos de aplicación»<sup>6</sup>. Si bien esta tesis requeriría más de una aclaración, aún antes de precisarla ya permite identificar dónde reside uno de los desacuerdos fundamentales entre mi posición y la de Alberto Carrió. En mi perspectiva, la tesis de que las normas, por ser contenidos abstractos, son independientes de cualquier tipo de acto empírico es en sí misma errónea. Creo que es incomprensible la idea de que existan normas que no dependen de acciones y actitudes humanas. No puedo detenerme aquí en este punto, pero esta relación de dependencia y no-reducibilidad es ampliamente reconocida y discutida en la metafísica analítica contemporánea<sup>7</sup>. Además, esta idea errónea es una de las que conduce a la conclusión de que el positivismo jurídico normativista se encuentra atrapado en un dilema, y por ello fracasa: o bien sostiene que las normas se reducen a una práctica empírica, caso en el cual es coherentemente positivista, pero debe aceptar una tesis de corte escéptico como la del realismo jurídico. O bien sostiene que las normas son independientes respecto de toda práctica empírica, caso en el cual contradice su tesis de las fuentes sociales y se compromete con una idea de corte iusnaturalista. Contar con argumentos que muestren cómo las normas dependen de una práctica empírica, pero a la vez se distinguen de ella es esencial para el positivismo jurídico normativista que rechaza ambos extremos.

Carrió se manifiesta crítico respecto de la teoría de la realidad social que he asumido. En tal sentido, rechaza dos ideas centrales sostenidas por Jon Searle, a quien sigo en este contexto. En primer lugar, la idea de que las prácticas humanas pueden añadir algún

5. Cfr. Carrió, 2022: 501. El cursivo es añadido.

6. Cfr. Carrió, 2022: 504. El cursivo es añadido.

7. A título de ejemplo, puede verse Andrade, 2022, quien discute principalmente la propuesta de Epstein, 2015.

tipo de entidad a nuestra realidad. En segundo lugar, la propuesta de distinguir entre el status metafísicamente objetivo/subjetivo que puede tener una entidad y el carácter más o menos subjetivo/objetivo del conocimiento que podemos tener de ella. Como dije antes, este es un desacuerdo fundamental. Conforme a la teoría no-reduccionista que estoy asumiendo, bajo ciertas condiciones, somos capaces de generar o constituir hechos, entidades, propiedades, que son parte de una realidad diferenciable de la realidad natural en la que se apoyan. Sobre este punto, Alberto Carrió no desarrolla en extenso su posición, pero cabe advertir que respecto del status metafísico de las normas no hay muchas alternativas. En mi visión son entidades ideales metafísicamente dependientes de las actitudes y acciones humanas y ellas permiten evaluar las acciones humanas justamente porque su contenido no es reducible a ellas. He tratado de argumentar a favor de esta posición ya que, quien admite la reducción no está en condiciones de explicar la normatividad, y quien no admite la dependencia de acciones humanas cae en una concepción platónica que oscurece el hecho de que toda norma existe solo en virtud de las actitudes y el comportamiento de las personas.

Asimismo, en mi texto he admitido la distinción entre el tipo de existencia, objetivo o subjetivo, que puede tener una entidad (cuestión metafísica) y aquello de lo que depende la verdad de los juicios que se refieren a dicha entidad (cuestión epistémica). A fines ejemplificativos, he propuesto el enunciado «me gustan las montañas» para poner en evidencia que, si bien se refiere a entidades metafísicamente objetivas (independientes de toda actitud humana), su verdad o falsedad (obviamente, bajo la presuposición de que un enunciado como el propuesto admite este tipo de evaluación) depende totalmente de una preferencia o sentimiento humano, i.e. sería claramente un enunciado epistémicamente subjetivo. Sobre este punto, Carrió parece no advertir que mi tesis no es que los enunciados de este tipo sean evaluables en términos de verdad o falsedad. Al respecto, compartiría con él una concepción expresivista y no descriptivista. Sin embargo, más allá de nuestra opinión, conforme a una posición descriptivista de los enunciados evaluativos, ellos han de ser analizados como juicios informativos<sup>8</sup>. Quizás habría sido más claro proponer como ejemplo un enunciado como «las montañas son bellas». Conforme a un descriptivismo subjetivista, este enunciado informa acerca de una preferencia individual de quien lo emite y, en tal sentido, desde un punto de vista epistémico es radicalmente subjetivo. Conforme a un descriptivismo subjetivista menos extremo, el mismo enunciado debe analizarse como describiendo las preferencias o gustos de un grupo social y, en tal sentido, su subjetividad epistémica es menor. A su vez, conforme a una concepción platónica de la belleza, el enunciado debería analizarse como susceptible de verdad o falsedad independientemente de toda actitud humana. Es decir, sería epistémicamente objetivo. Ahora bien, en todo caso, el enunciado se refiere a entidades metafísicamente objetivas (las montañas). En suma, en mi trabajo propuse el ejemplo porque juzgué que era útil para exhibir en el modo más rotundo

---

8. Véase, por ejemplo, Nino, 1988: 355 ss.

posible el contraste entre la cuestión epistémica y la ontológica. En opinión de Carrió, el enunciado propuesto<sup>9</sup>:

...ni es un juicio epistémico ni la entidad a la que se refiere es más objetiva que las sillas, los destornilladores o los libros. Es decir, el enunciado «me gustan las montañas» expresa a lo sumo una preferencia individual sobre un concepto cultural ...

Cuando se adopta la distinción de Searle, decir que una entidad es metafísicamente objetiva adquiere un sentido preciso, y significa exactamente que ella existe independientemente de cualquier práctica o actitud humana. En tal sentido, supongo que Carrió debería aceptar la objetividad metafísica de las entidades que los seres humanos llamamos «montañas». Podemos admitir que el concepto de montaña depende de nosotros, pero las entidades a las que se refiere, no (i.e. las montañas no son construcciones humanas, culturales). El enunciado propuesto como ejemplo se refiere a las montañas y no al concepto de montaña. En suma, por definición, las montañas son metafísicamente objetivas, y es sorprendente asimilarlas a las sillas, los destornilladores o los libros que son construcciones humanas.

Lejos de ser anecdótico este ejemplo es crucial para un argumento a favor del positivismo normativista. Las normas, a diferencia de las montañas, en algún sentido son como las sillas, los destornilladores y los libros, i.e. construcciones humanas. A su vez, los enunciados que se refieren a ellas no son siempre epistémicamente subjetivos. Según Herbert Hart, bajo ciertas condiciones (en los casos claros y paradigmáticos), los enunciados que identifican el derecho pueden ser evaluados como verdaderos o falsos con un alto grado de objetividad. Sin embargo, si no distinguimos la objetividad epistémica de la objetividad metafísica jamás podremos captar esta idea positivista porque toda vez que se admita la posibilidad de conocimiento objetivo se estaría presuponiendo necesariamente –como propone Carrió– la existencia de entidades metafísicamente objetivas, i.e. que no dependen de actitudes humanas. Es justamente esta asociación entre objetividad epistémica y objetividad metafísica la que un positivismo normativista coherente contesta. Admitir que en ciertas ocasiones se puede conocer con objetividad el contenido de una norma no implica asumir que tal contenido sea una entidad metafísicamente objetiva.

En otro orden de cosas, Alberto Carrió presiona justamente, en primer lugar, sobre la necesidad de precisar a qué me refiero cuando hablo de *la práctica*, de la cual dependen las normas jurídicas. En mi escrito, por una parte, he distinguido las prácticas lingüísticas, en general, de la práctica jurídica de reconocimiento y aplicación de normas<sup>10</sup>. Al respecto, y siguiendo una idea de Hart que no profundizo, he destacado que la existencia y el contenido de normas jurídicas dependen de una específica práctica de reconocimiento y aplicación. Es verdad que estas afirmaciones merecerían ser precisadas, manteniendo

9. Cfr. Carrió, 2022: 518.

10. Redondo, 2018: 51-53.

siempre la distinción entre la cuestión ontológica y la epistémica. Respecto de la cuestión ontológica, conforme a una posición positivista, un derecho solo existe en la medida en que se solidifique una práctica compleja de reconocimiento que, a su vez, indica qué condiciones deben verificarse para que una específica norma exista, o sea válida, dentro del sistema jurídico en cuestión. Por esta razón, de la práctica de reconocimiento y aplicación dependen *directamente* solo algunas normas jurídicas: aquellas que, siguiendo a Caracciolo, serían normas independientes o no derivadas<sup>11</sup>. Las normas jurídicas ordinarias, en cambio, se relacionan solo *indirectamente* con dicha práctica. De hecho, la práctica de reconocimiento podría establecer que la existencia de una norma jurídica depende, por ejemplo, de la voluntad de una persona individual, del respeto de específicos rituales procedimentales, o de la satisfacción de criterios morales. La advertencia de este punto debería ser suficiente para comprender por qué el positivismo normativista no se compromete con la idea de que el sistema jurídico comprende necesariamente todas las consecuencias lógicas de sus normas, como insinúa Carrió<sup>12</sup>. En esta visión, el sistema jurídico comprende solamente aquello que los criterios de validez aceptados indican, y estos podrían no reconocer como válidas a todas las consecuencias lógicas.

Respecto de los problemas epistémicos, las diversas dificultades que señala Carrió son importantes. La aparente circularidad de mi propuesta creo que queda salvada cuando se advierte que el contenido de las normas no depende de las ocasionales acciones que ellas están llamadas a evaluar<sup>13</sup>. Asimismo, como he apenas recordado, la tesis de que las normas dependen de una práctica no alude a una dependencia necesariamente inmediata. El contenido de una norma puede depender directamente de otra/s norma/s y solo indirectamente estar apoyado en una práctica de reconocimiento.

Siempre con relación a los problemas epistémicos, en mi trabajo solo he intentado destacar algunas ideas rectoras con las que un positivismo normativista se compromete, y otras con las que es compatible/incompatible. No creo que una posición general como la que estoy proponiendo tenga que abrazar una específica teoría sobre la identificación o el conocimiento del derecho, si bien he sostenido que cualquier conclusión sobre el contenido del derecho presupone la aplicación de una específica teoría. A grandes rasgos, subrayaría lo siguiente: una epistemología jurídica debería admitir que no hay un test definitivo que garantice la obtención de la verdad. En ningún ámbito del saber no formal puede afirmarse que se ha llegado a proposiciones absolutamente decididas, ya que el proceso de verificación está siempre abierto. Asimismo, conforme he destacado, el conocimiento del derecho está basado en razones públicas, abiertas a todo aquel que esté dispuesto a aprender los conceptos que se requieren. En tal sentido, me opongo abiertamente a la tesis del privilegio epistémico de los participantes en la medida en

11. Caracciolo, 1988. Por mi parte, preferiría hablar de normas últimas, cuya validez es extra-sistemática. Las expresiones «normas independientes» o «no derivadas» pueden ser engañosas ya que, en sentido estricto, no existen normas independientes o no derivadas de acciones o prácticas empíricas.

12. Carrió, 2022: 513.

13. Cfr. Scataglini, 2020: 125-136.

que sean entendidos como agentes que asumen una actitud práctica, comprometida, frente al derecho, y he justificado mi posición apoyándome en algunas consideraciones de Joseph Raz. Sobre todo, en la posibilidad de traducir y la de aprender directamente distintos juegos de lenguaje. Lleva razón Alberto Carrió cuando subraya que el punto de vista interno que se requiere para *ser parte en un mismo juego de lenguaje* (al que luego llamaré «punto de vista interno<sub>1</sub>») no debe asimilarse a una aceptación de carácter práctico, en última instancia moral (actitud a la que luego llamaré «punto de vista interno<sub>2</sub>»). Pero es esto justamente lo que sostengo, tanto en el primer capítulo del libro como en el último, en el que desarrollo con mucha mayor precisión esta distinción<sup>14</sup>. Ahora bien, según Carrió, al aprender el juego de lenguaje relevante nos convertimos en *participantes* y, por ello, «resulta honesto reconocer el carácter privilegiado del usuario del lenguaje en el que nos hemos convertido al dar este paso»<sup>15</sup>. Esto último es acertado, pero ello no nos convierte en participantes, en el sentido usual con que los teóricos del derecho usan este término, aludiendo a agentes que asumen una actitud práctica o comprometida frente al derecho. El punto de vista práctico de los participantes (punto de vista interno<sub>2</sub>) tiene prioridad solo respecto de la cuestión ontológica, ya que ellos constituyen lo que el derecho es. Sin embargo, para conocer el derecho no es imprescindible asumir la actitud práctica de los participantes en la práctica jurídica. Lo que necesitamos es dominar un juego de lenguaje. De hecho, a partir de una propuesta de Peter Winch, en el capítulo V sostengo explícitamente la tesis de que, para conocer normas, es imprescindible asumir un punto de vista interno<sub>1</sub>, entendido como una perspectiva metodológica apta para captar contenidos de significado<sup>16</sup>. Advertir la ambigüedad de las expresiones en juego es imprescindible para comprender por qué es verdad que solo colocándonos en un punto de vista interno<sub>1</sub> podemos conocer el contenido del derecho, sin embargo, esta perspectiva metodológica está abierta a todos, y no solo a quienes asumen una actitud comprometida, i.e. a quienes adoptan el punto de vista interno<sub>2</sub>. Cualquier ser racional podría, haciendo un esfuerzo, adquirir el dominio de las nociones necesarias para conocer las reglas jurídicamente válidas en un determinado tiempo y lugar.

## 2. RESPUESTA A ALBA LOJO

El segundo capítulo del libro pretende responder a la pregunta acerca de cómo una posición positivista puede explicar la relevancia práctica del derecho. En tal sentido, el

---

14. Redondo, 2018: 70.

15. Carrió, 2022: 513.

16. Como señala Zorzetto, esta perspectiva interna<sub>1</sub> supone seguir reglas y emitir juicios evaluativos sobre su correcta o incorrecta aplicación. Cfr. Zorzetto, 2022: 151. Sin embargo, no implica asumir una actitud comprometida como la que proponen los interpretativistas. En tal sentido puede ser moralmente neutral.

trabajo presupone que todo derecho pretende, y en ocasiones de hecho logra, constituir reglas genuinas. Para responder a la pregunta inicial conjeturo dos grandes posibilidades. Una de ellas es que las reglas genuinas que todo derecho pretende constituir se entiendan como razones en sentido sustantivo. Es decir, razones cuyo contenido tiene objetivamente peso justificativo (razones en sentido objetivo) o subjetivamente peso motivacional (razones en sentido subjetivo). La otra posibilidad es sostener que el derecho pretende constituir razones en sentido formal. Es decir, consideraciones que, independientemente de la fuerza sustantiva de su contenido (objetiva o subjetiva), operan como un específico tipo de premisas en el razonamiento justificatorio de conclusiones jurídicas, i.e. de aquello que jurídicamente está prohibido o permitido hacer.

No es oportuno repetir aquí mi argumentación acerca de por qué, en una perspectiva positivista, el derecho no es concebido necesariamente como un conjunto de contenidos que motivan o justifican sustancialmente comportamientos. En mi trabajo he intentado mostrar que el positivismo jurídico podría dar cuenta de la relevancia práctica del derecho mostrando que las reglas genuinas que él pretende constituir establecen un específico modelo o forma de razonamiento y de toma de decisión. Mi intención ha sido mostrar que el derecho necesariamente aspira a ofrecer razones (en el sentido formal, de premisas) universales, que funcionen como condicionales inderrotables en el razonamiento justificatorio de sus destinatarios.

El trabajo de Alba Lojo capta perfectamente esta propuesta y se concentra sobre el modo de entender las normas jurídicas conforme ella. Al respecto, querría comenzar presentando dos aclaraciones menores estimuladas por sus comentarios. Es verdad que mi trabajo se concentra en el análisis de normas jurídicas en tanto razones-premisas usadas por destinatarios institucionales: los jueces al momento de justificar el dispositivo de una sentencia. Sin embargo, la idea puede ser ampliada. El derecho pretende funcionar como premisa de razonamientos tanto dentro de un proceso judicial como fuera de los tribunales. De hecho, opera de este modo siempre que se formula un reclamo jurídico y se llega a una conclusión jurídica, aun sin la intervención de autoridades. En tal sentido, si bien Lojo lleva razón al sostener que el análisis de la justificación interna de la decisión judicial puede funcionar como *test* para corroborar el modo en el que las disposiciones jurídicas funcionan, es importante subrayar que la propuesta se refiere a razonamiento jurídico en general y no solo al razonamiento judicial.

La segunda aclaración se refiere a la noción de razón excluyente introducida por Joseph Raz. Como bien advierte Alba Lojo, mi propuesta no asume que las reglas genuinas pretendan ser razones excluyentes. Ahora bien, sin intención de entrar a discutir en qué consiste este tipo de razones que ha dado lugar a tanta controversia, creo que no es posible aceptar la caracterización que emerge de su comentario. Una razón excluyente no garantiza que los agentes «siempre y en cualquier caso» actúen en un determinado sentido<sup>17</sup>, ni que ellos «renuncien a evaluar el resto de razones sustantivas» que puedan

---

17. Lojo, 2022: 526.

ser relevantes<sup>18</sup>. En todo caso, no son estas las características que explican por qué las normas genuinas de las que hablo no deben ser equiparadas con razones de segundo orden excluyentes.

Alba Lojo sugiere la aplicación del análisis de Holton para captar mi idea de regla genuina. El análisis de este autor, efectivamente, permite expresar, en primer lugar, la idea de que una norma jurídica se configura como un condicional inderrotable y, en segundo lugar, la idea de que el veredicto que un condicional inderrotable justifica puede ser superado (*superseeded*) por otro buen argumento que conduzca a un veredicto incompatible. Sin embargo, no estoy segura de que la propuesta de Holton permita expresar algunas distinciones que me interesa sostener.

En mi trabajo he sostenido que las normas jurídicas existen dentro de sistemas no totalmente indeterminados. Esta idea supone, por una parte, que las normas jurídicas no son entidades aisladas; por otra parte, que ellas existen en un sistema que tiene límites. Es decir, respecto del cual es posible identificar una tesis de relevancia<sup>19</sup>. Esta es una condición *sine qua non* para que las normas jurídicas puedan ser entendidas formalmente como normas genuinas. La tesis de relevancia traza un límite entre las consideraciones que son jurídicamente relevantes –y cuya verificación impacta sobre el modo en que se debe decidir una cuestión jurídica –y aquellas que no lo son– y cuya verificación carece de impacto sobre cómo debería resolverse un problema normativo. Ahora bien, desde este punto de vista, una disposición jurídica que aspira a expresar una norma genuina puede tolerar excepciones que no están enumeradas en su antecedente. En rigor, este tipo de normas generan la expectativa de no ser excepcionadas, ni superadas, sobre la base de consideraciones que no son relevantes dentro del sistema jurídico de referencia.

En mi presentación, a su vez, he separado la cuestión de la identificación del contenido de una norma de la de su aplicabilidad a casos concretos. Al respecto, no solo he distinguido la aplicabilidad interna de la externa, sino también la relevancia sustantiva *pro tanto* y conclusiva de una norma. Sostener que las normas jurídicas son formalmente condicionales derrotables implicaría admitir la posibilidad de modificar su contenido introduciendo excepciones a la luz de consideraciones no delimitadas por el sistema. De este modo, lo derrotado sería tanto su aplicabilidad interna a un tipo de casos (su relevancia como razón-premisa) como su potencial fuerza o peso respecto de los mismos (su relevancia como razón sustantiva). Por el contrario, sostener que las normas son razones sustantivas derrotables (i.e. superables en su potencial peso, en caso de conflicto) implica admitir la posibilidad de que, permaneciendo intacta tanto su aplicabilidad interna como su relativa fuerza *pro tanto*, ellas no sean razones concluyentes, es decir, no logren determinar, total o parcialmente, el veredicto final. A mi juicio estas son distinciones cruciales. El que las normas se configuren formalmente

---

18. Lojo, 2022: 532.

19. Alchourrón y Bulygin, 1971: 103-105.

como condicionales derrotables o inderrotables es un problema relativo al rol de las normas en tanto premisas de un específico tipo de razonamiento. El que las normas tengan, o no, un peso más o menos superable o 'derrotable' es un problema relativo a su contingente capacidad de ofrecer razones sustantivas, que en todo caso presupone su status como razones en sentido formal. Que una norma pueda ser superada en su fuerza o peso no significa que no sea una premisa aplicable. Al contrario, solo porque es una premisa aplicable puede entrar en conflicto y ser derrotada por el peso de otra norma también aplicable. En casos de conflicto, efectivamente, una norma podría no determinar en absoluto el veredicto final. Pero, también es posible que, aunque superada, su peso residual logre imponer ciertas medidas colaterales o de compensación<sup>20</sup>. Es decir, podría determinar parcialmente el veredicto final. Y ello en virtud de que su relevancia como premisa, no ha sido desplazada.

No es posible aquí evaluar la propuesta de Holton. Conforme a Alba Lojo, ella consiste, básicamente, en establecer una cláusula de limitación de las excepciones posibles a una regla. «Holton propone un modelo que nos permite explicar por qué en ciertas ocasiones se dan factores, no necesariamente mencionados en la regla, que distinguen su aplicación en un caso y no en otros (Holton 2011:165)»<sup>21</sup>. Este enfoque se refiere a consideraciones que justifican una disociación o un *distinguishing* dentro del sistema, y no distingue entre situaciones de excepción y de conflicto. Es decir, no deja en claro que el desplazamiento de una norma puede estar basado en la admisión de excepciones que la privan de su rol de razón-premisa del razonamiento, o en la admisión del mayor peso sustancial de otra norma que la priva de su rol de razón concluyente. A su vez, no deja en claro que, en las situaciones de conflicto, las consideraciones en virtud de las cuales una norma jurídica genuina podría ser superada por otra –aún si no susceptibles de enumerarse en modo exhaustivo– están siempre limitadas por la tesis de relevancia del sistema. Por último, se refiere solo a casos en los que el veredicto establecido por una norma se ve superado en modo total. Es decir, no capta la posibilidad de que una norma, si bien superada, logre aún determinar parcialmente la decisión final.

En otro orden de ideas, Alba Lojo advierte con precisión que mi análisis de las reglas genuinas en términos de razones en sentido formal intenta evitar las clásicas objeciones que se presentan a las tesis que, en cambio, explican el carácter práctico del derecho en términos de razones sustantivas. Al hacerlo, se detiene en dos condiciones que mi propuesta debe afrontar para ser sostenible. En primer lugar, debería mostrar la posibilidad de que efectivamente un enunciado general funcione como un condicional inderrotable. Alba Lojo lo denomina «el problema de las excepciones». En segundo lugar, debería afrontar «el problema de la interpretación». Concretamente, la dificultad en la determinación de la extensión del antecedente de las normas<sup>22</sup>.

20. Respecto de la noción de fuerza residual véase Hurley, 1989: 125-135.

21. Lojo, 2022: 528.

22. Lojo, 2022: 533 ss.

Para responder a sus inquietudes es importante advertir la ambigüedad de la palabra «interpretación». En primer lugar, en algún momento de mi trabajo he sostenido que una disposición se puede *interpretar* como expresando una razón derrotable, o como una razón invariablemente relevante e inderrotable. En tal caso, he usado una noción amplísima de interpretación que incluye la actividad de configurar, reconstruir o tratar los enunciados que expresan normas jurídicas como condicionales, ya sea derrotables o inderrotables. Esto está claro en el texto de Lojo. Ahora bien, «interpretación» también expresa un concepto muy diferente, que es el que está en cuestión cuando se sostiene que el problema de la derrotabilidad (i.e. el problema de las excepciones) no es un problema de interpretación. En este caso se está usando una noción restrictiva de interpretación y se alude a dificultades de indeterminación semántica y, más concretamente, en la visión de Lojo, a un problema de indeterminación del antecedente de la norma por razones de ambigüedad o vaguedad.

En mi trabajo no he sostenido que el problema de la derrotabilidad sea de carácter interpretativo en el segundo sentido. En realidad, lo he tratado en modo clásico, como un problema de admisibilidad de excepciones implícitas que, en tal sentido, impacta sobre la estructura con la que configuramos los enunciados normativos: como condicionales que admiten, o no, el refuerzo del antecedente. Obviamente, la ambigüedad del término «interpretación» permite que también este problema –diferente de los de ambigüedad y vaguedad– sea etiquetado como «interpretativo», en el primer sentido amplísimo de la expresión. Comparto, entonces, las consideraciones de Lojo cuando destaca que una cosa es el problema de admisibilidad/inadmisibilidad de excepciones implícitas (la configuración formal de las normas como condiciones derrotables/inderrotables) y otra cosa son los problemas interpretativos de indeterminación semántica. Dejando a salvo que los problemas de indeterminación semántica pueden incidir sobre la cuestión de si existen y cuáles son las condiciones que derrotan la aplicabilidad de una norma.

Un segundo punto más importante está relacionado con un tercer sentido de la expresión «interpretación» de normas, que alude a su aplicación a un caso concreto, i.e. a la subsunción de un caso individual dentro de su alcance<sup>23</sup>. Como vimos, las normas genuinas han de ser configuradas como condicionales inderrotables. Pero esto no significa que tengan fuerza sustantiva inderrotable. Frente a un caso concreto, podrían ser parcial o totalmente superadas por el peso de otras normas y, todo considerado, no ser razones concluyentes, i.e. no determinar el veredicto. Ahora bien, en opinión Alba Lojo<sup>24</sup>:

Parece, por tanto, que existe cierta tensión entre las dos condiciones de adecuación antes mencionadas: por un lado, se nos exige la interpretación de la norma como condicional inderrotable (excluyendo la relevancia de toda propiedad que no esté expresamente prevista

23. Sobre la noción de interpretación en concreto, Guastini, 1998: 9-10.

24. Lojo, 2022: 528.

en su antecedente) pero, por otro, se reconoce que, en ocasiones, se puede aplicar de manera diversa siempre y cuando se den razones para ello (a pesar de la expectativa que existía)»

Este comentario nos reenvía a la distinción entre dos sentidos de derrotabilidad que he ya mencionado. Los dos rasgos mencionados no se encuentran en tensión porque se refieren a dos cuestiones claramente diferenciables entre sí. En un sistema jurídico, las normas genuinas no pueden ser representadas como condicionales derrotables ya que estos admiten excepciones no previamente determinadas por el sistema de referencia. Sin embargo, ellas pueden ser derrotables en otro sentido de la expresión. En caso de conflicto, su contingente fuerza podría ser superada por el peso de otras normas jurídicas, sin que ello modifique su status de condicional inderrotable. Es decir, sin que ello signifique admitir una excepción no prevista por el sistema. Los casos de excepción desplazan la aplicabilidad interna de una norma, los de conflicto, por el contrario, la presuponen.

En palabras diferentes, tratar un enunciado como expresión de una norma genuina es compatible con admitir que, en un caso concreto, dicha norma no determina el veredicto final, o lo determina solo parcialmente. En la medida en que su antecedente no se manipule mediante la introducción de excepciones no previstas y se mantenga la relevancia uniforme e invariable de sus condiciones de aplicación, la norma continúa teniendo relevancia práctica en tanto razón-premisa universal que impone una determinada forma de razonamiento. De este modo podemos detectar si un decisor trata, o no, un enunciado normativo como una norma genuina: teniendo en cuenta la forma en que justifica su decisión. Un enunciado es tratado como expresando una norma genuina cuando sus condiciones de aplicación son entendidas como uniforme e invariablemente relevantes. Es decir, su aplicabilidad no es desplazada por excepciones no previstas en el sistema y, cuando se verifican sus condiciones de aplicación, el decisor, o bien obtiene la conclusión deóntica que el enunciado impone (vía un *modus ponens*), o bien aduce las razones previstas por el sistema (excepciones o normas de mayor peso) que llevan a una conclusión diferente. Como expuse anteriormente, no es claro que la fórmula *That's it* capte la diferencia entre excepción y conflicto y el hecho de que hay dos sentidos diferentes en que los enunciados normativos pueden ser *derrotados*. Consecuentemente, no es claro que capte las distintas formas en las que la conclusión establecida por un condicional deóntico puede ser desplazada en el veredicto final, aun cuando se considere expresión de una norma genuina.

Por último, hay otro problema importante que Alba Lojo tiene razón en destacar. Es verdad que mis tesis supone una posición no escéptica respecto de la posibilidad del seguimiento de reglas. Y es verdad también que este problema pone una dificultad, si no ontológica, seguramente epistémica acerca de cuál es el contenido de una regla. Si bien no me detengo en profundidad en este vastísimo problema, mi posición es afín a la propuesta de Hacker y Backer que, como señala Lojo, se apoya en la distinción Wittgensteniana según la cual: «hay una captación de una regla que no es una

interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos ‘seguir la regla’ y en lo que llamamos ‘contravenirla’ (1958: 203, sección 201).»<sup>25</sup>

Alba Lojo prefiere la propuesta alternativa de García Carpintero quien, intentando capturar la posición de Wittgenstein, entiende que el significado de un término (i.e. el contenido de una regla semántica en este caso)<sup>26</sup>:

es la multiplicidad de disposiciones a la conducta (relativas a un término) de los miembros apropiados de la comunidad en circunstancias apropiadas (es decir, aquello que éstos individuos *juzgarían* que deben hacer si se dieran las circunstancias) (García-Carpintero 1996:394-408)

No paso por alto que las condiciones exigidas para que algo o alguien sea ‘apropiado’ pueden ser mínimas y definidas en términos empíricos. Sin embargo, el criterio ofrecido parece conducir a un círculo ya que, quienquiera que intente conocer el contenido de aquello que los miembros apropiados juzgarían que deben hacer, conforme al criterio establecido, debería estar a aquello que estos individuos *juzgarían* que deben hacer. En otras palabras, parecería que el escéptico puede todavía aplicar su argumento según el cual, para conocer un contenido semántico se requeriría una cadena infinita de *juicios* que, en definitiva, impediría llegar a captarlo. Sin pretender evaluar aquí la articulada posición de García Carpintero, a la luz de estas consideraciones, creo que la distinción entre comprensión e interpretación, que se apoya en la posibilidad de una captación directa del significado no intermediada por ningún tipo de *juicio*, aparece como una respuesta más plausible para neutralizar el argumento escéptico.

Por último, merece la pena subrayar que mi posición acerca de las reglas que el derecho pretende establecer no refleja la posición de Wittgenstein. En contraste con cuanto propone este autor, en mi libro he considerado teóricamente útil concebirlas como *entidades* sociales, no reducibles ni a disposiciones internas de los individuos ni a prácticas comportamentales. Estas entidades sociales, si bien ontológicamente subjetivas, pueden en alguna medida conocerse objetivamente y, en algunos casos, directamente comprenderse sin la intermediación de una interpretación. A su vez, he destacado que no conviene equiparar el seguimiento de reglas jurídicas al seguimiento de reglas semánticas. En tal sentido, el análisis Wittgensteniano, aunque de indudable importancia, no es directamente aplicable al análisis de aquello que significa seguir o aplicar normas jurídicas.

### 3. RESPUESTA A SEBASTIÁN AGÜERO

En el capítulo III de mi libro me concentro en algunas críticas dirigidas al positivismo jurídico de Eugenio Bulygin. La primera crítica sostiene que su teoría positivista

25. Lojo, 2022: 540.

26. Lojo, 2022: 541. El cursivo es mío.

contrasta con la práctica jurídica que, de hecho, admite criterios morales en la identificación de normas jurídicas. La segunda se refiere a la imposibilidad de distinguir claramente entre tesis e hipótesis de relevancia, ya que la tesis de relevancia de un derecho no sería otra cosa que la hipótesis de relevancia de intérpretes como los jueces o los juristas. La tercera alude a la implausibilidad de identificar el derecho sobre la base del significado de los textos, sin tener en cuenta la *función* o los *finés* sustantivos que las instituciones jurídicas persiguen. En mi trabajo he sostenido que estas críticas presionan a Bulygin a explicitar qué tipo de positivismo sostiene. Concretamente, tomando en cuenta algunos textos de Bulygin, he intentado mostrar que su posición es oscilante, puesto que algunas de sus tesis implican un positivismo incluyente y otras parecen presuponer un positivismo excluyente.

La estrategia de Sebastián Agüero en su comentario consiste en tratar de determinar qué respuesta emerge de la teoría de Bulygin cuando se amplía el horizonte y se toman en consideración otras obras, además de las tenidas en cuenta en mi trabajo. A través de esta ampliación, intenta mostrar que la posición de Bulygin es coherente con un positivismo excluyente, si bien con fundamentos que lo alejan de la teoría de la autoridad de Raz. Comparto, en general, la presentación que Agüero hace de las ideas de Bulygin, sin embargo, creo que es oportuno detenerse en algunas cuestiones.

En primer lugar, hay algunas distinciones que en el trabajo de Agüero no se subrayan suficientemente o con exactitud, y que son sumamente relevantes a la hora de discutir sobre los criterios de identificación de las normas de un sistema jurídico. La primera es la distinción entre una teoría de los sistemas normativos en general y una teoría de los sistemas jurídicos, específicamente. En *Normative Systems*, Alchourrón y Bulygin ofrecen un análisis y un modelo referido a los sistemas normativos en general. En tal sentido, la noción de sistema normativo puede ser aplicada a cualquier conjunto de normas: de la moral crítica, de la moral positiva, del derecho, de recetas de cocina, etc.<sup>27</sup> Y, sobre todo, puede ser aplicada al conjunto total (de normas morales, jurídicas o de recetas de cocina) o a los múltiples subconjuntos (micro-sistemas) que, dentro de cada conjunto total, permiten responder a un problema normativo. Es decir, a los subsistemas de normas aplicables a un caso. Obviamente, los criterios de identificación de estos últimos podría ser la indicación extensional de las normas que los componen.

Teniendo esto en cuenta, se debe advertir que la expresión «sistema jurídico» es ambigua. Puede aludir al conjunto de normas jurídicas válidas de un estado, en un determinado momento, o bien al conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, son relevantes para resolver un problema jurídico, i.e. el sistema de normas jurídicas aplicables a un caso. Esta distinción aparece en el trabajo de Agüero. Sin embargo, al respecto veo dos problemas. El texto no demarca con claridad la diferencia entre preguntarse por los criterios de identificación de uno u otro tipo de 'sistema' y, sobre todo, la mayor parte de la discusión está dedicada a la identificación de micro-sistemas

---

27. A este punto también alude Legarre, 2022: 104.

de normas aplicables a un caso; tema que no ha sido materia de discusión en mi trabajo y que no es el punto que da lugar a las críticas a las que me refiero.

A título de ejemplo, Agüero correctamente subraya que los criterios de identificación establecen las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido (reglas de admisión) y aquellas bajo las cuales deja de serlo (reglas de rechazo)<sup>28</sup>. Asimismo, citando *Normative Systems*, sostiene<sup>29</sup>:

la filosofía del derecho debe elucidar los criterios de identificación que los científicos *usan* de hecho para identificar los enunciados de derechos válidos, es decir, los criterios efectivamente *vigentes* en una comunidad dada.

En este caso, está efectivamente refiriéndose al problema que he intentado discutir en mi libro: a los criterios de identificación del sistema jurídico de una comunidad política, como España, Chile, Argentina, por ejemplo. En contraste, en la mayor parte de su trabajo se refiere a la identificación del sistema de normas aplicable a un específico problema normativo. De hecho, menciona el ejemplo de sistema propuesto por Alchourrón y Bulygin, relativo a la reivindicación de un bien, para cuya identificación, ciertamente, es determinante tener en cuenta las características fácticas del caso que pone el problema y que, en parte, dependen de la valoración de quien lo identifica. La discusión en torno a estos micro-sistemas de normas aplicables a un caso es muy importante en la obra de Alchourrón y Bulygin, pero, como he ya dicho, no es el tema que da lugar a las críticas que he intentado evaluar.

Las críticas dirigidas a la teoría de Bulygin sobre los criterios de identificación del objeto de estudio –y que en línea de principio lo presionarían a tomar posición en la polémica entre positivismo jurídico incluyente o excluyente–, hacen referencia a aquellas condiciones que una norma debe o puede cumplir para pertenecer o ser parte del derecho, entendido como el sistema jurídico de un estado. La objeción no se dirige a la idea general según la cual un sistema de normas se puede identificar, o bien arbitrariamente, o bien teniendo en cuenta una concreta pregunta o problema normativo. Esta idea es claramente acertada. El problema es que en nada nos ayuda, cuando lo que nos estamos preguntando es si la teoría se compromete, o no, con ciertos criterios de identificación de lo que es derecho en general, es decir, del conjunto de normas de una organización política estatal, en un momento y lugar determinados.

Un ulterior grupo de distinciones está conectado a las diversas nociones de sistema jurídico momentáneo y de ordenamiento jurídico. Ellas son cruciales puesto que, cuando hablamos de los criterios de identificación del derecho, *sans phrase*, podemos estar haciendo referencia a una cosa o a la otra, y cada una de ellas puede a su vez entenderse en más de un modo. Por ejemplo, según Agüero, el ordenamiento jurídico está formado «por el conjunto de todos los enunciados válidos conforme a un cierto

28. Agüero, 2022: 568.

29. Agüero, 2022: 569.

criterio de identificación. La unidad del ordenamiento depende de este criterio»<sup>30</sup>. Esta aserción es problemática. Siguiendo a Bulygin y a otros autores que analizan su obra, mientras el conjunto de normas jurídicas válidas de una sociedad en un momento dado puede ser entendido como un sistema, un orden jurídico no, en la medida en que no sería un conjunto de enunciados sino una secuencia de conjuntos<sup>31</sup>. La noción de ordenamiento jurídico ha dado lugar a una profunda discusión en la teoría jurídica. Agüero la conoce, e incorpora en una nota una noción alternativa a la que menciona en el cuerpo del texto<sup>32</sup>. Sin embargo, habría sido necesario, no solo introducir esta concepción alternativa, sino advertir que los criterios de identificación cambian según se adopte una u otra. En tal sentido, cuando Agüero habla de los criterios de identificación del ordenamiento jurídico configurándolo como un tipo de sistema que contiene todos los enunciados válidos se aleja de la idea de Alchourrón y Bulygin –citada en la nota– y conforme a la cual identificar el ordenamiento es identificar una secuencia temporal y discontinua de sistemas.

Yendo a las tesis de Agüero con relación a las tres críticas que discuto en mi trabajo, en primer lugar, puede decirse que la dificultad basada en el ‘contraste con la práctica’, en su opinión parecería ser fácil de superar. En tal sentido, hace un esfuerzo por mostrar que tanto en *Normative Systems* como en otras obras de Bulygin, la identificación del derecho (ya sea que se lo entienda como el sistema jurídico de una comunidad política o como un micro-sistema de normas aplicables a un problema jurídico) no solo es función del significado de los textos y, en particular, de los textos de origen legislativo. En demostración de esta tesis, Agüero subraya que Bulygin también admite, como fuentes de derecho, la costumbre y la jurisprudencia. Y, en general, pone énfasis en que los criterios de identificación que cuentan son relativos a una práctica *vigente* entre los juristas<sup>33</sup>, y que se trata de una cuestión empírica puesto que tanto los criterios como los enunciados seleccionados «se encuentran en la experiencia»<sup>34</sup>.

Cabe señalar que todas estas consideraciones conducen a la misma conclusión que propuse en mi trabajo. Aunque ellas permitirían a Bulygin superar la crítica del ‘contraste con la práctica’, al mismo tiempo, parecen indicar que él acepta un positivismo jurídico incluyente. Lo cual, ciertamente, no solo es totalmente compatible con, sino que presupone el carácter empírico de la práctica que determina los criterios de identificación subrayada por Agüero. Sin embargo, el hecho de que tales criterios sean contextuales y relacionales, no descarta que incorporen condiciones morales de validez. De hecho, ésta es precisamente la tesis del positivismo jurídico incluyente: que la práctica vigente puede incorporar criterios morales. Al respecto, las ideas que Agüero destaca contribuyen a aclarar que esta conclusión se sigue a partir de las tesis

30. Agüero, 2022: 569.

31. Bulygin, 1991: 257-260. Moreso y Navarro, 1993: 40-45. Rodríguez, 2020: 23-26, 487-494.

32. Agüero, 2022: 569, nota 60.

33. Agüero, 2022: 568.

34. Agüero, 2022: 570.

Bulyginianas sobre los criterios de identificación del derecho; las cuales deben mantenerse separadas de a sus tesis relativas a los criterios de aplicabilidad. En suma, las consideraciones de Agüero respecto de que los criterios de identificación son relativos a una práctica *vigente* entre los juristas confirman la apariencia de que la posición de Bulygin no excluye, y en tal sentido es compatible con que dicha práctica incorpore criterios morales de identificación.

Ahora bien, por otra parte, y siguiendo tanto a Moreso como a Navarro, Agüero expone las ideas centrales del positivismo jurídico excluyente, dejando de lado las tesis sobre la autoridad de Raz. Al finalizar esta presentación afirma que la versión expuesta satisface las cuatro condiciones que, según Agüero, el propio Bulygin (im)pone<sup>35</sup> y, en general, sería compatible las propuestas Bulyginianas que él mismo ha presentado sumariamente en los apartados precedentes<sup>36</sup>. Esta afirmación es verdadera pero engañosa. Ciertamente, el positivismo excluyente así entendido es compatible con las tesis seleccionadas, sin embargo, no lo es –como acabamos de ver– con lo que se sigue de las tesis de Bulygin acerca de los criterios de identificación del derecho. Los criterios de identificación establecidos por la práctica vigente pueden incorporar condiciones morales de validez. Y, en este caso, no se está admitiendo simplemente que una norma puede presentar una cualidad moral, se está admitiendo la posibilidad de que los criterios efectivamente aceptados indiquen que una norma será válida solo si satisface una cualidad moral. En suma, no podemos concluir diciendo que las tesis del positivismo excluyente son compatibles con la teoría de Bulygin, en general y sin aditamentos. En realidad, parecen entrar en tensión con sus tesis sobre la identificación del derecho. Y es esto lo que intenté poner de relieve en mi trabajo.

Un punto ulterior sobre el que Agüero no se detiene: es problemático sostener que la teoría de Bulygin es un ejemplo de positivismo excluyente pero que rechaza la idea de autoridad de Raz. En principio este tipo de positivismo es plausible en la medida en que el derecho se considera un fenómeno de autoridad, y la autoridad tiene, por definición, una pretensión excluyente. Ahora bien, si Bulygin rechaza esta idea de autoridad, se genera inmediatamente la pregunta: ¿En qué se basaría el carácter excluyente del derecho en su teoría? ¿Por qué habría que admitir que el derecho pretende excluir razones morales? Las consideraciones de Agüero, más allá de mostrar la compatibilidad entre algunas tesis centrales del positivismo excluyente y algunas restricciones que Bulygin aceptaría, guarda silencio acerca de por qué deberíamos admitir que la teoría de Bulygin adhiere a esta posición.

Creo que el análisis de Sebastián Agüero, después de un largo recorrido, nos deja en la misma encrucijada que intenté subrayar en mi trabajo. Por una parte, es cierto que las tesis de Bulygin en *Normative System* parecen presuponer un positivismo excluyente. Pero, a su vez, sus ideas generales sobre la identificación del derecho, y sobre todo sus

35. Agüero, 2022: 574-575.

36. Agüero, 2022: 577.

respuestas a algunas críticas, parecen colocarlo dentro de la línea de un positivismo incluyente.

Cuando en una teoría detectamos tesis aparentemente en tensión hay dos caminos posibles. O bien mostramos que, en efecto, la tensión es solo aparente porque bien interpretadas las tesis en cuestión ella no existe; o bien, la admitimos y modificamos o descartamos algunas de las tesis incriminadas a fin de evitarla. Esta segunda vía es la que parece conjeturar Giovanni Ratti quien, como nos recuerda Agüero, admite que ciertas ideas de Bulygin, posteriores a 1971 (entre otras, la admisión de diferentes tipos de relevancia: la relevancia A y B) implican «el cambio de algunas de las tesis fundamentales defendidas en *Normative Systems*»<sup>37</sup>. Personalmente, me inclinaría por la otra opción. Es posible sostener que Bulygin no necesita cambiar ninguna de las tesis fundamentales sostenidas en *Normative Systems*, sino subrayar que ellas solo proponen un modelo de altísima abstracción que no es, ni implica, una teoría acerca de cómo se identifica el derecho. Si una teoría no tiene como objetivo responder a esta pregunta, no parece lícito criticarla porque no la responde. Conforme al modelo propuesto en esta obra, el derecho es una institución con límites, selecciona como relevantes ciertas propiedades y no otras, si los jueces agregan propiedades no previstas en la tesis de relevancia (cosa que de hecho hacen), por hipótesis, se apartan del derecho, aunque digan que no lo hacen. Esta perspectiva asume que las normas jurídicas han de ser representadas como condicionales inderrotables, pero no asume alguna tesis sobre la identificación del derecho, ni la del positivismo incluyente ni la del positivismo excluyente. Esta teoría no sostiene que el derecho pretenda excluir razones morales. Lo que dice es que, incluyéndolas o excluyéndolas, reconstruido como un sistema o como una secuencia de sistemas, el derecho identifica siempre un conjunto delimitado de propiedades a partir de las cuales –vía Modus Ponens– es posible obtener consecuencias deductivas. En definitiva, que la teoría se comprometa con la idea de que las normas jurídicas tienen que ser entendidas como condicionales inderrotables no la compromete con ninguna específica tesis acerca de la exclusión, o de la incorporación, de criterios morales en la identificación de las mismas.

El legado de Bulygin es un aporte metodológico clave con el que cualquier teoría del derecho que lo conciba como un conjunto de normas generales puede operar. Es indiferente que esta teoría sea iusnaturalista o positivista y, en este último caso, incluyente o excluyente. Toda concepción normativista del derecho –lo cual excluye tanto a una posición particularista como a una escéptica radical– puede considerarse compatible con las propuestas del positivismo analítico sostenido por Bulygin. La propuesta de un autor debería ser juzgada teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta y, fundamentalmente, las preguntas que ella intenta responder. Cuando sobre ella se proyectan categorías o preocupaciones que le son ajenas, es altamente probable

---

37. Agüero, 2022: 573.

que no se encuentren las respuestas que se están buscando y que las críticas que se formulen sean injustas.

#### 4. RESPUESTA A OSVALDO DE LA FUENTE

Oswaldo de la Fuente analiza críticamente el capítulo IV de mi libro, donde discuto algunas tesis de carácter metodológico propuestas por Fernando Atria. En este apartado presentaré algunas observaciones que surgen a partir de su comentario.

Creo estar de acuerdo en general con Davidson respecto de que nuestros desacuerdos tienen sentido en un trasfondo de acuerdos y, más precisamente, con Dworkin sobre que un desacuerdo *teórico* presupone que estemos hablando *de lo mismo*, que compartamos las tesis que identifican aquello sobre lo que cada posición sostiene tesis discordantes. Ahora bien, si aceptamos estas ideas, debemos aceptar también que el desacuerdo entre interpretativistas y positivistas jurídicos acerca de qué hacemos cuando identificamos *el concepto* de derecho y cuando explicamos el fenómeno jurídico –aunque sin duda puede implicar desacuerdos teóricos– revela que, en muchos casos, no están hablando de lo mismo y que los desacuerdos que sostienen se basan justamente en ello.

Como he intentado mostrar en los capítulos IV y V de mi libro, por un lado, estas posiciones mantienen un explícito desacuerdo sobre la noción general de concepto. Consecuentemente, cuando hablan del concepto de derecho en sus respectivos desarrollos teóricos no usan la palabra «concepto» con el mismo significado. De hecho, tanto Dworkin como Atria critican la noción de concepto ‘criterial’ que asume el positivismo normativista, y en sus reflexiones utilizan una noción de concepto ‘interpretativo’. Por otro lado, en virtud de algunos específicos conceptos que una posición acepta (por ejemplo, los de punto de vista interno y externo), las tesis de la posición alternativa devienen lógicas o conceptualmente imposibles. Es decir, una vez que se aceptan tales nociones, no existe ningún argumento que la parte contraria pueda esgrimir para mostrar la plausibilidad de su posición. No hay espacio lógico para ella. A menos que, claro está, se rechacen los conceptos responsables junto con las tesis que necesariamente se infieren a partir de ellos. En otras palabras, algunas tesis básicas asumidas por los interpretativistas (sean cognitivistas o escépticos) implican la imposibilidad lógico/conceptual de varias de las ideas fundantes del positivismo normativista respecto del derecho y del modo en que él se identifica y conoce. Es decir, dichas ideas ni siquiera son candidatas a entrar en un debate teórico puesto, *ab initio*, que carecen de inteligibilidad.

Ciertamente, no se trata de que el interpretativismo ignore que la posición positivista asume premisas que configuran el objeto del debate en modo diferente al que el interpretativismo propone. El punto es que las ideas que se toman como punto de partida –y que obviamente se aceptan como altamente plausibles– tornan, en modo *a priori*, necesariamente falsa la configuración en la que se basa la posición alternativa.

En este sentido, creo que hay una grave incomprensión por parte de de la Fuente. En su texto, cita el siguiente párrafo de mi libro (Redondo, 2018: 200)<sup>38</sup>:

[...] toda teoría filosófica propone un determinado marco, esquema, o «modo de ver» las cosas, a la luz del cual algunas conclusiones resultan meramente posibles (contingentes), otras imposibles (i.e. son contradictoria con el esquema propuesto) y otras necesarias (i.e. su verdad está presupuesta o implicada). Ahora bien, la conclusión sobre la necesidad conceptual de una determinada tesis, o el carácter auto-contradictorio de una cierta posición, aun si correctamente justificada desde la perspectiva de una concepción filosófica o esquema conceptual, solo puede considerarse válida en el interior de la misma. Y, en tal sentido, solo puede esgrimirse frente a quienes la presuponen y se comprometen con ella.

Y a partir de esto concluye<sup>39</sup>:

Cada teoría inconmensurable, conforme a este esquema, iniciaría desde puntos de vista completamente diferentes, desde dos extremos, y en su encuentro se produciría algo así como un dialogo entre sordos.

El que los desacuerdos conceptuales o filosóficos no sean desacuerdos teóricos no significa las tesis conceptuales o filosóficas discordantes y las teorías que sobre ellas se basan sean inconmensurables entre sí. En primer lugar, no se debería reducir las teorías a los presupuestos filosófico/conceptuales en los que se apoyan. Y, en cualquier caso, nada de lo que he dicho implica la inconmensurabilidad, ni entre presupuestos conceptuales contrastantes, ni entre las teorías que los asumen. Al respecto, en términos condicionales y críticos he sostenido que, *si* aceptásemos las tesis de Atria acerca de que todos los enunciados de las teorías jurídicas son normativo-constitutivos *entonces* la consecuencia sería que cada teoría constituye una forma de entender el objeto inconmensurable respecto de la forma en que lo constituye otra visión teórica<sup>40</sup>. Pero yo no avalo la tesis de Atria, de la cual resultaría esta consecuencia. A su vez, expresando con otras palabras lo que ya he dicho, en mi visión, las tesis conceptuales que podemos inferir solo a partir de las nociones que asumimos pueden considerarse parte de un análisis conceptual, o de una explicitación del contenido semántico de tales nociones, pero no son tesis teóricas que se puedan corroborar como verdaderas o falsas, claro está, independientemente de los conceptos que presuponemos. En rigor, a partir de los conceptos que se asumen, las tesis que podemos inferir serán conceptual o necesariamente verdaderas y cualquier idea incompatible será conceptual o necesariamente falsa. En tal sentido, sobre todo en el pasaje que cita de la Fuente, destacué que tales tesis no pueden esgrimirse como argumentos a sostén de la falsedad de las tesis conceptuales a las que se oponen. Ellas son relevantes o decisivas solo en la medida en que se aceptan las premisas de las que se infieren.

38. De la Fuente, 2022: 583.

39. *Ibidem*.

40. Redondo, 2018: 193.

En suma, mi posición no implica que los distintos conceptos que cada teoría asume las conviertan en propuestas inconmensurables entre sí. Por ejemplo, ellas podrían ser comparadas y evaluadas desde el punto de su utilidad instrumental respecto de ciertos fines teóricos o prácticos. O bien, desde el punto de vista de sus relaciones lógicas con otras creencias consideradas unánimemente verdaderas, o falsas. Lo que he intentado destacar es que no podemos decir que las tesis conceptuales o metodológicas de las que una posición parte sean en sí mismas verdaderas y las que propone la otra posición sean falsas, ambos enfoques podrían ser aptos en contextos diferentes o con relación a objetivos diversos.

Una ulterior aclaración general relativa a uno de los conceptos centrales que he discutido en mi trabajo. De la Fuente intenta resumir una de las distinciones que propongo, pero, al hacerlo, sostiene algo que yo no podría suscribir. Según de la Fuente<sup>41</sup>:

Para REDONDO, es importante distinguir *dentro del punto de vista interno* dos actitudes diferentes frente a una práctica. En una de ellas, el agente la comprende sin alcanzar un grado de compromiso hacia la práctica y su seguimiento respondería a razones meramente estratégicas ella (*punto de vista externo-2*). La otra sí se compromete con ella, en un grado que habrá que dilucidar (*punto de vista interno-2*).

Hay dos ideas erradas en esta lectura que determinan los posteriores comentarios de de la Fuente.

En primer lugar, según de la Fuente, *el punto de vista externo-2* sería una de las actitudes a «distinguir *dentro del punto de vista interno*». Es vital aclarar que no es así. En mi trabajo he destacado la ambigüedad de las expresiones «punto de vista interno» y «punto de vista externo» y lamentablemente de la Fuente no menciona los dos sentidos asociados a cada una de estas expresiones. En mi texto subrayo que ellas, además de aludir, respectivamente, a la actitud de participantes y observadores, se usan para referir a las diversas posiciones metodológicas puestas de relieve por Peter Winch: la de quien se refiere a, e intenta comprender, significados o contenidos conceptuales (y, en tal sentido, adopta un punto de vista interno1) y la de quien se refiere a, e intenta explicar, solo datos empíricos (y, en tal sentido, adopta un punto de vista externo1). En mi próximo comentario al trabajo de Lorena Ramírez se verá con precisión que, tanto quien propone enunciados de un punto de vista interno1 o externo1, puede hacerlo con la actitud del participante o la del observador (desde un punto de vista interno2 o externo2).

En segundo lugar, de la Fuente distingue dos tipos de actitudes prácticas (una estratégica y otra que luego caracterizará como un compromiso 'fuerte' (¿moral?). En su opinión, ellas corresponderían a la distinción que yo he marcado entre un punto de vista externo2 e interno2. No es claro por qué de la Fuente llega a esta conclusión cuando en mi trabajo subrayé reiteradamente que la diferencia entre adoptar un punto

41. De la Fuente, 2022: 585. Las itálicas son mías.

de vista externo<sup>2</sup> y un punto de vista interno<sup>2</sup> pretende captar la distinción excluyente, no gradual, entre quien asume una posición ‘neutral’, en el sentido de no sustancialmente comprometida con relación a su objeto (por ejemplo, la posición que adoptaría el teórico positivista, pero también todo aquel que no es un participante) y quien sí se compromete sustancialmente con él. Compromiso que obviamente sí es gradual, y que algunas teorías, como la de Hart, admiten que puede tanto estratégico como moral, mientras que otras consideran que es siempre, en última instancia, moral. A tenor de la caracterización ofrecida por de la Fuente, la actitud moralmente neutral del punto de vista externo-2 es estratégica, y consecuentemente, el teórico positivista y los no-participantes en general –que conforme a mi visión asumen un punto de vista externo<sup>2</sup>– serían actores estratégicos. Esta idea no puede inferirse de mis dichos y es en sí misma implausible, pero estaríamos forzados a aceptarla si lo que afirma de la Fuente fuese acertado. Por otra parte, conforme a la reconstrucción que he ofrecido en mi trabajo, es totalmente irrelevante el tipo y la intensidad del compromiso de quienes adoptan el punto de vista interno<sup>2</sup> ya que todos ellos, en menor o mayor medida, contribuyen y son (ontológicamente) relevantes para la existencia o subsistencia de la institución. Por esta razón puedo afirmar que tanto Atria como Dworkin ofrecen teorías que se colocan en un punto de vista interno<sup>2</sup>, a pesar de que estos autores difieren respecto del tipo de actitud práctica que asumimos al teorizar sobre el derecho: según Atria, el teórico del derecho no puede mantener una actitud moralmente neutral frente a él, pero no por ello lo justifica como sugiere Dworkin.

Ahora bien, bajo estas premisas generales, en mi trabajo discuto tres tesis específicas sostenidas en el libro de Atria y, a partir de las observaciones que formulo, afirmo que no es claro cómo su propuesta pueda escapar del escepticismo. Concretamente, sostengo que, para evitar el escepticismo, Atria debería desistir de su tesis de que el discurso de la teoría jurídica es siempre normativo-constitutivo respecto de su objeto. Debería aceptar que las teorías *describen* (con verdad o falsedad) algunos datos que se presuponen externos a la teoría misma (en el caso de la teoría jurídica, una realidad institucional socialmente constituida). De la Fuente sugiere que, a fin de evitar el escepticismo, es posible recurrir con provecho a la propuesta de Brandom con respecto al modo de entender los conceptos. Sobre este tema, creo que la falta de una clara distinción entre tesis conceptuales y teóricas, y entre punto de vista interno y externo lleva a de la Fuente a pensar que la aplicación de la teoría de Brandom supone alguna dificultad para las tesis que he sostenido en mi libro y, específicamente, para las críticas que dirijo a Atria. Al respecto, creo que el inferencialismo de Brandom es muy interesante y totalmente compatible con la crítica que estoy sosteniendo, en la medida en que se distinga entre la identificación de conceptos y la descripción/justificación de instituciones jurídicas constituidas por la sociedad y no por la teoría misma. A su vez, esta propuesta requiere que el teórico, al identificar el contenido de los conceptos, se coloque en un punto de vista interno<sup>1</sup>, pero no asume que deba adoptar un punto de vista interno<sup>2</sup>.

Otra de las ideas que de la Fuente pone en cuestión es la tesis de que Atria ofrece una teoría interpretativista. Él se pregunta explícitamente «¿Es la *Forma del derecho* interpretativista?» y se responde que corresponde entenderla como una teoría institucionalista<sup>42</sup>. Implicando, ciertamente, que la respuesta a su pregunta es negativa. En mi opinión, lleva razón cuando destaca que Atria comparte una concepción institucionalista del derecho. Sin embargo, creo que es un error pensar que ello significa que este autor no adopta tanto un método interpretativista como la noción de concepto que el interpretativismo usa cuando habla del concepto de derecho<sup>43</sup>. En tal sentido, su teoría mantiene el mismo tipo de desacuerdo que mantiene Dworkin con la perspectiva metodológica del positivismo jurídico normativista. En pocas palabras, una cosa es la tesis institucionalista según la cual el derecho es un objeto institucional socialmente construido. Esta es una tesis ontológica que tanto Atria como el positivismo normativista sostienen. Otra cosa es la tesis interpretativista según la cual el concepto relevante de derecho es de carácter funcional, y la identificación de un concepto de este tipo requiere necesariamente adoptar una perspectiva normativa, moralmente comprometida. Esta es una tesis metodológica que Atria suscribe y que el positivismo jurídico normativista rechaza. Las críticas que formulo al trabajo de Atria no se refieren a su posición institucionalista; se refieren, en cambio, a tres tesis típicas del enfoque metodológico interpretativista que él avala.

En relación con este punto, es de interés volver sobre algo que ya dije. Si bien Atria defiende y utiliza un método interpretativista, su propuesta no debe ser asimilada a la de Ronald Dworkin, de la que se separa en un punto de especial relevancia<sup>44</sup>. Conforme a Atria, una teoría sobre un objeto institucional como el derecho hace inteligible los ejemplos del tipo de objeto en cuestión, pero no requiere presentarlos en su mejor luz, ni conlleva necesariamente una pretensión de justificarlos. Como he subrayado, aportes como los de Atria o Ferrajoli pretenden ser críticos y diseñan un concepto de derecho entendido como un ideal aspiracional, respecto del cual las instancias reales del concepto deberían ser evaluadas. Es decir, la teoría del derecho es, en efecto, un discurso normativo-justificativo, sin embargo, ello no significa que justifique los ejemplos efectivamente existentes del concepto que la teoría propone. Por el contrario, podría sostener que tales ejemplos se alejan o inclusive contradicen el ideal que el concepto diseña.

La primera de mis consideraciones críticas a la metodología interpretativista de Atria se refiere a la relación entre el discurso de la teoría y el discurso (no el contenido) del derecho. Según el positivismo jurídico normativista es *posible* que el discurso de la teoría jurídica sea descriptivo y moralmente neutral, i.e. se proponga con una actitud

---

42. De la Fuente, 2022: 591 ss.

43. Con relación al modo en que Atria concibe el concepto de derecho, Sánchez Brígido, 2020: 107-123. También Redondo, 2022: online.

44. Redondo, 2018: 224-225.

mente-a-mundo<sup>45</sup>. Atria critica esta tesis. En su visión no es posible estudiar un objeto normativo en modo moralmente neutral, y el discurso de la teoría jurídica es normativo-constitutivo. Caben algunas observaciones con relación a este punto. En un primer momento, de la fuente sostiene que mis aserciones no son correctas. En realidad, la crítica de Atria<sup>46</sup>:

se basa, precisamente, en la misma caracterización que ofrece REDONDO, con el propósito de llamar la atención sobre el distanciamiento que ha tomado el 'positivismo analítico' o 'los auto-denominados positivistas' de la tradición jurídica de donde nace: la crítica de BENTHAM al *common law*.

Ciertamente, Atria también formula la crítica mencionada en este párrafo, sin embargo, ella no excluye la que yo he discutido. En efecto, como de la Fuente reconoce en un segundo momento, Atria –coherentemente– sostiene que la teoría jurídica no es moralmente neutral y que su lenguaje es constitutivo respecto del objeto. Esta es la tesis que critico.

Ahora bien, según de la Fuente, deberíamos aceptar la posición de Atria ya que, tratándose de comprender un objeto institucional, «no sería para nada extraño» que la teoría incida en su inteligibilidad<sup>47</sup>. Ahora bien, si la tesis de Atria fuese esta última, ninguna de las críticas que propongo se aplicaría y las tesis del carácter necesariamente constitutivo de la teoría, de la imposibilidad de permanecer en una actitud moralmente neutral, y de que la teoría no deja las cosas tal como estaban, serían exageraciones que no cabe tomar al pie de la letra. Serían excesos verbales. La lectura correcta de su propuesta es que «no sería para nada extraño» que la teoría tenga fuerza constitutiva, asuma una posición moralmente comprometida y no deje las cosas como estaban. Sin embargo, por otra parte, de la Fuente intenta mostrar que las tesis fuertes que he atribuido a Atria son correctas, y que yo no debería criticarlas porque, en realidad, las acepto. Para sostener esta conclusión, de la Fuente se detiene en el ejemplo propuesto por Atria –conectado con la segunda tesis que discuto– destinado a mostrar cómo, tanto la teoría de Hart como la de Dworkin, permiten obtener conclusiones prácticas, por lo tanto, son constitutivas del derecho y no dejan las cosas como estaban. Según de la Fuente, el hecho de que yo admita que estas teorías pueden ser leídas de más de una manera es crucial, ya que justamente éste sería el punto de Atria: «que la teoría, al poder ser leída de distintos modos, no deja las cosas como estaban»<sup>48</sup>. Lamentablemente, esta conclusión es un *no sequitur* que presupone lo que se debe mostrar, i.e. que las

45. Conforme a de la Fuente, en mi opinión, «tomar distancia del contenido del derecho no solo sería posible, sino que es imprescindible para quienes se ocupen de la teoría del derecho». Cfr. De la Fuente, 2022: 586. Es importante aclarar que no es así. He solo defendido la *posibilidad* de un estudio (relativamente) neutral del derecho. Asimismo, en modo explícito, he sostenido la posibilidad y el interés de otros enfoques, entre ellos, los de Dworkin y Atria.

46. De la Fuente, 2022: 591-592.

47. De la Fuente, 2022: 592.

48. De la Fuente, 2022: 593.

teorías tienen incidencia sobre el objeto. Si hubiésemos demostrado esto, es decir, que las teorías son constitutivas del objeto, entonces el hecho de que puedan tener distintas lecturas sería una muestra de que, en efecto, lo pueden constituir de una u otra manera. Sin embargo, dado que no hemos probado que el discurso de la teoría tenga carácter constitutivo, el hecho de que puedan leerse en un modo u otro solo indica que sus tesis son ambiguas o imprecisas.

En suma, ejemplos como el que aporta Atria para mostrar las consecuencias sustantivas que se seguirían de la teoría de Hart no demuestran, sino que presuponen, que el lenguaje de la teoría es constitutivo. Asimismo, conforme he sostenido, la tesis general de que una teoría es siempre constitutiva lleva a un resultado absurdo que entraría en contradicción con la tesis institucionalista que el mismo de la Fuente admite que Atria suscribe. Sostener el carácter constitutivo de la teoría jurídica implica concebir al derecho como una entidad teórica, lo cual es incompatible con entenderlo como un objeto institucional constituido por el grupo social y no por la teoría. De la Fuente no toma en cuenta estas consideraciones.

Al evaluar la segunda tesis discutida en mi trabajo –la relación entre las tesis conceptuales y el contenido del derecho– de la Fuente presenta una ulterior crítica con relación al modo en que entiendo el punto de vista interno constitutivo del derecho, i.e. el punto de vista interno<sup>2</sup> y, en alternativa, sugiere utilizar la propuesta de Guala. En mi trabajo, y a partir de las ideas de Hart, he entendido que el punto de vista interno<sup>2</sup> alude a una actitud práctica real (no simulada) que es relevante para existencia o subsistencia de cualquier objeto institucional. He sostenido que –en términos cognitivistas– puede ser analizado como la posición de quien cree o presupone una teoría justificativa con relación al objeto al que se refiere. Esta delimitación es muy laxa, en más de un sentido. Por hipótesis es una actitud práctica con dirección mundo-a-mente, que en la literatura generalmente se entiende, en última instancia, de tipo moral. El punto es que, como ya ha sido dicho, la caracterización que ofrezco es ciega frente al hecho de que, obviamente, tal actitud práctica puede verificarse en grados diversos. Asimismo, nada dice acerca del concreto sentido de la misma, i.e. si ella es favorable o contraria a aquello respecto de lo cual se adopta. Esta delimitación laxa se justifica a la luz del objetivo que guía mi propuesta: el interés en distinguir entre quien adopta una actitud sustancialmente comprometida (favorable o contraria, fuerte o débil, consciente o no, etc.) frente a un objeto y quien pone entre paréntesis sus actitudes prácticas frente a él y adopta una perspectiva que, en tal sentido, puede considerarse neutral o no comprometida, siempre *con relación al objeto en cuestión*. A su vez, el hecho de que mi caracterización del punto de vista interno<sup>2</sup> aluda a la presuposición de una teoría justificativa tiene que entenderse en sentido muy amplio. Quien se coloca en esta posición no lo hace en modo necesariamente racional, o siendo capaz de articular las bases en las que su actitud se apoya. En realidad, lo único que se intenta subrayar al hablar de un compromiso con una ‘teoría justificativa’ es la presencia de un compromiso con un conjunto de ideas acerca de lo que es sustantivamente correcto con relación al

objeto, y de las cuales el agente podría inclusive no ser consciente. Ahora bien, tanto la noción de Guala como la propuesta de distinguir tres etapas de la reflexión teórica, como así también, la interesante contribución de Peter que menciona de la Fuente, no apuntan a captar el contraste que he intentado expresar y no se ve con precisión el modo en el que determinarían una conclusión diferente respecto de la tesis en discusión, es decir: respecto de la posibilidad de obtener conclusiones sobre el contenido del derecho a partir de las tesis teóricas. En tal sentido, si bien pueden ser relevantes para profundizar el contenido de las distinciones en juego o, en el caso de las tesis de Peter, para quien esté interesado en ofrecer una teoría normativa, no es del todo claro cómo se relacionan con la crítica puntual que se está analizando: solo si presuponemos la imposibilidad del positivismo jurídico normativista podemos afirmar, en general, que a partir del discurso de la teoría jurídica se siguen necesariamente consecuencias relativas al derecho y su práctica.

Un tercer tema que en mi trabajo se considera decisivo con relación al debate sobre el objeto y el método de la teoría del derecho es el concepto de concepto y, por consiguiente, el modo de entender la tarea teórica de identificación y explicación de un concepto. También sobre este tema de la Fuente se opone a mi análisis. En primer lugar, de la Fuente admite que, teniendo en cuenta la distinción que propongo, para dar sentido a un concepto institucional no es necesario asumir una actitud comprometida<sup>49</sup>. A partir de esto sería esperable que de la Fuente estuviese de acuerdo en criticar a Atria, puesto que, según este autor, sí es inevitable la adopción de la actitud comprometida del punto de vista interno<sup>2</sup>. Sin embargo, de la Fuente no parece estar dispuesto a dirigirle este reproche puesto que, en su opinión, Atria no está interesado en defender una tesis carácter conceptual.

Respecto de este punto, estoy de acuerdo en que Atria no está interesado en proponer una teoría sobre los conceptos. Sus propósitos críticos respecto del positivismo jurídico van mucho más allá y, entre otras cosas, como subraya de la Fuente, apuntan a mostrar que el positivismo actual «se aleja demasiado de la tradición de la cual nació». Aun siendo esto cierto, creo que no es posible sostener que el trabajo de Atria no se apoya, según sus propios dichos, en una determinada forma de entender los conceptos<sup>50</sup>. En realidad, uno de los puntos que Atria señala con énfasis es justamente que el concepto de derecho no es un concepto de clase natural, sino referido a una realidad social dotada de fines y de una estructura cuya comprensión exige al teórico involucrarse en la tarea de identificar cuáles son las funciones o fines que lo hacen inteligible.

En mi opinión, la discusión sobre cómo entender los conceptos institucionales es crucial para poner a foco la discrepancia entre Atria y el positivismo jurídico. Y, en general, para mostrar las bases del desacuerdo entre las posiciones interpretativistas y positivistas. Ciertamente, esto no implica sostener que «la teoría del derecho deba

49. De la Fuente, 2022: 587.

50. Cfr. Sánchez Brígido: 107-123

dedicarse exclusivamente a ofrecer criterios de individuación»<sup>51</sup>. Esto debería estar fuera de duda. Significa solamente que este punto de partida es determinante para entender los enfoques que se están proponiendo. Al respecto, aunque la menciona, la recriminación principal de Atria no pasa por el hecho de que algunas posiciones positivistas parecen jactarse de la superficialidad y del carácter poco informativo de los conceptos que proponen. A mi juicio, esta recriminación es en sí misma superficial y su validez, si la tiene, es muy circunscripta y anecdótica. Por el contrario, no solo no es superficial sino decisiva la tesis de que el concepto institucional de derecho, en contra de lo que sostiene el positivismo jurídico, es un concepto funcional cuyo análisis requiere la identificación de los fines o valores que una determinada estructura hace probable. Al respecto, una reflexión sobre qué se entiende por conceptos densos y delgados podría ser iluminante. Sin embargo, no es la reflexión en la que se basa Atria para expresar su crítica. En definitiva, dado el análisis que ofrece este autor, la cuestión central es si, en efecto, el concepto institucional de derecho y los conceptos institucionales en general han de considerarse, o no, conceptos funcionales y en qué consiste el análisis de estos conceptos. Al respecto, de la Fuente no se expide.

Por último, de la fuente sostiene la misma idea que he defendido en el capítulo V: posiciones como las de Atria y Dworkin, sin bien diferentes entre sí, no compiten con la del positivismo jurídico. En realidad, pueden verse como complementarias. Sin embargo, de la Fuente no parece advertir que, al sostener esto, tendría también que criticar a los autores mencionados, en la medida en que presentan sus propuestas como si fuesen competitivas (y ciertamente superadoras) con respecto a las del positivismo jurídico. En todo caso, sobre esta base de la Fuente afirma<sup>52</sup>:

En estos términos, la diferencia entre REDONDO y ATRIA no se presenta como alternativas teóricas, sino más bien discrepan sobre el alcance de la teoría del derecho. Para REDONDO bastaría quedarse en un nivel conceptual que puede prescindir del contenido del derecho, mientras que para ATRIA sería posible, y es importante, dar un paso más hacia su dimensión institucional en la práctica.

Con respecto a esta idea es oportuno aclarar algunos puntos. Mi discrepancia con la teoría de Atria reside en algunas tesis metodológicas, precisamente, las tres que he discutido en mi trabajo, y ninguna de ellas se refiere al alcance de la teoría del derecho. En efecto, entiendo que una teoría general del derecho no tiene como objeto el estudio del contenido de ningún sistema jurídico en particular. Sin embargo, en ningún caso esto implica que ella deba limitarse a realizar análisis conceptual. Al contrario, una idea central de mi trabajo es que la tarea analítica que propone el positivismo jurídico no excluye, sino que es compatible y se complementa con los aportes de otros enfoques que, por ejemplo, intentan explicar el derecho desde un punto de vista sociológico, económico, histórico, o bien se preguntan por las condiciones de su legitimidad política o su

51. De la Fuente, 2022: 598.

52. De la Fuente, 2022: 597.

justificación moral. En otras palabras, mi tesis ha sido que la teoría del derecho puede tener distintos objetivos y emplear distintos métodos para alcanzarlos<sup>53</sup>. En tal sentido, si no se concibe como una alternativa ‘superadora’ del enfoque analítico, creo que el trabajo de Atria es muy valioso, afronta inquietudes que hoy en día despiertan gran interés, ofrece una reflexión inteligente y de alta calidad argumentativa. Sin embargo, discrepo claramente con la idea implícita en la afirmación de que la teoría de Atria (o cualquier teoría) responde «las preguntas que realmente importan». A mi entender, el interés de las preguntas que plantea una teoría es siempre relativo a un contexto, histórico, social, académico, etc. y las explicaciones que se ofrecen son siempre incompletas.

Para finalizar, pruebo aquí a expresar sintéticamente la crítica central que he intentado sostener en mi trabajo en relación con *La forma del derecho* de Atria. Existe un amplio consenso respecto del carácter funcional de las entidades institucionales. En esta perspectiva, instituciones como el derecho, la promesa, el matrimonio, etc., en modo espontáneo o deliberado, se constituyen socialmente a la luz de ciertos fines u objetivos. Ahora bien, ¿significa esto que el teórico, al identificar un concepto institucional, necesariamente entra en un debate sustancial acerca de los fines o valores que hacen inteligible el objeto de estudio? En la perspectiva de Atria la respuesta es afirmativa, porque no hay una distancia cualitativa entre los objetos institucionales (claramente funcionales) y la tarea teórica de identificarlos. Esta última tiene status normativo y, específicamente, constituye su objeto a la luz de ciertos fines. En la perspectiva positivista, los objetos institucionales tienen carácter funcional y son constituidos por aquellos participantes en una práctica social que asumen el punto de vista interno<sup>2</sup>. Dichos objetos, sin embargo, son susceptibles de ser identificados y descritos en modo relativamente neutral. Ello implica que es posible identificarlos, caracterizarlos, sin contemporáneamente ofrecer una teoría que los racionalice o justifique. Identificar el concepto exige colocarse en un punto de vista interno<sup>1</sup>. Es decir, exige comprender a los participantes que los construyen, pero no necesariamente colaborar con ellos en el sostenimiento o destrucción de estas entidades sociales. En tal sentido, sería altamente relevante debatir sobre las condiciones que, de hecho, tendrían de verificarse para que sea posible el distanciamiento o ‘neutralidad relativa’ que este tipo de análisis teórico propone. En otras palabras, una pregunta crucial para el estudio de la realidad social sería bajo qué circunstancias un aporte teórico puede efectivamente ser considerado sustancialmente neutral, y no una propuesta partisana más. Desafortunadamente, una investigación empírica de este tipo, carece de sentido para una posición interpretativista ya que, respecto de la realidad social, la descripción y la adopción de una actitud no moralmente comprometida son conceptualmente imposibles. En modo ineludible, identificar un concepto institucional supone estar ya apoyados en una específica teoría normativa que toma sustancialmente partido a favor o en contra de una facción u otra.

---

53. Con respecto a la pluralidad de enfoques en el estudio del derecho, véase Champeil-Desplats, 2022. online.

## 5. RESPUESTA A LORENA RAMÍREZ

Lorena Ramírez destaca una multiplicidad de cuestiones interesantes y, lamentablemente, no será posible detenerme aquí en todas ellas. Seleccionaré algunas de estas cuestiones, teniendo en cuenta cada uno de los «análisis críticos» que ella presenta, para tratar de despejar algunos equívocos.

El primer análisis se refiere a la ambigüedad interno/externo. Dice Lorena Ramírez<sup>54</sup>:

Con respecto al **pve1**, no resulta del todo claro qué posiciones teóricas asumirían en el ámbito iusfilosófico ese punto de vista, y habría que precisarla para que no se convirtiera en una categoría vacía e irrelevante, o en una suerte de enemigo a la medida.

En efecto, es importante precisar en qué consiste el punto de vista externo1. Cuando se lo hace, se ve con claridad que no designa una clase vacía, pero, sobre todo, no pretende designar un enemigo. Creo que mi alusión a la perspectiva que asumiría un extraterrestre no ha sido de ayuda para ilustrar este punto de vista. No porque no sea correcta, sino porque conlleva la engañosa sugerencia de que el punto de vista externo1 es una posición demasiado exótica en la que nadie, o solo alguien muy lejano, podría encontrarse. Por el contrario, la perspectiva a la que aludo goza de amplia difusión en la filosofía jurídica y es aquella que sostienen los defensores de la naturalización del método en el estudio del derecho<sup>55</sup>. Ahora bien, yo he hablado de *enunciados* emitidos desde el punto de vista interno1 y externo1. Es decir, al contrario de lo que sugiere Lorena Ramírez, la adopción de esta perspectiva no se predica de una teoría o de la propuesta de un autor, en su conjunto. Es altamente improbable que una teoría se exprese mediante un único tipo de enunciados: todos sobre conceptos, todos empíricos, o todos evaluativo-normativos. Del mismo modo, las propuestas de autores, como por ejemplo Alf Ross o Riccardo Guastini, si bien paradigmáticamente son ejemplos de tesis formuladas desde el pve1, como bien dice Lorena Ramírez, en muchos casos no lo son. En otras palabras, la distinción entre pve1 y pyv1 no pretende clasificar teorías o teóricos del derecho, sino enunciados o discursos en general. El criterio para determinar cuándo un discurso es de un tipo, o de otro, ha sido explícitamente enunciado en mi trabajo: un discurso se coloca en el punto de vista externo1 en la medida en que se refiere a, o pretende captar, exclusivamente datos empíricos, no contenidos de significado. Por ejemplo, cuando se hacen cálculos de probabilidades, se establecen relaciones estadísticas, correlaciones causales o también descripciones, pero siempre con relación a datos empíricos. Particularmente, un discurso del punto de vista externo1, si se refiere a prácticas de comportamiento, por hipótesis, no apunta a captar el significado o contenido de las mismas, sino solo a registrar, cuantificar, correlacionar sus manifestaciones externas.

54. Ramírez, 2022: 608.

55. Por ejemplo, Leiter, 2007.

Cuanto he dicho sobre la distinción entre un punto de vista interno<sup>1</sup> y externo<sup>1</sup> no tiene nada de novedoso. Con ella he solo retomado la distinción puesta de manifiesto por Peter Winch y usada por Herbert Hart. Lorena Ramírez sugiere que, más que ésta, se pueden establecer otras distinciones interesantes, y cita concretamente aquella entre teorías funcionalistas y teorías internas<sup>56</sup>. Presuponiendo, obviamente, que las teorías funcionalistas son externas. Lamentablemente, la expresión «función» alberga precisamente la ambigüedad que he intentado eliminar. Motivo por el cual, lejos de pensar que el contraste propuesto aporta por sí mismo una distinción clara, creo que puede estar dotado de interés solo en la medida en que se presuponga y utilice la distinción de Winch. Concretamente, solo una vez que se aclare si los enunciados de la teoría funcionalista a la que se está aludiendo se refieren efectivamente a relaciones causales entre eventos empíricos, o si en cambio se refieren a conceptos, o al contenido de las actitudes intencionales de los agentes descriptos. Esto es especialmente relevante en aquellos casos, como el propuesto por Lorena Ramírez, en que los ‘agentes’ cuyos ‘comportamientos’ se describen son hormigas. No está descartado que ciertas teorías funcionalistas no adopten una presuposición antropocéntrica y animista, como si las hormigas tuviesen ‘inclinaciones’ (¿funciones?) que las guían a satisfacer ciertos ‘objetivos’. Estas teorías se colocan en un punto de vista interno<sup>1</sup>, presuponiendo, por ejemplo, que ciertos estados de cosas son ‘valiosos’ para las hormigas (la preservación de la vida, por ejemplo) y, por lo tanto, ellas los ‘persiguen’. Ciertamente, también es posible que las teorías funcionalistas adopten un punto de vista externo<sup>1</sup>, es decir, releven tendencias de las hormigas, muestren bajo qué condiciones estas tendencias se mantienen, con qué probabilidad se producirán ciertos resultados, etc. En suma, traer a colación el ejemplo de explicaciones funcionalistas es útil solo para reforzar la necesidad de advertir que, como han señalado muchos autores, la noción de «función» es problemática y que las teorías que asumen esta perspectiva suelen oscilar entre entenderla en términos de una relación empírica en la que ciertas causas provocan ciertos efectos, o en términos de una relación de explicación o justificación racional en la que ciertas razones motivan o hacen inteligible ciertos resultados. Colocándose así alternativamente, y sin advertir la confusión, en un punto de vista externo<sup>1</sup> y en un punto de vista interno<sup>1</sup><sup>57</sup>.

El ejemplo de las explicaciones funcionales del comportamiento de las hormigas pone en evidencia un punto adicional relacionado con un contraste diferente: aquél entre discursos pronunciados con una actitud ‘neutral’ del punto de vista externo<sup>2</sup>, o con la actitud ‘comprometida’ del punto de vista interno<sup>2</sup>. En mi trabajo, he presentado este contraste refiriéndome exclusivamente al desacuerdo entre interpretativismo y positivismo jurídico normativista. Estos enfoques coinciden en que los enunciados que identifican normas y conceptos jurídicos son enunciados internos<sup>1</sup>, pero mientras

56. Ramírez, 2022: 609-610.

57. Son interesantes, en este sentido, las críticas formuladas a algunas teorías sobre la ‘función’ de la pena. Cfr. Ferrajoli, 1989.

que para el primero ello implica adoptar un punto de vista sustancial o moralmente comprometido, para el segundo, no. Ahora bien, la distinción en cuestión no se aplica solo a estas dos posiciones, y puede generalizarse. También un discurso externo1 referido al mundo empírico –como el que proponen los realistas jurídicos acerca del derecho, o algunas teorías funcionalistas acerca del comportamiento de las hormigas– puede ser proferido, o bien con la actitud moralmente neutral del punto de vista externo2 o con una actitud sustancialmente comprometida del punto de vista interno2. Esto ha sido puesto de relieve por Jorge Rodríguez<sup>58</sup>. Por ejemplo, el legislador que dice «prohibido matar» emite un enunciado externo1, directamente referido al mundo, con la actitud sustancialmente comprometida, mundo –a– mente, típica del punto de vista interno2. Por el contrario, quien sostiene «Juan mató a Pedro» también se refiere directamente al mundo mediante un enunciado externo1, pero lo hace –supongamos que en el contexto es claro– con la actitud mente –a– mundo, típica del punto de vista externo2. Teniendo en cuenta las distinciones propuestas, no hay ninguna razón por la cual negar que los enunciados directamente referidos a eventos o estados de cosas empíricos se expresen, o bien con una actitud, o con la otra. Esta posibilidad no fue tenida en consideración en el capítulo V de mi trabajo, que está fundamentalmente concentrado en el debate entre teorías jurídicas. Pero ella confirma que las distinciones introducidas permiten captar las explicaciones funcionales mencionadas por Lorena Ramírez. Dada la ambigüedad de este tipo de explicaciones, ellas podrían ser un ejemplo de discurso externo1 (referido a comportamiento físico de las hormigas) o interno1 (referido al significado de dichos comportamientos). A su vez, podrían limitarse a ofrecer descripciones moralmente neutras (i.e. adoptar un punto de vista externo2), o bien estar sustancialmente comprometidas con alguna teoría normativa sobre lo que es ‘beneficioso’ o ‘perjudicial’ para las hormigas (i.e. adoptar un punto de vista interno2).

En síntesis, como he sostenido en mi respuesta a otros críticos, la desambiguación apuntada hace posible distinguir en términos generales<sup>59</sup>: (a) un discurso interno1 e interno2 (típicamente, el de Dworkin o el de Atria), (b) un discurso interno1 y externo2 (típicamente, el del positivismo jurídico normativista), (c) un discurso externo1 y externo2 (típicamente, el de los realistas jurídicos o el de los entomólogos) y (d) un discurso externo1 e interno 2 (típicamente, el del legislador que ordena la producción de un resultado empírico)<sup>60</sup>. Las explicaciones funcionales podrían ser ejemplo de cualquiera de estas cuatro combinaciones.

Otros puntos merecen aclaración. Según Lorena Ramírez<sup>61</sup>:

58. Rodríguez, 2022a: 85-89.

59. Esta clasificación fue ya introducida en mis respuestas a otros críticos en un debate editado por Paula Gaido en *Revus*. Cfr. Gaido, 2022: online.

60. Redondo, 2022: online.

61. Ramírez, 2022: 609-610. Las cursivas son mías.

En definitiva, la distinción entre pve1 y pvi1, tal y como es planteada por Redondo, no parece dar cuenta de las discusiones teóricas, especialmente entre los positivistas, ya que puede decirse que *todos ellos se centran en conceptos y significados y adoptan (aunque con obvias diferencias) una metodología positivista empirista*.

Obviamente, todas las teorías jurídicas usan y se refieren a conceptos que, por cierto, inciden en las descripciones que ofrecen. La distinción entre discursos del punto de vista externo1 e interno1 está relacionada con el tipo de objeto (la ontología) que los conceptos usados captan, y el tipo de relaciones que entre ellos se pueden establecer. En tal sentido, y contrariamente a lo que sostiene Lorena Ramírez, si comprendemos la distinción entre punto de vista interno1 y externo1 veremos que ella capta justamente –entre otros– el contraste y el debate entre el positivismo jurídico normativista (que reivindica un punto de vista interno1, y el positivismo jurídico realista (que se coloca en un punto de vista externo1). Por otra parte, permite eliminar la profunda ambigüedad que hace posible sugerir, falsamente, que ambas posiciones adoptan la misma «*metodología positivista empirista*». Guastini y Hart no adoptan la misma metodología empirista. Estos autores abogan por la adopción de métodos y puntos de vista distintos. Guastini (al menos en parte) propone y *usa conceptos* que delimitan el derecho como un objeto empírico. Hart, en cambio, *usa conceptos* que lo configuran como un objeto normativo. A través de los conceptos que utilizan asumen compromisos ontológicos distintos, como bien destaca Lorena Ramírez. Pero, entonces, si para algo sirve la distinción entre pve1 y pvi1, tal y como la he planteado, es para dar cuenta de las discusiones teóricas, especialmente entre los positivistas.

Por último, siempre con respecto al primer análisis crítico, Lorena Ramírez destaca:

Cabría entonces plantearse, como cuestión ontológica, si podría subsistir una institución en que solo pervivieran hombres malos *a la* Holmes (asumiendo, como ella hace, que no son aceptantes) pero que emitieran regularmente enunciados desde el pvi2.

Quien adopta la actitud del hombre malo de Holmes no es un aceptante. Sin embargo, es un participante que asume una actitud práctica y que, claramente, tiene relevancia ontológica. Frente al planteo mencionado, cabe responder que, dependiendo de cómo se caracterice al hombre malo, es probable su actitud determine la existencia de una institución inestable, o bien, que contribuya a su degradación o extinción. Ahora bien, no es claro si el comentario de Lorena Ramírez pretende referirse a quienes, menospreciando una institución, en modo hipócrita, emiten regularmente enunciados favorables a ella, o bien, coherentemente, emiten enunciados críticos respecto de la misma. Ambos serían ejemplos de enunciados emitidos desde un punto de vista interno2. Lo que me interesa subrayar es que los enunciados de este tipo no captan solamente el discurso justificativo favorable a una institución y que la pone en su mejor luz. También capta el discurso normativo crítico, conforme al cual, por ejemplo, ella podría no gozar de justificación alguna. El capítulo V, especialmente concentrado en la posición interpretativista de Dworkin, puede haber sugerido que los enunciados del punto de vista interno2 son solo del primer tipo. Sin embargo, y tal como he sostenido,

posiciones como las de Atria y Ferrajoli no suponen la necesaria justificación del objeto al que se refieren, pero son también ejemplos de propuestas sustancialmente comprometidas que se colocan en el punto de vista interno<sup>2</sup>. En suma, un discurso proferido desde esta perspectiva, en primer lugar, siempre expresa o presupone una teoría normativa, aunque ello no necesariamente implica conferir valor positivo al objeto, o presentarlo en su mejor luz. En segundo lugar, siempre tiene relevancia ontológica: contribuye a la existencia/permanencia/desaparición de la realidad institucional.

El segundo análisis crítico de Lorena Ramírez se refiere a las que, en su opinión, serían las tesis centrales de mi trabajo. También en este caso cabe disolver algunos equívocos. En el último capítulo de mi libro, en primer lugar, he intentado destacar que, aunque se denominen del mismo modo, la distinción detectada por Winch, referida a dos tipos de discursos, es totalmente independiente de la conocida distinción entre quienes adoptan una actitud comprometida/no comprometida respecto del objeto al cual se refieren. En segundo lugar, he subrayado que el no reconocimiento de estos dos sentidos independientes de «punto de vista interno» y «punto de vista externo» lleva directamente a lo que he llamado «la tesis de la imposibilidad». Es decir, a la tesis según la cual no es posible proponer un discurso interno, en sentido semántico, sin simultáneamente adoptar una actitud interna, en un sentido práctico. En otras palabras, la tesis central que he tratado de defender en mi trabajo es que la imposibilidad de una posición teórica externa o 'neutral' respecto del significado o el contenido de las instituciones jurídicas (i.e. la imposibilidad del positivismo jurídico interno) está ya implícita en la forma de entender ciertos conceptos. Concretamente está ya implícita en la noción de punto de vista interno que conecta necesariamente la adopción del enfoque metodológico tematizado por Winch con la adopción de una actitud práctica comprometida. Y, por cierto, está también presupuesta en otros conceptos que se apoyan sobre esta forma de entender el punto de vista interno.

En este capítulo he argumentado a favor de una posición metodológica que hace *posible* tanto al interpretativismo como al positivismo jurídico interno. No he defendido ninguna teoría del derecho. En especial, no he defendido el positivismo jurídico interno, aun cuando estoy de acuerdo con dicho enfoque. Asimismo, y en contraste con lo que sostiene Lorena Ramírez, tampoco he sostenido que el positivismo jurídico sea una posición más abarcativa que admite distintos tipos de aproximaciones, tanto internas como externas. Este es un malentendido. La posición que he denominado «positivismo jurídico interno» es un tipo de aproximación teórica que pretende llevar a cabo un estudio descriptivo y no justificativo de un objeto normativo (razón por la cual su discurso se coloca en un punto de vista interno<sup>1</sup> y externo<sup>2</sup>). Ciertamente, los positivistas jurídicos internos o normativistas, aun cuando no analicen explícitamente el tema, presuponen que es posible hacer lo que están haciendo. En tal sentido, ellos deberían advertir y rechazar aquellos conceptos que implícitamente niegan tal posibilidad.

En suma, en contra de lo que sostiene Lorena Ramírez, la tesis de la posibilidad no es la tesis distintiva del positivismo jurídico interno<sup>62</sup>. Uno podría aceptar la tesis de la posibilidad y luego juzgar que el mejor modo de explicar el derecho es mediante un enfoque naturalizado radicalmente externo, o uno de carácter normativo-justificativo. Ante las preguntas que formula Lorena Ramírez respecto de la diferencia entre mi posición y la de Hart, sin ánimo de entrar en detalles, diría que casi ninguna. El problema es lo que su pregunta presupone. Como acabo de decir, en el capítulo comentado no he intentado defender el enfoque del positivismo jurídico, ni el de Hart ni ninguna otra versión de esta corriente de pensamiento. Solo he intentado mostrar que, si no se advierten y separan los dos sentidos del contraste interno/externo, una teoría como la de Hart, o la de cualquier positivista normativista, deviene imposible.

El tercer análisis crítico de Lorena Ramírez se refiere a un punto especialmente importante. En mi trabajo me he detenido en el desacuerdo sobre la posibilidad/imposibilidad de una teoría descriptiva con relación a un objeto normativo y, si llevo razón, emerge que el debate es espurio porque quienes sostienen la imposibilidad lo hacen a partir de un conjunto de conceptos que ya la implican. En otras palabras, producen un argumento que es una petición de principio. En tal sentido, Lorena Ramírez se pregunta qué fuerza tendrían mis argumentos frente a quienes no comparten mis presupuestos, como sería el caso de Dworkin. ¿Por qué las posiciones alternativas deberían aceptar mi propio esquema conceptual? La preocupación se basa en que cada posición defiende tesis que dependen de sus propios presupuestos conceptuales y, aparentemente, no habría ninguna razón para sostener que un esquema conceptual es mejor que otro, serían todos «igualmente admisibles»<sup>63</sup>. Si las cosas fuesen así, en efecto, no habría modo de dar cuenta de los desacuerdos entre teorías y esto llevaría, además, a un radical escepticismo. Como respuesta a esta aparente dificultad cabe recordar al menos dos cosas. En primer lugar: el hecho de que el desacuerdo al que me he referido sea de carácter conceptual, i.e. versa exclusivamente sobre determinados conceptos en juego, no implica que todos los desacuerdos sean de este tipo. En efecto, hay desacuerdos empíricos y teóricos que no dependen enteramente de las premisas conceptuales que se aceptan y, para dirimirlos es imprescindible ofrecer argumentos que van más allá del debate sobre los conceptos que se admiten. En segundo lugar: el hecho de que el debate conceptual en el que me concentré sea espurio porque los conceptos que asume una posición no dejan espacio lógico para defender las tesis de la posición discordante, no significa que todos los desacuerdos conceptuales sean espurios. Por ejemplo, mi tesis acerca de la posibilidad de una teoría que describe contenidos normativos desde un punto de vista sustancialmente neutral respecto de los mismos, se basa ciertamente en un modo de entender las nociones de punto de vista interno y externo, que intenta reemplazar el modo en el que los interpretativistas las entienden. Sin embargo, al

62. Ramírez, 2022: 614.

63. Ramírez, 2022: 619. He tratado este problema también en mi respuesta a Osvaldo de la Fuente.

argumentar a favor de esta posibilidad no he producido una *petitio principii* en sentido contrario a la que critico. Es decir, mi reconstrucción de estos conceptos, si bien hace posible defender las tesis de un positivismo jurídico interno, no torna conceptualmente imposible la posición del interpretativismo. Como vimos, conforme a las distinciones que he propuesto, emergen cuatro distintos enfoques en el estudio del derecho, todos ellos igualmente posibles. Ciertamente, el que sean igualmente posibles no significa que sean igualmente adecuados, recomendables u oportunos. Esto dependerá de cuáles sean los objetivos que guían la investigación a llevar a cabo. Solo por dar un ejemplo: si el interés del estudioso es poner de relieve la radical falta de justificación de una institución, no parece adecuado adoptar el método del interpretativismo Dworkiniano según el cual, por hipótesis, identificar la institución es ya presentarla en su mejor luz y, en alguna medida, justificarla.

Lorena Ramírez entiende en un modo peculiar mi tesis metodológica conforme a la cual diversas formas de teorizar sobre el derecho resultan «igualmente posibles» o «admisibles». A partir de mi análisis nada se sigue acerca de la factibilidad empírica de cada una de estas perspectivas teóricas. De hecho, es imprescindible afrontar la pregunta acerca de las condiciones empíricas, objetivas y subjetivas, que deberían verificarse para que un enfoque, que es conceptualmente posible, sea de hecho factible en un contexto, o instrumentalmente eficaz respecto de un determinado objetivo. Por ejemplo, Lorena Ramírez, en la nota 15 de su trabajo, insinúa la siguiente tesis empírica: solo quien es un participante comprometido tendría el *know how* para captar los conceptos o contenidos que se aceptan en un grupo. Ahora bien, una investigación sobre este punto, altamente relevante, pierde absolutamente sentido cuando su imposibilidad o necesidad se presuponen en virtud de los conceptos que se asumen.

En síntesis, mis tesis no excluyen la posibilidad de genuinos desacuerdos sobre conceptos, explicaciones teóricas o aserciones empíricas. Es más, mi trabajo podría ser presentado como un intento de mostrar que existe un desacuerdo conceptual sobre el modo de entender las nociones de punto de vista interno y externo y que dicho desacuerdo no puede considerarse resuelto mediante una mera petición de principio: asumiendo un modo de entender estas nociones que torna necesariamente verdadero lo que se pretende defender y cancela el espacio lógico que permite expresar lo que la posición discordante propone. Un desacuerdo conceptual debería ser dirimido como cualquier otro desacuerdo racional, mostrando que la perspectiva que se defiende está basada en mejores argumentos (argumentos válidos y sólidos) que es compatible con tesis que interesa preservar o que, en general, demuestra mayor capacidad para satisfacer los objetivos que se pretenden alcanzar.

## 6. BREVE RESPUESTA AL COLOFÓN DE JOSÉ JUAN MORESO

En su comentario de clausura, Moreso identifica dos ideas centrales de mi libro: el derecho es (i) un tipo de entidad ideal, específicamente, una entidad normativa y (ii) un tipo de razón para la acción, específicamente, un tipo de razón en el sentido formal del término. Estoy de acuerdo con la síntesis que propone Moreso, comprendo el porqué de su desconianza ante mi propuesta y creo que las preguntas que plantea son altamente relevantes.

Moreso comparte conmigo la primera idea y no formula objeciones que la afecten. Al respecto, solo subrayaría que la posición ‘anti-naturalista’ que me atribuye debe entenderse como fundamentalmente referida al método de estudio del derecho, puesto que, desde un punto de vista ontológico, como Moreso admite, la realidad ideal o normativa de la que el derecho es parte está totalmente integrada a, y determinada por, el mundo natural<sup>64</sup>. En tal sentido, mi posición no es ‘anti-naturalista’ y, como ya mencioné en mi respuesta a Alberto Carrió, creo que la reflexión de la metafísica analítica contemporánea sobre el modo en el que propiedades normativas sobrevendrían a propiedades naturales puede contribuir a dar un paso importante en la explicación del modo en que los contenidos normativos del derecho no son reducibles a, pero dependen del mundo natural.

La segunda tesis es parte de un debate de la filosofía práctica. Sobre este punto, Moreso destaca dos ideas que yo propongo. Conforme a la primera, presuponiendo que la normatividad se explica en términos de razones para la acción, la normatividad *típica* o *distintiva* del derecho no reside en que él ofrece razones en sentido sustantivo –que, por supuesto, pretende ofrecer–, sino en la forma de razonar que nos propone. Es decir, las normas jurídicas, independientemente de que sean, o no, contenidos correctos, o tengan, o no, capacidad motivacional, (i.e. sean razones en sentido sustantivo) son enunciados universales que configuran un determinado modo de razonar y justificar reclamos o decisiones sobre su base (i.e. son razones en sentido formal). Esta propuesta deja descontento a Moreso, y temo que cualquier aclaración o agregado continuará a parecerle insatisfactorio. Ello es así porque su esquema conceptual incluye una noción de unidad del razonamiento práctico conforme a la cual explicar la normatividad o el carácter práctico de algo (una normatividad «robusta», «genuina», no «devaluada»), por hipótesis, es explicar cómo este factor interviene en un marco de razones sustantivas cuya presupuesta unidad está dada, en última ratio, por su fundamento en razones morales. Del mismo modo, asumir una actitud de carácter práctico (i.e. un punto de vista interno<sup>2</sup>) también, en última instancia, es asumir una actitud de carácter moral. Se trata de un presupuesto fuerte que –lamentablemente, a mi juicio– determina la discusión de los teóricos de derecho sobre este tema. Yo contesto esa tesis. En tal sentido, sostener, como he sostenido, que existe un espacio lógico para el estudio del

64. Moreso, 2022: 624.

derecho sin asumir el punto de vista interno<sup>2</sup>, es un corolario de ese rechazo. Significa sostener que podemos ser moralmente neutrales *respecto del contenido de los conceptos o normas jurídicas que estudiamos*, sin que ello implique colocarse en una perspectiva totalmente aséptica, arquimediana, carente de evaluaciones o de compromisos prácticos robustos<sup>65</sup>. Esto es imposible para quien acepta la tesis de la unidad del razonamiento práctico basada en la moral. Sencillamente porque no es posible tener compromisos prácticos *genuinos* o *robustos* que no sean morales en última instancia. Sin ánimo ni posibilidad de discutir aquí esta idea, cabe subrayar que su amplia aceptación está en el corazón del argumento que lleva a pensar que el positivismo jurídico no puede, sin autodestruirse, recurrir a una noción de razón sustantiva (*genuina* o *no-devaluada*) para explicar el carácter práctico del derecho<sup>66</sup>. A su vez, explica la segunda idea que destaca Moreso, contenida en la «enigmática nota» que él cita. En efecto, en dicha nota sugiero que el positivismo jurídico podría explicar la normatividad del derecho en términos de razones sustantivas, «independientemente de aquello que es moralmente correcto hacer». Pero ello «requeriría una discusión de la tesis de la unidad del razonamiento práctico tal como usualmente se entiende»<sup>67</sup>. En suma, bajo la hipótesis de que (i) la única normatividad relevante o robusta es aquella conectada a razones sustantivas y que (ii) en virtud de la unidad del razonamiento práctico, toda razón sustantiva está conectada con razones morales, se sigue que el positivismo jurídico solo puede explicar una normatividad «devaluada» del derecho. O, en otros términos, que no puede explicar adecuadamente el carácter práctico del derecho sin apelar a razones morales. Esta conclusión, sin embargo, más que señalar un problema del positivismo jurídico, en mi opinión, muestra el carácter insatisfactorio de un comúnmente aceptado *imperialismo de la moral*, del cual es una consecuencia. Y bien haríamos en revisar ese presupuesto antes de sentirnos confortados con la conclusión ya implícita en el mismo: toda normatividad, o bien es moral, o bien es devaluada, no es genuina o robusta. Como sugiere Moreso, mi pensamiento en este punto es completamente afín al de Bernard Williams.

Moreso pone con suma claridad la cuestión y, coherentemente, su reclamo está en sintonía con la crítica de Ezequiel Monti, que está basada en el mismo esquema conceptual. Según Monti, son hechos morales los que explican la autoridad del derecho para crear razones. Dar cuenta del carácter práctico de las reglas jurídicas en términos de razones en sentido formal, entre otras cosas, «no podría explicar adecuadamente la pretensión del derecho de que *somos responsables los unos a los otros por actuar como requieren*»<sup>68</sup>. Efectivamente, el enfoque que propuse es programáticamente positivista, no pretende explicar una supuesta pretensión sustantiva del derecho de que *somos responsables por actuar como requieren sus normas*, i.e. conforme a su contenido. En

65. Al respecto, puede verse Zorzetto, 2022: 152-153.

66. Véase, por ejemplo, Goldsworthy, 1990.

67. Redondo, 2018:125, nota 132.

68. Monti, 2020: 154.

contraste, mi enfoque ofrece precisamente una explicación de cómo i.e. de qué forma, el derecho pretende que funcionarios y ciudadanos respondan unos a otros y se traten mutuamente cuando lo hacen sobre la base de normas jurídicas.

Quiero finalizar agradeciendo nuevamente. Ha sido un honor y un placer discutir con Alberto, Alba, Sebastián, Osvaldo, Lorena y José Juan. No son palabras de ocasión: he aprendido en el recorrido y me han ayudado muchísimo a refinar mis ideas, a identificar aquellas especialmente problemáticas que merecen revisión y a pulir aquellas que creo vale la pena seguir defendiendo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGÜERO-SANJUAN, S. (2022). «Sistema jurídico e identificación del derecho. Una posible respuesta bulyginiana a ‘La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico’ de María Cristina Redondo.» *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 549-579. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.20>
- ALCHOURRÓN, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer-Verlag, New York, Wien. <https://doi.org/10.1007/978-3-7091-7118-9>
- ANDRADE MORENO, M. (2022). «Variedades de positivismo y ontología social». *Anuario de filosofía jurídica y social*, 38 (por publicarse).
- BULYGIN, E. (1991). «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos». *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho* 9: 257-279. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.9.13>
- CARACIOLO, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- CARRIÓ SAMPEDRO, A. (2022). «Sobre la existencia y conocimiento de normas. Algunos comentarios y observaciones críticas a los presupuestos ontológicos y epistémicos del Positivismo jurídico ‘interno’ de Cristina Redondo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 495-522. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.18>
- CHAMPEIL-DESPLATS, V. (2022). «Un positivismo jurídico ‘interno’: ¿por qué? ¿cómo?» *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. <https://doi.org/10.4000/revus.7719>.
- DE LA FUENTE CASTRO, O. (2022). «Positivismo jurídico, interpretativismo e institucionalismo. Comentario al capítulo IV de Positivismo jurídico ‘interno’ de María Cristina Redondo». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 581-602. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.21>
- FERRAJOLI, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. La Terza, Roma.
- GAIDO, P. (2022). «El método y el objeto de la teoría del derecho según Cristina Redondo». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 48. <https://doi.org/10.4000/revus.8425>
- GOLDSWORTHY, J. (1990). «The Self-Destruction of Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.10, 4. <https://doi.org/10.1093/ojls/10.4.449>
- GUASTINI, R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè editore, Milano.
- HURLEY, S.L. (1989). *Natural Reasons. Personality and Polity*. OUP, Oxford.
- KRISTAN, V. & LOJO, A. (2021). «¿Un normativismo ‘redondo’? El positivismo jurídico ‘interno’ a examen». *Discusiones*, 26, 211-251. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.2497>

- LEGARRE, S. (2020). «Positivism jurídico 'interno' a la luz del derecho natural». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, 97-105. <https://doi.org/10.4000/revus.6128>
- LEITER, B., 1993. «Objectivity and the Problems of Jurisprudence». *Texas Law Review* 72 (1). 187-209.
- LOJO, A. (2022). «Los problemas epistemológicos de las reglas genuinas en *Positivism jurídico 'interno'* de María Cristina Redondo». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 523-547. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.19>
- MONTI, E. (2020). «Redondo sobre la normatividad del derecho». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, 137-154. <https://doi.org/10.4000/revus.6177>
- MORESO MATEOS, J. J. (2022). «La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 621-627. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.23>
- MORESO, J.J. y NAVARRO, P.E. (1993). *Orden Jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- NINO, C.S. (1988). *Introducción al análisis del derecho*, 4ta reimpresión, 2da ed. Ampliada, Astrea, Bs.As.
- RAMÍREZ LUDENA, L. (2022). «La imposibilidad del positivismo jurídico interno». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 603-620. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.22>
- RAPETTI, P. A. (2021). «Positivism jurídico interno: ¿'hurra', 'buh', 'ehhh...'?» *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 44, 85-99. <https://doi.org/10.4000/revus.7375>
- REDONDO, M. C. (2018). *Positivism jurídico 'interno'*. Klub Revus.
- REDONDO, M. C. (2022). «Afinando el positivismo jurídico interno. Una respuesta a los críticos». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* <https://doi.org/10.4000/revus.8434>
- RODRÍGUEZ, J. (2020). *Teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ, J. (2020.<sup>a</sup>). «Sobre la posibilidad de un positivismo jurídico interno». *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, 79-95. <https://doi.org/10.4000/revus.6061>
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, R. (2020). El concepto de Derecho como concepto funcional. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, 107-123. <https://doi.org/10.4000/revus.6151>
- SCATAGLINI, M. G. (2020). Convenciones interpretativas y positivismo jurídico. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, 125-136. <https://doi.org/10.4000/revus.6416>
- ZORZETTO, S. (2022). Normative legal positivism: from metaethics to politics. *Isonomía*, 54, 134-166. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i54.463>

