
DISCUSIONES 26

1 - 2021

**LA COMPRENSIÓN
DE LA ACCIÓN HUMANA
EN EL DERECHO:
SENTIDO Y PROPÓSITO**



EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DEL SUR

Director

Federico José Arena (Conicet, Argentina)

Secretaría de redacción

Daniela Domeniconi (Universidad Nacional de Córdoba)

Sofía Pezzano (Conicet, Argentina)

Comité Científico

Andrés Bouzat (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Pierluigi Chiassoni (Università di Génova, Italia)

José Peralta (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Francisca Pou Giménez (ITAM, México)

Susanna Pozzolo (Università di Brescia, Italia)

Cristina Redondo (Conicet, Argentina)

Consejo Editorial

Juan Cumiz (Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Natalia Scavuzzo (Università di Genova, Italia)

Valeria Trotti (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

*Editores de sección**Discusiones: Cortes.*

Flavia Carbonell (Universidad de Chile)

Carolina Vergel (Universidad Externado de Colombia)

Discusiones: Libros.

Lorena Ramírez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Chile)

Discusiones: Balance

Diego Dei Vecchi (Universidad de Girona, España)

Laura Manrique (Conicet, Argentina)

DIRECCIÓN POSTAL

Avda. Colón 50, planta alta, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, CP B8000HZK, Argentina.

DIAGRAMACIÓN:

Fabián Luzi

Nota del director

En este número de *Discusiones* se produce un cambio en la Secretaría de redacción. Sofía Pezzano es la nueva compañera de Daniela Domeniconi, en reemplazo de Samanta Funes. Como alguna vez dijo Hernán Bouvier, en este mismo espacio de la notas del director, la generosa colaboración de quienes están en la Secretaría de redacción es condición necesaria para que esta revista siga en pie. Por ello agradezco a Samanta y Daniela el apoyo y compromiso con *Discusiones* durante todos estos años y mis mejores augurios para Samanta en sus nuevos caminos. Gracias también a Daniela y Sofía por continuar y emprender, respectivamente, las tareas de la Secretaría.

DISCUSIONES 26

1 - 2021

LA COMPRENSIÓN DE LA ACCIÓN HUMANA EN EL DERECHO: SENTIDO Y PROPÓSITO



MARÍA GABRIELA SCATAGLINI

(EDITORA)

ÍNDICE

EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN	7
Eugenio Bulygin, profesor de la Universidad <i>Nacional del Sur</i> . ANDRÉS BOUZAT (<i>Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina</i>).....	9
SECCIÓN I: DISCUSIÓN	
Un debate sobre la teoría del derecho y la filosofía de la acción. Introducción. <i>A Debate about the Theory of Law and the Philosophy of Action. Introduction</i> MARÍA GABRIELA SCATAGLINI (<i>Universidad de Buenos Aires, Argentina</i>)	15
Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el “sentido y propósito” de la acción humana en el derecho. <i>Tracing Finnis’s Criticism of Hart’s Internal Point of View: Instability and the “Point” of Human Action in Law</i>	31
VERÓNICA RODRÍGUEZ-BLANCO (<i>University of Surrey, Reino Unido</i>)	
Hart y el “sentido y propósito” del punto de vista interno. <i>Hart and the “Point” of the Internal Point of View</i>	69
NATALIA SCAVUZZO (<i>Università di Genova, Italia</i>)	
Naturaleza y concepto del Derecho a los ojos de Rodríguez-Blanco. Un análisis naturalista de su propuesta metodológica. <i>The Nature and Concept of Law in the Eyes of Rodríguez-Blanco. A Naturalistic Analysis of Her Methodological Proposal</i>	91
ALEJANDRO GUEVARA ARROYO (<i>Universidad de Buenos Aires, Argentina</i>)	

Rodríguez-Blanco sobre el carácter inestable del punto de vista interno.
Rodríguez-Blanco on the Instability of the Internal Point of View 113
 EZEQUIEL MONTI (*Universidad Torcuato di Tella, Argentina*)

Enfrentándome a mí misma: réplicas a Natalia Scavuzzo, Alejandro Guevara Arroyo y Ezequiel Monti. *Facing Myself: Answers to Natalia Scavuzzo, Alejandro Guevara Arroyo and Ezequiel Monti*..... 137
 VERÓNICA RODRÍGUEZ-BLANCO (*University of Surrey, Reino Unido*)

SECCIÓN II: DISCUSIONES: CORTES

David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión. *David Aven y Otros v. Costa Rica: Reflections on the Environmental (Global) Interest in Investment Arbitration Disputes* 159
 TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ (*Universidad Externado de Colombia, Colombia*)

SECCIÓN III: DISCUSIONES: LIBROS

“La Corte Genaro Carrió”: Una nueva mirada sobre la producción de la Corte Suprema. *“The Genaro Carrió Court”: A New Look at the Production of the Supreme Court*..... 183
 MAGDALENA INÉS ÁLVAREZ (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*)

¿Un normativismo “redondo”? El positivismo jurídico “interno” a examen. *Is an All-Round Normativism Possible? “Internal” Legal Positivism Under Examination* 211
 MARÍA VICTORIA KRISTAN Y ALBA LOJO (*Universitat Pompeu Fabra, España*)

SECCIÓN IV: DISCUSIONES: BALANCE

Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate. *Social Ontology and Legal Practice: Updating a Debate* 255
 PABLO ARIEL RAPETTI (*Instituto Tecnológico Autónomo de México, México*)

Instrucciones para las/os autoras/es 289

EN RECUERDO DE EUGENIO BULYGIN

Hace unos meses recibimos la triste noticia del fallecimiento de Eugenio Bulygin (1931-2021). Entre muchas otras cosas, el profesor Bulygin es parte fundamental de la historia de esta revista. No solo por su vínculo con la Universidad Nacional del Sur, sino también por su estrecha colaboración y amistad con quienes fueron sus fundadores y directores. A modo de homenaje dedicaremos este espacio de la revista para recordarlo, en las palabras de quienes lo conocieron.

EUGENIO BULYGIN, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

Todos los que integramos el universo de lectores de *Discusiones* sabemos perfectamente quién fue Eugenio Bulygin; muchos de nosotros, inclusive, tuvimos la fortuna de haberlo conocido y tratado en forma personal. No los aburriré repitiendo cosas que ya todos sabemos; intentaré contarles algunas cosas sobre Eugenio que tal vez no todos conozcan.

En 1996 se fundó el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur. En 1998 se dictó por primera vez la asignatura Filosofía del Derecho, de la que soy profesor adjunto —junto con mi colega y *alter ego* Luis María Esandi— desde esa época fundacional. La Cátedra de Filosofía del Derecho fue creada *ex nihilo*, en el sentido literal de la expresión. Los profesores designados éramos diletantes que leíamos a Kelsen, a Ross y a Hart porque nos gustaba, porque nos resultaba interesante. No había elemento objetivo alguno que permitiera avizorar que el cuasiperegrino proyecto de dictar Filosofía del Derecho en nuestra universidad pudiera resultar exitoso. Teníamos todo en contra. Pero teníamos entusiasmo. Y tuvimos también suerte. Una muy acertada recomendación de Carlos Rosenkrantz nos permitió conocer a Pablo Navarro, quien se hizo cargo de la Cátedra y de todos nosotros, y en tiempo récord logró que la Universidad Nacional del Sur y la ciudad de Bahía Blanca pasaran a ser un punto detectable en el radar de la Filosofía del Derecho de nuestro país. Dos fueron los pilares fundamentales sobre los que se apoyó ese rápido desarrollo: el *Seminario Internacional de Teoría del Derecho* y la revista *Discusiones*. Ambos emprendimientos fueron muy bien recibidos por la comunidad académica y se beneficiaron del aporte de innumerables estudiosos y expertos —locales y extranjeros— que pusieron su grano de arena participando en el Seminario o colaborando con la revista. Fueron muchos los que ayudaron. Pero hoy nos toca hablar de Eugenio Bulygin.

Eugenio colaboró desde el principio, y con gran entusiasmo, en el desarrollo de la filosofía jurídica en el ámbito del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur. Lo hizo de las más variadas formas: actuando como jurado en concursos docentes, como disertante en semi-

narios y conferencias, pero, fundamentalmente, asumiendo un rol que está cada día más vacante en la vida universitaria: el rol de maestro. No sé si él se lo propuso o no, pero lo cierto es que la enorme mayoría de distinciones conceptuales que utilizamos para enseñar teoría general del derecho las aprendimos de Bulygin: algunas de ellas porque las creó él, muchas otras porque las explicó mejor que nadie.

Recuerdo que a finales de los años noventa, en una de las tantas visitas a Bahía Blanca, Bulygin dictó una clase sobre “Lagunas del Derecho” para los estudiantes de grado de la carrera de Abogacía que cursaban filosofía del derecho. La clase se dictó en un espacio enorme —lo que otrora era comedor universitario y en la emergencia se empezó a usar como aula para las multitudinarias clases de Derecho— y asistieron cerca de doscientos alumnos de tercer año de la carrera. La clase contó, además, con la ineludible presencia de varios perros callejeros que tenían colonizado dicho espacio, quienes dormían plácidamente durante la exposición. Nada de eso le importó a Eugenio, quien dictó su clase como el elegante caballero que era; y en un momento en que un perro comenzó a gruñir y a rasgar con sus uñas la tarima de madera, Eugenio exclamó con su característico tono de voz: “parece que no está de acuerdo con lo que estoy diciendo”. La carcajada fue general, y la sonrisa que se dibujó en el rostro de Eugenio constituye para mí un recuerdo imborrable. Lo cierto es que como cátedra nos dimos el lujo de que el punto del programa “lagunas del derecho” lo dictase la persona que más sabía de ese tema en el mundo, y los alumnos —jóvenes de veinte años en su gran mayoría— tuvieron la increíble experiencia de conocer en persona a uno de los autores de ese extraño libro que tanto nos empeñábamos en que leyeran y comprendieran. Inés Álvarez —exsecretaria de redacción de *Discusiones*— y Pamela Tolosa —actual directora decana del Departamento de Derecho de la UNS— no me permiten mentir: ellas asistieron como alumnas de grado a esa ya legendaria clase.

Algo que nunca dejó de sorprenderme es la misteriosa lealtad con la que Eugenio, año tras año, asistía al Seminario Internacional de Bahía Blanca, muchas veces como disertante, otras como polemista, siempre como el agudo crítico que naturalmente era. Casi todos los años solíamos contar con algún asistente con predicamento internacional que hacía las veces de invitado “estrella” al evento; con el tiempo me di cuenta de que el

plato fuerte siempre era Bulygin, con quien los distintos invitados “estrella” invariablemente estaban interesados en conversar y discutir. Tal vez esa lealtad de Eugenio no era tan misteriosa al fin de cuentas. Seguramente, venía al Seminario porque le interesaba, porque la pasaba bien y porque consideraba valioso colaborar con gente que desde un lugar territorial y académicamente periférico intentaba hacer su modesto aporte al desarrollo y a la divulgación de la teoría analítica del derecho.

Por ese tipo de actitudes —y por muchas cosas más— todos tenemos demasiado que agradecerle a Eugenio. Afortunadamente en el año 2007, la Universidad Nacional del Sur, haciendo honor a la gratitud, le confirió a Eugenio Bulygin el título de Doctor Honoris Causa. Celebro que hayamos logrado darle en vida el homenaje que Eugenio merecía, y que hayamos podido demostrarle con un reconocimiento institucional el agradecimiento que todos sentimos hacia él. Es por eso que en la Universidad Nacional del Sur consideramos a Eugenio Bulygin como un miembro de nuestra casa. Integró nuestro claustro como doctor honoris causa y ejerció como maestro para cada uno de los que hayan tenido la suficiente lucidez como para saber aprovecharlo.

En el discurso de investidura del doctorado, Bulygin disertó sobre uno de sus temas predilectos, “La lógica en el Derecho”. No recuerdo exactamente lo que dijo en esa oportunidad. Nunca olvidaré, en cambio, lo que alguna vez le oí contar. Siendo Eugenio muy joven, en una ocasión le presentó a Sebastián Soler un texto que tenía en elaboración; luego de haberlo leído Soler le dijo, a modo de consejo, que la lógica en el derecho debe ser como los resortes en un sillón: *debe estar, pero no se debe notar*. Creo que Bulygin tuvo en cuenta ese consejo a lo largo de su carrera, porque la mayoría de sus escritos rebosan de lógica pero ella nunca aparece en modo manifiesto. La lógica está indudablemente presente en la obra de Bulygin, pero no se hace notar demasiado. Eso facilita su lectura y comprensión por parte de los juristas en general, y de todos aquellos lectores que preferimos evitar las escenas de lógica explícita. Alguna vez le oí contar a Eugenio que el apéndice de *Normative Systems* era “cosa de Alchourron”, cerrando el comentario con una de sus características risotadas.

Me pregunto si Bulygin era un *zorro* o un *erizo*. Tal vez la dicotomía berliniana no funcione en su caso, porque él sabía *muchas cosas muy impor-*

tantes. Tal vez, como el gran León Tolstoi, Eugenio tenía el talento natural de un zorro, pero decidió convertirse en un erizo por convicción. No lo sé. Tal vez nadie lo sepa.

Lo que sí sé es que Bulygin era el filósofo del derecho más importante de la Argentina y uno de los más importantes del mundo. Y que, en un mundillo académico pletórico de vanidad y afectación, él se destacaba por la franqueza en la discusión y la sencillez en el trato: prestaba la misma atención a un ignoto estudiante que a un gran académico, porque sabía que cualquiera de ellos podía tener razón o estar equivocado, dado que a la hora de la verdad lo único que cuentan son los buenos argumentos. Zorro u erizo, esa es una de las tantas enseñanzas que nos dejó a todos lo que lo conocimos.

Eugenio Bulygin fue un maestro en el sentido más pleno de la palabra; lo extrañaremos mucho, tal vez demasiado, porque ya no quedan hombres hechos de esa madera.

Andrés Bouzat

(Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina)

Sección I

DISCUSIÓN

Un debate sobre la teoría del derecho y la filosofía de la acción. Introducción

A Debate about the Theory of Law and the Philosophy of Action. Introduction

María Gabriela Scataglini*

Recepción y evaluación de propuesta: 03/12/2019

Aceptación: 23/12/2019

Recepción y aceptación final: 27/02/2021

Resumen: En el trabajo de Verónica Rodríguez-Blanco presentado y debatido en este número se propone el siguiente vínculo entre la teoría del derecho y la teoría de la acción: el teórico del derecho debería partir de una teoría correcta de la acción humana, a saber, una que permita captar el “sentido y propósito” (*point*) de las acciones de los participantes de la práctica jurídica. Según la autora, la metodología hartiana del punto de vista interno es “inestable” porque no logra este objetivo. Tres son las críticas que enfrenta la autora: una que discute principalmente el alcance y objetivo de la teoría de Hart; otra que cuestiona que el punto de vista interno revista algún privilegio como metodología científica; y una tercera que discute centralmente cuál sería una teoría correcta de la acción humana. Por mi parte, teniendo en cuenta la distinción entre explicaciones normativas y causales, destaco que no toda explicación basada en reglas presupone la representación por parte del agente del propósito valioso de la práctica o institución.

Palabras clave: acción humana, seguimiento de reglas, explicaciones normativas/causales, no representación.

* Doctora de la Universidad de Buenos Aires. Profesora adjunta (interina) de Teoría General del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Correo electrónico: g_scataglini@hotmail.com

Abstract: In Verónica Rodríguez-Blanco's paper presented and discussed in this volume, she points out the following link between the theory of law and the theory of action: the legal theorist should have a starting point in a sound theory of human action, namely: that which allows to capture the *point* of the actions of the participants of legal practice. According to the author Hart's methodology of the internal point of view is "instable" because it does not achieve this goal. She faces three criticisms: one mainly discussing the scope and purpose of Hart's theory; another criticizing the internal point of view has some privilege as a scientific methodology, and a third one mainly discussing what would be a sound theory of human action. For me, having in mind the distinction between normative and causal explanations, I stress that not all explanation based on rules presuppose the agent representing the valuable purpose of the practice or institution.

Keywords: human action, rule-following, normative explanations/causal explanations, no representation.

1. El planteo de Rodríguez-Blanco**

En este número se presenta el trabajo de Verónica Rodríguez-Blanco "Rastreando las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el 'sentido y propósito' de la acción humana en el derecho", y un debate en torno al mismo a cargo de tres comentaristas, cuyas críticas la autora responde.

El tema principal gira en torno a qué es lo que necesita comprender el teórico del derecho para tener una aproximación adecuada al fenómeno jurídico (*i. e.* qué distinciones debe poder trazar; qué debe poder explicar). Estas no son preguntas nuevas. Lo novedoso e interesante del planteo de Rodríguez-Blanco es que propone que para poder responderlas se debe partir de una teoría de la acción humana que sea correcta.

** El trabajo de Verónica Rodríguez-Blanco aquí introducido y algunos de los comentarios en sus versiones preliminares fueron presentados en el Taller Especial "Diálogos con Verónica Rodríguez-Blanco sobre Teoría del Derecho y Filosofía de la Acción" realizado el 26 de septiembre 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

La autora introduce así una dimensión que podría parecer extraña al debate sobre metodología en la teoría del derecho: qué es lo que hace inteligible nuestras acciones y las de los otros, qué les da sentido, cómo un tercero puede captar y explicar la acción que yo he realizado. Para Rodríguez-Blanco estas son las cuestiones que deberíamos abordar para poder tener una teoría del derecho que nos permita explicar aquello que —según sostendrá— la metodología del punto de vista interno de Hart no alcanza a iluminar.

En la primera parte de su artículo, la autora reseña la crítica que Finnis dirige a Hart cuando le reprocha que la explicación del derecho en términos del punto de vista interno de los participantes sería insuficiente o “inestable”, básicamente porque no permitiría distinguir entre casos centrales y casos defectuosos de derecho.

Para Rodríguez-Blanco hay un aspecto de esa crítica de Finnis que ha sido pasado por alto y que es en el cual ella va a profundizar, a saber: ¿qué significa que el punto de vista interno de Hart es “inestable”? La respuesta de Finnis es que no permite hacer distinciones que cualquier actora en el campo (por ejemplo, la “ciudadana respetuosa del derecho”) consideraría relevantes y estaría interesada en hacer. ¿Cuáles serían esas distinciones? Aquellas por ejemplo entre una norma buena y otra *no tan* buena, entre una directiva justa y una directiva injusta, entre una decisión racional de un tribunal y una decisión irracional.

Rodríguez-Blanco coincide con Finnis en que para poder hacer esas distinciones debe tomarse el punto de vista del agente que actúa con racionalidad práctica. Pero afirma que esa crítica de Finnis a Hart puede ser reconducida en los siguientes términos: el punto de vista interno hartiano es “inestable” porque no puede ser usado para entender el “sentido y propósito” (*point*) de las acciones humanas. Con esta afirmación, Rodríguez-Blanco establece el vínculo entre la teoría del derecho y la teoría de la acción, del cual va a ocuparse.

Ahora bien, las teorías de la acción no son todas iguales. Para la autora la inestabilidad que afecta al punto de vista interno hartiano obedece a que parte de una mirada sobre la acción humana que es inadecuada. Rodríguez-Blanco afirma que para explicar las acciones humanas se debe adoptar un enfoque basado en el resultado valioso o en las propiedades benéficas de la acción o práctica social en cuestión; esas propiedades iluminan el

sentido y propósito de la acción del agente que participa en la práctica y la hacen inteligible. El análisis que propone la autora sigue las ideas de Elizabeth Anscombe; se trata de una explicación que mira a la exterioridad (*outward-looking*), al resultado de la acción. En contraposición se encuentran quienes asumiendo un enfoque introspectivo (*inward-looking*) —que mira a lo que sucede en la mente del sujeto— explican la acción humana tomando a los estados mentales como su *causa* (paradigmáticamente, D. Davidson). En cambio, en su célebre *Intention*, Anscombe afirma que la adecuada descripción de una acción resulta de la institución, juego del lenguaje o práctica social de la que participa el agente, y su estado mental no opera como causa de la acción: los movimientos corporales y las razones de la persona que actúa constituyen una unidad y así deben ser apreciadas. Para ejemplificarlo en pocas palabras: dado que participamos de la institución o práctica social del saludo, no describiríamos correctamente la acción de alguien que ve pasar a un amigo como “levantó su mano y la movió de un lado a otro”, sino como “saludó”.

En la segunda parte de su trabajo, Rodríguez-Blanco se dedica a criticar minuciosamente los enfoques causales de la acción y a dar argumentos a favor de una teoría de las acciones que explique su sentido y propósito a partir de las propiedades benéficas de la práctica social o juego del lenguaje. Saber qué juego del lenguaje está jugando el agente ilumina su “intención o elección”, y esa elección implica una deliberación en la cual quien actúa pondera los fines últimos del juego en cuestión, los elige y en razón de ello hace lo que hace.

Concluye que el déficit de la explicación causalista es que no puede garantizar que el vínculo causal entre una razón y la correspondiente acción sea el “correcto”: y aquí “correcto” alude a que el teórico causalista no puede captar (ni por lo tanto asegurar) si el agente *comprende* el sentido y propósito de la acción y si se compromete con ella con motivo de ese sentido y propósito, o si meramente ha actuado coincidiendo con la regla por casualidad.

En la tercera parte, la autora retoma la teoría del derecho para mostrar por qué la metodología hartiana del punto de vista interno es, según ha dicho, “inestable”. Para Rodríguez-Blanco, Hart asumiría un enfoque introspectivo (*inward-looking*) de la acción, tomando los estados mentales

—por ejemplo las creencias de los jueces y funcionarios aceptantes de la regla de reconocimiento— como la *causa* de sus acciones. Afirma la autora:

La idea de Hart de que aceptamos las normas jurídicas desde una perspectiva interna presupone una aproximación introspectiva a la acción como opuesta a una aproximación que mira hacia la exterioridad. Esta última examina las acciones intencionales como una serie de acciones que están justificadas en términos de otras acciones y en vista del propósito o finalidad de la acción intencional en tanto que una característica benéfica, por ejemplo, encender la tetera para hervir el agua, para hacer té porque es placentero beber té. Lo primero examina los estados mentales que racionalizan las acciones. Sin embargo, en el ámbito ontológico, se argumenta que esos estados mentales causan las acciones. Los estados mentales están compuestos por la creencia y la actitud proactiva hacia la acción (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 3).

Para resumir, me animo a reconstruir la estructura argumental del trabajo de Rodríguez-Blanco así: i) una teoría del derecho adecuada es aquella que, tomando el punto de vista del agente que actúa con racionalidad práctica, permite al teórico realizar las mismas distinciones que son significativas y relevantes para el/la participante de la práctica del derecho; ii) una teoría de la acción adecuada es aquella que capta el “sentido y propósito” de las acciones de los agentes; y iii) la teoría hartiana del punto de vista interno no permite captar el “sentido y propósito” de las acciones, y consecuentemente no permite realizar aquellas distinciones significativas y relevantes para el/la participante de la práctica jurídica, por lo tanto, la de Hart no es una teoría del derecho adecuada.

No me toca discutir a mí sino a los comentaristas cuestiones tan interesantes como las aquí reseñadas. Sin embargo, hacia el final de esta introducción me permitiré realizar alguna reflexión general sobre el trabajo de Rodríguez-Blanco.

2. La cuestión metodológica: los comentarios de Scavuzzo y Guevara Arroyo

Natalia Scavuzzo y Alejandro Guevara Arroyo abordan principalmente la cuestión metodológica, aunque dirigen su crítica a la autora desde posiciones diametralmente opuestas.

Articulando ideas del segundo Wittgenstein y de Peter Winch, Scavuzzo destaca que los significados de los enunciados realizados por los participantes están *constituidos* por el uso que ellos hacen de dichos enunciados en el marco de una práctica (Scavuzzo, 2021, sección 3).

Asumiendo cierto contextualismo (quizás más próximo a Winch) afirma que la comprensión de prácticas sociales requiere identificar el sentido que estas tienen para los agentes que las conforman y que este sentido es atribuido por las reglas pertenecientes a dichas prácticas. Ahora bien, en contraposición a Rodríguez-Blanco, Scavuzzo entiende que el punto de vista interno resulta idóneo a efectos de esa comprensión, mientras que el punto de vista de la racionalidad práctica no.

¿Por qué el punto de vista de quien actúa con racionalidad práctica no permitiría la comprensión de la práctica social de la que se pretende dar cuenta? Según Scavuzzo porque el punto de vista práctico parece ser simplemente el punto de vista de cualquier persona que se pregunta cómo actuar o que quiere entender cómo actúan los demás, pero nada de esto depende de (no está arraigado o anclado a —agregaría yo si no la interpreto mal—) una práctica social concreta.

El punto de vista de quien actúa con racionalidad práctica sería igual para todas las personas, sostiene Scavuzzo, independientemente de la práctica de que se trate. Así, la reducción del punto de vista interno —al cual Scavuzzo entiende como contextual— al punto de vista práctico haría perder todo sentido a la distinción entre punto de vista interno y externo planteada por Hart.

A su vez, cuestionando las ideas de Rodríguez-Blanco relativas a los fines benéficos de la práctica presuntamente perseguidos por los participantes, Scavuzzo señala que estos usan las reglas que sirven a los propósitos contingentes esa práctica, pero que ello es independiente de la bondad de esta. En última instancia, Rodríguez-Blanco habría malinterpretado el objetivo y la utilidad de la empresa hartiana.

En las antípodas de Scavuzzo, Alejandro Guevara Arroyo aborda también la cuestión metodológica de manera crítica al planteo de Rodríguez-Blanco. Él discrepa con el punto en que las autoras recién mencionadas coinciden: que la autocomprensión de las personas de la práctica en la que participan constituya un elemento fundamental para una teoría adecuada de dicha práctica.

Y aquí Guevara se opone tanto a la metodología del punto de vista interno como a la del punto de vista de quien actúa con racionalidad práctica. Puntualmente, frente a Rodríguez-Blanco, lo que Guevara cuestiona es qué razones epistemológicamente relevantes hay para asumir que el concepto construido adoptando el punto de vista de quien actúa con racionalidad práctica muestre —o nos permita dar con— la naturaleza del derecho o lo que el derecho es (Guevara Arroyo, 2021, Introducción).

De hecho, para el autor, parecería que la metodología del punto de vista de las personas que participan de una práctica no reviste ningún privilegio a los efectos de explicar sus acciones o el fenómeno del que estas forman parte.

Luego de algunas consideraciones científicas generales, señala que en ciencia hay diversos métodos de construcción de conceptos clasificatorios, puntualizando que estos deben cumplir condiciones de adecuación formales y materiales. Estas últimas —las condiciones materiales— requieren que la clasificación o partición que establece el concepto en cuestión no puede ser arbitraria, sino estar sometida a metodologías científicas de evaluación y sustentación, que las hacen preferibles como formas de averiguar cómo es el mundo y sus partes.

Bien, respecto del fenómeno jurídico en particular, esto es, para explicar qué es y cómo es el derecho, Guevara entiende que se deberían dar razones de por qué el punto de vista del agente que actúa con racionalidad práctica tal como lo entiende Rodríguez-Blanco (esto es a efectos de captar el sentido y propósito de sus acciones) debería ser el asumido por quien se dedica a la teoría del derecho.

Dado que no encuentra justificación suficiente en el trabajo de Rodríguez-Blanco, afirma que la metodología práctico-explicativa defendida por la autora no nos garantiza alcanzar un concepto adecuado de la naturaleza del derecho.

3. Monti: una discusión sobre teorías de la acción

Monti realiza algunas precisiones respecto de cómo él —a diferencia de Rodríguez-Blanco— entiende la teoría hartiana del punto de vista interno, y señala que la crítica de “inestabilidad” que formula Finnis no estaría relacionada con la que realiza la autora (Monti, 2021, sección 2).

Más allá de esta cuestión, el núcleo del comentario de Monti consiste en discutir lo relativo a qué teoría de la acción sería la adecuada. Se detiene a analizar cada uno de los argumentos dirigidos por Rodríguez-Blanco contra los enfoques causales (el argumento de las cadenas causales desviadas, el de la memoria y el de la transparencia) y argumenta que ninguno de ellos logra su objetivo. La posición de Monti —minuciosamente defendida mediante ejemplos— es que el enfoque causal y el que propone Rodríguez-Blanco constituyen explicaciones complementarias, no excluyentes; ya que para toda acción intencional, es posible “traducir” su explicación desde el punto de vista deliberativo en términos de las características que hacen que sea valioso o bueno realizarla, a una explicación en términos de los estados mentales del agente.

Respecto de Hart, Monti coincide con la autora en que el autor inglés adopta un enfoque *inward-looking* de la acción en la medida que reconstruye el punto de vista interno en términos de los estados mentales (aceptación, creencias) del agente. Sin embargo, no admite que ello implique aceptar que Hart se comprometa con una teoría *causal* de la acción. Por lo tanto, para Monti, la explicación hartiana del punto de vista interno no resultaría vulnerable a la crítica “anticausal” de Rodríguez Blanco.

Por último, Monti da su propia interpretación de los argumentos razianos sobre el agente que actúa desde un punto de vista no comprometido, y discute críticamente la idea de que las normas jurídicas sean obligatorias o constituyan una razón para la acción *porque* es bueno o valioso actuar como estas requieren. Punto este que resulta aclarado en las réplicas.

4. Algunas reflexiones sobre el planteo general de Rodríguez-Blanco

Por último, permítaseme esbozar algunas consideraciones propias acerca del planteo general de Rodríguez-Blanco.

A grandes rasgos puede sostenerse que en filosofía hay dos tipos de explicaciones: las normativas, en términos de reglas, y las causales, en términos de eventos.

En el marco más específico de una teoría de la acción humana, una explicación normativa busca que sea posible decir si una acción es correcta o incorrecta con referencia a una regla: por ejemplo, si se la invoca como justificación de la acción, si la acción se reconoce como una instancia de la regla, cómo *se debe actuar* conforme a la regla.

En cambio, en una explicación causal se busca describir o identificar la acción a partir de qué es lo que la produjo. Para ello se suele apelar a lo que sucede en la mente del agente. Se trata de una explicación en términos de eventos (en el caso, eventos mentales) que *causan* —y a su vez explican— la acción del sujeto actuante.¹

Parece claro que, en esta división general, Rodríguez-Blanco estaría a favor de una explicación normativa de la acción humana, y no de una causal.

Ahora bien, en su trabajo se alude a una distinción más específica, propia de las teorías de la acción: aquella ya antes reseñada entre un enfoque que mira a la exterioridad (*outward-looking*) entendiendo a esa “exterioridad” como el resultado o las propiedades valiosas (o el *logos*) de la práctica social, y un enfoque introspectivo (*inward-looking*). Y la autora no duda en alinear a los enfoques *outward looking* con aquellos que apelan a la racio-

¹ Por supuesto que una explicación normativa no niega —y no tiene por qué hacerlo— que los eventos mentales tengan lugar, que ocurran en la mente de los sujetos. Pero lo que la caracteriza como normativa es que tales estados mentales no dan cuenta de lo que se busca explicar: a saber, si una acción es correcta en el marco de una práctica social determinada. “A neural or mental state on the other hand could only causally determine a consequence, not normatively or logically. It could not determine whether what is done is right, nor could it suffice to render behaviour an instance of rule-following at all. The linguist fails to grasp the categorical distinction between a state and an ability (power or potentiality). Consequently he misconstrues the conceptual relationship between an ability and its manifestations” (Baker, G. & Hacker, P., 1984, p. 283).

alidad práctica del agente, por un lado, y a los enfoques introspectivos (*inward-looking*) con las explicaciones causales, por el otro.²

Bien, si se retoma lo que afirmé *supra*: que las explicaciones normativas son en términos de reglas y las causales en términos de eventos (*i. e.* estados mentales), se advierte que, dicho esquemáticamente, la contraposición relevante entre ambos tipos de abordaje filosófico se da entre estos dos elementos explicativos: la *acción conforme a reglas*, por un lado, y los *estados mentales*, por el otro.

Pero la alternativa presentada Rodríguez-Blanco apunta a una contraposición distinta: el primer elemento —*i. e.* la acción conforme a reglas— aparece reemplazado por el *logos o propósito* de la acción. Este movimiento no es inocuo. Porque puestas las cosas en los términos de Rodríguez-Blanco parece que si queremos explicar las acciones humanas, nos enfrentamos a la siguiente alternativa: o bien tomamos a los eventos mentales como su causa, o bien consideramos al *logos o propósito* de la práctica como lo que explica la acción del agente. No estoy convencida de que esa disyuntiva esté planteada correctamente.

Una cosa es una explicación normativa, como opuesta a una causal, y otra cosa es una explicación como la que nos presenta Rodríguez-Blanco, y que me atrevo a caracterizar como “teleológica” (quizás esta sea una especie del género de las explicaciones normativas). A mi modo de ver, no toda explicación no causal (es decir, normativa) ha de ser teleológica. En particular, no toda explicación basada en reglas requiere apelar a la representación por parte del agente del fin valioso de la práctica en cuestión y a su elección, previa deliberación.³

Creo que es posible un enfoque normativo (no causal) de la acción humana basado en las habilidades del agente para seguir reglas en el marco de una práctica social, sin más. La ausencia de un elemento repre-

² Esto resulta dudoso, puesto que podría haber enfoques introspectivos no necesariamente causales, pero no me ocuparé de ello aquí.

³ Por supuesto que nada obsta a que tengamos reflexiones críticas acerca de los valores de las instituciones o prácticas sociales en las que participamos, pero lo que estoy defendiendo es que esa reflexión crítica y consecuente elección del agente en vista de los propósitos de la acción no son conceptualmente necesarias para que su acción resulte inteligible para el observador.

sentacional y/o deliberativo no hace mella en el carácter práctico o intencional de la acción.⁴

Me explico: un agente que actúa intencionalmente en el marco de un juego del lenguaje o un contexto institucionalizado está siguiendo reglas. Ahora bien, la noción de “seguir una regla” no tiene por qué concebirse como requiriendo que el agente se represente una proposición discursiva, explícita y general —a modo de primera premisa de su razonamiento práctico— que justifique su acción. Podría, en su lugar, estar simplemente respondiendo al modo en que ha sido *entrenado* para seguir la regla. Ese entrenamiento se da en el marco de una costumbre o práctica social.⁵ En este sentido, el seguimiento de reglas puede ser “ciego” —en términos wittgensteinianos— en tanto no implica la realización de operaciones mentales abstractas *previas* a la acción; no se requiere una reflexión o representación de por medio. Una sabe qué hacer no por seguir una máxima, sino porque tiene la habilidad de responder de cierta manera distintiva al enfrentarse a las situaciones concretas.

La referencia a actuar “ciegamente” de ningún modo significa que ese actuar sea de tipo “estímulo-respuesta” o “irracional”. Piénsese en el jugador de ajedrez experto que juega rápido y eficientemente: en ocasiones no puede explicar en términos de proposiciones por qué actuó así o cómo hizo para hacerlo del modo correcto más que de una manera insuficiente o indeterminada. Pero esto no significa que su accionar no haya sido normativo, ni tampoco que no haya sido intencional. Por el contrario, está tan imbuido de las reglas que tiene un seguimiento ciego o no representacional de las mismas, y entonces ante la pregunta de qué hizo —si bien la entiende y le es potencialmente posible conceptualizar (al menos en alguna descripción) *qué* ha hecho—, no puede explicar, más que difusamente, el *cómo* ni el *porqué*. En síntesis, la incapacidad para explicar o el carácter opaco de su proceder, no constituyen un obstáculo para afirmar que actuó siguiendo

⁴ Es dable destacar que en sus réplicas —a diferencia de lo afirmado en el trabajo en discusión— Rodríguez-Blanco parece aceptar esta última idea.

⁵ Como señala Patterson, la relevancia del entrenamiento no es causal, sino normativa: “What Wittgenstein is pointing to here is the connection between meaning and training (...) Wittgenstein maintains that the key to normativity lies in the ways in which we have been trained to respond to the sign or rule” (Patterson 2001, p. 342).

reglas, ni para que su acción nos resulte inteligible como acción racional e intencional.

McDowell (2013) explica que nuestras acciones son racionales (él usa alternativamente “conceptuales”) en el sentido de que son susceptibles — tienen la potencialidad— de formar parte en la justificación de una acción, lo cual es inseparable de nuestra capacidad lingüística. Pero aclara que esto es así aun si la respuesta a por qué un agente actuó de cierta manera es indeterminada o no concluyente. Lo ilustra con el ejemplo “automático” de atrapar un disco volador: cuando un agente racional atrapa un disco volador está poniendo en práctica un concepto de una cosa que sabe hacer, digamos, atrapar *esto*; en el caso del experto no lo hace poniendo en práctica *otros* conceptos (si no lo entiendo mal, aquí McDowell se estaría refiriendo a “otras” cosas tales como por ejemplo “estirarme”, “poner la vista en el objeto”, o también “no debo dejar que caiga”, “no quiero perder el juego” etc.). Pero lo que distingue el actuar de un agente racional, sea experto o no, del actuar de un perro que atrapa el disco es que el perro no pone en práctica ningún concepto práctico; en sentido relevante, no tiene ninguno. Afirmar que el agente racional, a diferencia del perro, pone en práctica un concepto a través de una acción es afirmar que su acción (bajo una especificación que captura el contenido del concepto práctico que está llevando a cabo) está dentro del alcance de su racionalidad práctica, aún si su respuesta a la pregunta de por qué atrapó el disco fuera tan insuficiente como: “Por ninguna razón en particular. Simplemente tuve ganas” (2013, p. 35).⁶

⁶ La traducción es mía; en el original: “No particular reason. I just felt like it!”. En la disputa teórica ahora ya conocida como el “debate McDowell-Dreyfus”, el tema de si el actuar “sin razones” puede considerarse aún un actuar racional ha alcanzado matices muy finos. El debate tiene varias instancias, la última de ellas, conteniendo además contribuciones de otros autores, puede encontrarse en Schear (2013). Allí se presenta el contraste entre lo que sería una mirada estrictamente fenomenológica (representada por Dreyfus) y otra mirada de corte wittgensteiniano-ryleano (encarnada por McDowell). Simplificando en extremo, para Dreyfus (2013), cuando nos enfrentamos al entorno, por ejemplo, al desarrollar cualquier actividad (por caso jugar al ajedrez, atrapar un disco volador, pero también acciones cotidianas como qué distancia corporal mantener con otras personas en diversos contextos), se pone en juego una normatividad sin que medie racionalidad: quien actúa de manera experta, con maestría, lo hace absorto en la práctica, hay una suerte de enfrentarse (*to cope*) al entorno que no requiere de ningún tipo de mediación conceptual o representación. En cambio, McDowell sostiene que “capacities that are conceptual, capacities that belong to

Todo esto parecería contrastar con lo sostenido por Rodríguez-Blanco en el trabajo que aquí se discute. Ello en cuanto, para la autora, aun si en una primera respuesta el agente apelara de manera clara a la regla, esto sería insuficiente. Siguiendo la metodología del *porqué* de Anscombe, deberíamos seguir preguntándole *por qué* (por ejemplo, “por qué acepta la regla”) hasta que su respuesta hiciera evidente su compromiso con los valores o propiedades benéficas (el logos) de la práctica en cuestión, y recién entonces habríamos logrado hacer inteligible su acción en términos de racionalidad práctica. Como he sugerido antes, esta parece más bien una explicación teleológica y no meramente una basada en reglas en el marco de una práctica social.

Unas últimas palabras en torno a Hart. Respecto de la distinción general que he planteado entre explicaciones normativas y causales, me parece claro que la metodología hartiana del punto de vista interno es de tipo normativa, y no causal. Por supuesto, la de Hart no es una teoría normativa del mismo modo que lo es la de Dworkin. Como positivista, Hart busca describir el derecho *que es*, y de hecho plantea la existencia de ambos puntos de vista, el interno y el externo. Pero lo que Hart sostiene es que, para describir adecuadamente la acción conforme a reglas —y no quedarse en la mera captación de regularidades y/o reacciones hostiles—, el teórico debe estar en condiciones de “ponerse en el lugar del participante” (Hart, 1997, p. 95). Se trata de “adoptar” el punto de vista interno; algo similar a lo que recientemente se ha llamado un “positivismo jurídico interno” (Redondo, 2018).

Ahora, situados en el punto de vista interno, si bien es cierto que Hart alude a cierto estado mental (la creencia) de los jueces y funcionarios, en el sentido de que se dice que ellos aceptan la regla de reconocimiento no por cualquier motivo o por motivos prudenciales, me parece altamente dudoso que ese elemento de aceptación funcione en su explicación como un evento mental que *causa* el accionar de los jueces.

Adviértase que, a diferencia de las explicaciones causales que apelan a instancias subjetivas como los estados mentales (aquí las creencias de los

their possessor’s rationality, are operative not only in reflective thought and action but also at the ground-floor level at which there is absorbed coping and acting in flow” (2013, p. 54).

jueces), una metodología como la del punto de vista interno se centra en la práctica social: es en la arena intersubjetiva donde las reglas son obligatoriamente aplicadas, enseñadas, aprendidas y las acciones juzgadas como correctas o incorrectas respecto de ellas. En esa línea, cabe destacar que lo que requiere la teoría hartiana de la aceptación es que los jueces y funcionarios consideren a la regla de reconocimiento “como un criterio *común y público* de decisiones judiciales correctas y no como algo que cada juez simplemente obedece *por su cuenta*” (1963, p. 144, destacados propios). Y más adelante reitera que si algunos jueces “actuaran ‘por su cuenta’ (...) y no apreciaran críticamente a aquellos colegas que no respetasen esta regla de reconocimiento, la característica unidad y continuidad del sistema jurídico habrían desaparecido” (Hart, 1963, p. 144, entrecomillado del original). Se trata de una explicación que apela a la intersubjetividad, a la idea de cómo *se debe* actuar en el marco de una institución o práctica social y no a la subjetividad de las creencias entendidas como estados mentales.

Creo que siguiendo esta línea pueden construirse argumentos para discrepar con la autora en torno a que el de Hart constituya un enfoque introspectivo, de tipo *inward-looking*. Pero ello no será en el marco de esta introducción, ya que es a los comentaristas a quienes toca debatir las sugerentes ideas de Rodríguez-Blanco.

Bibliografía

- Baker, G. & Hacker, P. (1984). *Language, Sense and Nonsense. A Critical Investigation into Modern Theories of Language*. Basil Blackwell, Oxford.
- Dreyfus, H. (2013). The myth of the pervasiveness of the mental, en Schear, J. *Mind, Reason and Being-in-the-world. The McDowell-Dreyfus Debate* (pp. 15-40). London- New York: Routledge.
- Guevara Arroyo, A. (2021). Naturaleza y concepto de Derecho a los ojos de Rodríguez-Blanco: un análisis naturalista de su propuesta metodológica. *Discusiones*, 26(1).
- Hart, H. L. A. (1963). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Hart, H. L. A. (1997). Post-scriptum. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. (Traducción al castellano: Magdalena Holguín), (pp. 89-141). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- McDowell, J. (2013). The myth of the mind as detached. En Schear, J. *Mind, Reason and Being-in.the- world. The McDowell-Dreyfus Debate* (pp. 41-58). London- New York: Routledge.
- Monti, E. (2021). Rodríguez-Blanco sobre el carácter inestable del punto de vista interno. *Discusiones*, 26(1).
- Patterson, D. (2001). Normativity and Objectivity in Law. En *William & Mary Law Review*, 43(1), 325-363. Disponible en: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss1/9>
- Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico "interno"*. Liubliana: Klub Revus.
- Rodríguez-Blanco, V. (2021). Rastreando las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el "sentido y propósito" de la acción humana en el derecho *Discusiones*, 26(1).
- Scavuzzo, N. (2021). Hart y el "sentido y propósito" del punto de vista interno. *Discusiones*, 26(1).
- Schear, J. (2013). *Mind, Reason and Being-in.the- world. The McDowell-Dreyfus Debate*. London-New York: Routledge.
- Wittgenstein, L. (1953 [1988]). *Investigaciones Filosóficas*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM.

Rastreando las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el “sentido y propósito” de la acción humana en el derecho

*Tracing Finnis’s Criticism of Hart’s Internal Point of View: Instability and the ‘Point’ of Human Action in Law**

Verónica Rodríguez-Blanco**

Recepción: 03/12/2019

Evaluación: 23/12/2019

Aceptación final: 11/03/2020

Resumen: Finnis nos dice que el participante de la práctica jurídica, por ejemplo, el ciudadano, el juez, el abogado, están comprometidos con el derecho y están interesados en distinguir entre una norma buena y una no tan buena, entre una directiva justa y una directiva injusta, entre una decisión racional de un tribunal y una decisión irracional. El punto de vista interno de Hart se niega a hacer ulteriores distinciones entre los casos centrales y periféricos del derecho y esto trae inestabilidad al concepto. El punto de vista interno de Hart como inestable puede remontarse a una crítica más fundamental, a saber, el punto de vista interno de Hart no puede ser usado

* Traducción del inglés de Nelson Tepedino y Gabriela Scatagliini.

** Catedrática de Filosofía Política, Moral y Legal, Centro de Filosofía del Derecho, University of Surrey, Guildford, Reino Unido. Correo electrónico: v.rodriguez-blanco@surrey.ac.uk. El material de este trabajo se basa en mi artículo “Tracing Finnis’s criticism of Hart’s Internal Point of View: Instability and the ‘Point’ of Human Action in Law”, en *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, 2021. Mi profundo agradecimiento a Nelson Tepedino y Gabriela Scatagliini por la cuidadosa traducción del presente texto.

para entender el sentido y propósito de las acciones humanas y, por lo tanto, no podemos basarnos en el punto de vista interno de Hart para identificar diferencias de importancia que pueda hacer cualquier actor en el campo. En la literatura sobre la “metodología”, este argumento de la inestabilidad es pasado por alto y sus premisas no han sido cuidadosamente examinadas. En este capítulo, trataré de mostrar que la idea de que el punto de vista interno es inestable es, a la vez, clave para entender los límites de la teoría del derecho de Hart y para arrojar más luz sobre la idea de que el derecho debe concebirse en términos de un caso central o focal.

Palabras clave: metodología de la filosofía del derecho, caso focal o central, teorías de la acción, Finnis, Anscombe, H. L. A. Hart.

Abstract: Finnis, tells us, that the participant of the legal practice, *e.g.* the citizen, the judge, the lawyer, are engaged with the law and are interested in distinguishing between a good and a *not so* good norm, between a just directive and unjust directive, between a rational court-decision and a non-rational court decision. Hart’s internal point of view refuses to make further distinctions between the peripheral and central cases of law and this brings *instability* to the concept. Hart’s internal point of view as unstable can be traced to a more fundamental criticism, *i.e.* Hart’s internal point of view cannot be used to understand the point of human actions and therefore we cannot rely on Hart’s internal point of view to identify *significance differences that any actor in the field can make*. In the ‘methodology’ literature, this argument on *instability* is overlooked and its premises has not been carefully examined. In this chapter, I will try to show that the idea that the internal point of view is unstable is both key to understand the limits of Hart’s legal theory and shed further light on the view that law should be conceived in terms of a central or focal case.

Keywords: methodology in legal philosophy, central case or focal meaning, theories of action, Finnis, Anscombe, H.L.A. Hart.

1. Introducción

Mucha tinta se ha vertido en torno al punto de vista interno de Hart¹ y su rol para comprender y definir la así llamada regla del reconocimiento. Sorprendentemente, no ha habido muchos intentos de sacar a la luz y desarrollar más ampliamente la crítica planteada por Finnis de que el punto de vista interno de Hart es *inestable*. Finnis está de acuerdo con Raz y Hart en que la perspectiva interna es clave para dilucidar el carácter del derecho. Sin embargo, plantea que el punto de vista interno de Hart no puede hacer el trabajo que pretende debido a su *inestabilidad*. Finnis añade entonces que existe un remedio para esta inestabilidad, a saber, que el derecho debe ser entendido desde el punto de vista del agente que posee razón práctica. Me explico.

Finnis (y hasta cierto punto también Dworkin) propone una metodología en la cual el punto de vista práctico nos hace posible identificar y determinar la materia de la teoría del derecho. No obstante, a diferencia de Dworkin, Finnis reconoce que existen hechos tanto sociales como evaluativos que juegan un importante rol en cualquier aproximación descriptivo-explicativa. Finnis defiende la visión de que cualquier descripción y explicación de lo que sea el derecho debería hacerse desde el punto de vista del hombre que posee razonabilidad práctica.² En otras palabras, la razonabilidad práctica nos permite entender las cualidades únicas del derecho y las formas en las cuales puede ayudar a alcanzar los bienes básicos en nuestras vidas. ¿Cómo reconcilia Finnis un método descriptivo-explicativo y la idea de que existe un punto de vista privilegiado —que es el punto de vista de la razonabilidad práctica— sin caer en la versión fuerte de la teoría del derecho normativa defendida por Ronald Dworkin (1986)?

Finnis recurre a la idea aristotélica, desarrollada más tarde por Tomás de Aquino y los escolásticos medievales, de un significado “focal” o de un caso “central”, que es la idea de que el caso central de derecho es la concepción del derecho defendida por el hombre que posee razonabilidad

¹ En los últimos diez años ha habido un importante cuerpo de literatura que discute la idea de Hart sobre el “punto de vista interno”. Véase Shapiro (2006; 2000); Coleman (2001); Zipursky (2006); Perry (2006; 1995; 2000); Patterson (1999); Schauer (1994); Adler (2009); Holton (1998).

² “Razonabilidad práctica” es el término introducido por Finnis (2011, capítulo V).

práctica.³ Finnis argumenta que esta metodología permite a los teóricos diferenciar los sistemas jurídicos defectuosos o marginales de aquellos que se aproximan a los ideales de la justicia. En otras palabras, multiplicidad y unificación pueden reconciliarse porque tanto la creencia común como la aproximación iuspositivista de que los sistemas jurídicos perversos son derecho, junto con la opinión de que el derecho sirve a los ideales de la justicia, pueden ser unificadas coherentemente.

Finnis está siguiendo la intuición de Aristóteles: para Aristóteles una exitosa crítica de la teoría de las formas de Platón necesita mostrar que existe la multiplicidad, pero también la unidad, en conceptos clave tales como el “ser”, el “bien”, la “democracia”, etc. El punto de vista del hombre que posee razonabilidad práctica, nos dice Finnis, explicará por qué consideramos que los sistemas jurídicos que no poseen características deseables, tales como la búsqueda del bien común, son derecho. Más aún, el teórico será simultáneamente capaz de explicar por qué consideramos derecho sistemas que abrazan los ideales de justicia. Si el argumento de Finnis resulta exitoso, en contraposición a la fuerte jurisprudencia normativa de Dworkin, podría ser un camino fructífero para responder la pregunta principal acerca de la jurisprudencia sustantiva, a saber, qué es el derecho.

Las afirmaciones metodológicas de Finnis son intrigantes y complejas porque uno puede identificar dos aspectos en su metodología: un aspecto explicativo y uno práctico. El primer aspecto supone una metodología descriptivo-explicativa; esto significa que apunta en la dirección de describir conceptos jurídicos, pero cree que la descripción no puede tener lugar sin considerar el caso central de la teoría del derecho: el punto de vista del hombre que posee razonabilidad práctica. De acuerdo con esta visión, el teórico necesita explicar y describir tanto los casos marginales como el caso nuclear del derecho, tal como son concebidos por el punto de vista práctico. Esta tarea no puede hacerse, sin embargo, sin tomar en cuenta el punto de vista del participante, esto es, el punto de vista del hombre que tiene hábitos, prácticas sociales, valores, intenciones y creencias dentro de una comunidad dada. Finnis enfatiza el rol de la antropología, el análisis estadístico, etc., para expandir la comprensión del punto de vista del participante. Sin

³ Véase, para el uso de la metodología de Finnis en la interpretación jurídica, Endicott (2001).

embargo, nos dice que tales datos solo nos ayudan a entender los grados de perfección o imperfección del punto de vista práctico y los principios de la razonabilidad práctica en culturas y prácticas sociales diferentes. La tarea del intelecto es aprehender qué es razonable prácticamente.⁴ En otras palabras, lo que es razonable prácticamente no puede derivarse de los datos empíricos de la naturaleza humana y la formación de un concepto depende de la aprehensión del *punto de vista práctico del hombre*.

Por otra parte, Finnis rechaza la idea de Dworkin de que nuestro punto de partida deberían ser nuestras propias creencias morales y políticas, dado que de acuerdo con Finnis esas creencias pueden ser falsas o estar afectadas por nuestros prejuicios. Necesitamos situarnos fuera de esas creencias y revisarlas en orden a llegar a las razones “correctas”.⁵

Para Dworkin, por el contrario, la pregunta práctica necesita ser respondida en términos de una pregunta teórica: lo que debo hacer requiere una respuesta a la pregunta acerca de lo que debo *creer* sobre los fundamentos del derecho. El profesional, el juez, el legislador y el abogado necesitan comprometerse en una investigación sobre los fundamentos del derecho que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas, y esta búsqueda es una tarea constructiva que nos exige tener en cuenta las convicciones morales

⁴ Finnis lo expresa como sigue: “El conocimiento descriptivo puede ocasionar una modificación de los juicios de importancia y significación con los cuales el teórico se aproxima por primera vez a sus datos y puede sugerir una reconceptualización. Pero el conocimiento no se habrá alcanzado sin una conceptualización preliminar y, por lo tanto, un conjunto de principios de selección y relevancia derivados de algún punto de vista práctico... Los problemas metodológicos de la formación de conceptos, tal como los hemos rastreado en este capítulo, nos obligan a reconocer que el punto de equilibrio reflexivo en la ciencia social descriptiva solo puede ser alcanzado por alguien en quien un amplio conocimiento de los datos y una comprensión penetrante de las preocupaciones y puntos de vista prácticos de otros hombres estén ligados a una metodología sólida sobre todos los aspectos de la maduración humana genuina y de una auténtica razonabilidad práctica” (2011. pp. 17-18).

⁵ Finnis afirma: “Así como no se trata de derivar los juicios básicos sobre los valores humanos y los requisitos de la razonabilidad práctica mediante alguna inferencia de los hechos de la situación humana, tampoco se trata de reducir la ciencia social descriptiva a una apología de la ética o de los juicios políticos propios, o a un proyecto para distribuir elogios o culpas entre los actores de la escena humana: en este sentido, la ciencia social descriptiva está ‘libre de valores’” (2011, p 17). Ver también Finnis (1987). Para una crítica de la metodología de Dworkin como una incapacidad para ver la importancia de la razón práctica, ver mi artículo (Rodríguez-Blanco, 2016b).

del profesional y del teórico.⁶ Es cierto: es su integridad la que guiará al profesional en la tarea de construir la mejor interpretación posible de lo que es derecho y la exigencia de ajustarse al volumen del material jurídico lo capacitarán para alcanzar un balance entre la solidez moral y el precedente judicial. Pero es una empresa teóricamente justificativa, que se caracteriza por determinar los fundamentos del derecho.

El segundo aspecto de la metodología de Finnis es el de tipo práctico. En el núcleo de la indagación de Finnis está la pregunta práctica acerca de lo que uno debe hacer de acuerdo con los principios de la razonabilidad práctica. Para Finnis, el teórico necesita explicar el punto de vista práctico, pero una vez que el punto de vista práctico ha sido identificado, este nos afecta a todos: al teórico y al participante. Es porque el punto de vista práctico incide sobre todos nosotros que tenemos que actuar conforme a los principios de la razonabilidad práctica, y el derecho necesita que se le dé forma de acuerdo tanto a dichos principios como también a los valores básicos. Desde el punto de vista del teórico, de acuerdo con Finnis, la tarea explicativa precede la tarea justificativa. Sin embargo, existe una interdependencia mutua entre las empresas explicativa y justificativa. La deliberación práctica requiere conocimiento de la situación humana, pero al mismo tiempo la evaluación desde el punto de vista del hombre que

⁶ Ronald Dworkin afirma en varios pasajes de *El imperio del derecho* que la tarea interpretativa requiere las convicciones sustantivas del teórico y del juez en orden a determinar cuál interpretación se ajusta mejor a los materiales jurídicos del pasado y es moralmente sólida: “Las teorías interpretativas de cada juez están fundamentadas en sus propias convicciones sobre el ‘punto’ —el propósito justificativo u objetivo o principio— de la práctica legal como un todo, y esas convicciones serán inevitablemente diferentes, al menos en detalle, de las de otros jueces” (1986, pp. 87-88). Dworkin explica el rol de las convicciones como sigue: “Ahora podemos mirar atrás a través de nuestra consideración analítica para componer un inventario del tipo de convicciones o creencias o asunciones que alguien necesita para interpretar algo. Necesita asunciones y convicciones sobre lo que cuenta como parte de la práctica en orden a definir los datos en bruto de su interpretación en la etapa pre-interpretativa; la actitud interpretativa no puede sobrevivir a menos que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan al menos aproximadamente las mismas asunciones sobre esto... Finalmente, necesitará más convicciones sustantivas sobre cuáles tipos de justificación realmente mostrarían la práctica en la mejor luz” (1986, p. 67).

posee razonabilidad práctica determina qué descripciones son esclarecedoras y significativas.⁷

El concepto de derecho, nos dice Finnis, se utiliza de diferentes maneras y en diferentes contextos. Sin embargo, a pesar de su multiplicidad, “derecho” se refiere a un solo concepto, y en consecuencia las diferentes concepciones del derecho se refieren a una fuente primaria, la cual es el punto de vista del hombre que posee razonabilidad práctica. Por lo tanto, su argumento muestra que la multiplicidad puede ser unificada por un caso central de derecho. Examinemos los dos roles clave del “caso central” que Finnis identifica.

En primer lugar, Finnis comienza con la idea de que un método descriptivo-explicativo necesita estar consciente de las diferentes concepciones y autointerpretaciones de las personas cuyas conductas y disposiciones dan forma al concepto a ser investigado.

La comprensión completa de *las acciones y las prácticas implica una comprensión del sentido y propósito de la acción o práctica*. El agente que ejecuta la acción o el participante *que participa en la práctica le otorga su sentido y propósito —o valor— a la acción o práctica*. Por lo tanto, el teórico entiende el valor o el sentido y propósito atribuido solo mediante la comprensión de las autointerpretaciones de los participantes (Finnis, 2011, p. 13). Sin embargo, el teórico es confrontado por el problema de la variedad de las concepciones sobre el valor o el sentido y propósito de la práctica y la acción. El sentido y propósito de una práctica cambia de persona a persona y de sociedad a sociedad (Finnis, 2011, p. 15).

¿Cómo puede el teórico organizar estas autointerpretaciones diferentes y conflictivas? En las ciencias humanas, los teóricos recurren a la identifi-

⁷ Finnis afirma que hay una interacción e interdependencia entre evaluar con la intención de actuar razonablemente bien y describir. Lo expresa como sigue: “Existe una interdependencia mutua, aunque no del todo simétrica, entre el proyecto de describir los asuntos humanos mediante la teoría y el proyecto de evaluar las opciones humanas con una intención, al menos remotamente, de actuar razonablemente y bien. Las evaluaciones no se deducen de ninguna manera de las descripciones, pero es muy poco probable que alguien cuyo conocimiento de los hechos de la situación humana sea muy limitado pueda juzgar bien en el discernimiento de las implicaciones prácticas de los valores básicos. Igualmente, las descripciones no se deducen de las evaluaciones, pero sin las evaluaciones nadie puede determinar cuáles descripciones son realmente esclarecedoras y significativas” (2011, p. 19).

cación de un factor común que unificará la variedad de las concepciones sobre el sentido y propósito —o valor— de una práctica y una acción. Esta estrategia es criticada por Finnis y ahora pasamos a tratar este punto.

El rol unificador constituye el segundo rol identificado por la metodología del “caso central”. Encontrar una respuesta a la multiplicidad de concepciones y autointerpretaciones acerca del sentido y propósito de las acciones y de las prácticas significa buscar un factor común que cubra todas esas diferentes autointerpretaciones y concepciones.⁸ Kelsen, según Finnis, es consciente de que el sentido y propósito o función de una actividad es fundamental para el éxito de la tarea descriptivo-explicativa del contenido. Kelsen, nos dice Finnis, propone la idea de que el teórico necesita encontrar una cosa en común o el rasgo distintivo que caracteriza y explica el contenido (Finnis, 2011, p. 6). Esta idea presupone que el concepto de “derecho” está conectado a un solo rasgo distintivo.

Raz y Hart, nos dice Finnis, quiebran la metodología “ingenua” de Austin y Kelsen y alega que Austin y Kelsen se equivocan en lo que respecta a la función que se atribuye al derecho. Hart explica el concepto de derecho apelando al sentido práctico de los componentes del concepto. Tanto Raz como Hart hacen énfasis en que el derecho provee razones para la acción y busca guiar la conducta de los participantes jurídicos. También creen, según Finnis, en la idea de que esas diferentes concepciones tienen un principio o razón que las unifica (2011, p. 10).

Finnis critica a Kelsen porque presupone que hay un factor común a todas las diferentes concepciones del derecho. Pero también critica a Raz y a Hart, aunque ellos abandonan la idea de que hay una cosa en común a todos los casos del concepto de derecho, adoptan un “punto de vista práctico” inestable o insatisfactorio (Finnis, 2011, p. 13). Finnis utiliza el término “punto de vista práctico” para referirse a un punto de vista que

⁸ Hay una motivación paralela en la introducción de Aristóteles de la idea del “significado focal”. Aristóteles quiere mostrar, contra Platón, que los conceptos de “ser”, “bondad” o “amistad” no representan una sola esencia, sino diferentes esencias y propiedades. Sin embargo, pueden unificarse y por lo tanto pueden ser el sujeto de investigación de una disciplina, esto es, la metafísica en el caso del concepto de “ser”. Véase Irwin (1981, p. 540).

aborda la decisión y la acción (2011, p. 12). Así Raz⁹ adopta “el punto de vista del hombre ordinario” y en una obra posterior Raz se refiere al “punto de vista jurídico” (1999), mientras Hart adopta el “punto de vista interno”, es decir, el punto de vista del hombre que usa las reglas como un estándar para evaluar sus propias acciones y las de los demás. Los puntos de vista prácticos de Raz y Hart, nos dice Finnis, representan ir varios pasos más adelante que Austin y Kelsen, quienes presuponen al hombre que meramente acata el derecho a causa del miedo al castigo.

No obstante, Finnis encuentra *inestables* e insatisfactorios tanto el punto de vista interno de Raz como el de Hart, puesto que no pueden explicar la distinción entre diferentes puntos de vista, tales como aquel entre el anarquista y la ciudadana respetuosa del derecho. Los teóricos necesitan un principio o razón que les permita discriminar entre puntos de vista e identificar lo que es significativo o relevante cuando organizan las diferentes autointerpretaciones y concepciones del derecho.

En la literatura actual, la crítica de Finnis a la metodología de Hart y Raz ha encendido discusiones sobre las diferencias entre los casos centrales o focales¹⁰ y los casos defectuosos de derecho.¹¹ La crítica de Finnis del punto de vista interno de Hart se centra en su carácter problemático para unificar las diferentes autoconcepciones y autointerpretaciones del derecho. Sin embargo, otra explicación del carácter problemático del punto interno de Hart puede encontrarse en la siguiente cita:

Pero todo esto es inestable e insatisfactorio porque involucra una negativa a atribuir relevancia a las diferencias que cualquier actor en el campo (bien sea el anarquista subversivo o su oponente, el “ciudadano respetuoso del derecho”) consideraría como relevantes para la práctica (Finnis, 2011, p. 13).

⁹ Véase, para una discusión sobre las diferencias entre las metodologías de Raz y Finnis, Dickson (2001).

¹⁰ Véase, para una visión alternativa sobre el caso central o el significado focal, Rodríguez-Blanco (2007).

¹¹ Murphy (2006) desarrolla una defensa de la metodología de Finnis. Por el contrario, Julie Dickson (2011) propone una distinción entre evaluación directa e indirecta y sostiene que la metodología de Finnis es cercana a la primera.

En otras palabras, Finnis nos dice que el participante de la práctica jurídica, por ejemplo, la ciudadana, la jueza, la abogada, están comprometidas con el derecho y están interesadas en distinguir entre una norma buena y una *no tan* buena, entre una directiva justa y una directiva injusta, entre una decisión racional de un tribunal y una decisión irracional. El punto de vista interno de Hart se niega a hacer ulteriores distinciones entre los casos centrales y periféricos del derecho y esto trae *inestabilidad* al concepto.

El punto de vista interno de Hart como inestable puede remontarse a una crítica más fundamental, a saber, el punto de vista interno de Hart no puede ser usado para entender el sentido y propósito de las acciones humanas y, por lo tanto, no podemos basarnos en el punto de vista interno de Hart para identificar *diferencias de importancia que pueda hacer cualquier actor en el campo*. En la literatura sobre la “metodología”, este argumento de la *inestabilidad* es pasado por alto y sus premisas no han sido cuidadosamente examinadas. En este capítulo, trataré de mostrar que la idea de que el punto de vista interno es inestable es, a la vez, clave para entender los límites de la teoría del derecho de Hart y para arrojar más luz sobre la idea de que el derecho debe concebirse en términos de un caso central o focal.

Podríamos inferir que, para Finnis, poner la razón práctica en el corazón del concepto de derecho provee el soporte que da estabilidad al concepto de derecho y nos permite aprehenderlo correctamente. Pero, ¿por qué la razón práctica constituye el caso paradigmático o “central” del derecho? ¿Por qué debería tener prioridad sobre otros puntos de vista internos, como por ejemplo el punto de vista del hombre o mujer malos o el punto de vista del anarquista? *Además, ¿por qué provee estabilidad? ¿De qué tipo de estabilidad está hablando Finnis?* Finnis (2003; 1998), Grisez (1967) y Tollefsen (2018) han defendido la prioridad del punto de vista de la razón práctica utilizando la concepción de Tomás de Aquino de la acción intencional y los cuatro órdenes de la naturaleza. No obstante, el teórico escéptico, el teórico del derecho crítico o la mala mujer de Holmes permanecen indiferentes a esta defensa y los argumentos de Finnis, Grisez o Tollefsen no los persuaden. A su vez, no parecen entender el veredicto de inestabilidad propuesto por Finnis contra el punto de vista interno de Hart.

Explicaré por qué surge esta inestabilidad, aunque no me basaré *exclusivamente* en la noción de acción intencional —la cual he defendido en

otra parte—, abogada por Aristóteles, Tomás de Aquino, Anscombe, Grisez, Finnis y Tollefsen, y los cuatro órdenes de la naturaleza. Mi estrategia argumentativa clave es negativa, a saber, mostrar que el modelo de la acción de Hart no puede dar cuenta del sentido y propósito (*point*) de las acciones humanas en el derecho.

Defenderé tres afirmaciones:

- a) Entender una acción humana en el derecho supone comprender qué busca alcanzar dicha acción, esto es, su sentido y propósito.
- b) El punto de vista interno de Hart no puede usarse para entender el sentido y propósito o los sentidos y propósitos de la acción. Su posición solamente muestra cuál puede ser el estado mental, esto es, la creencia, del agente que realiza una acción cuando sigue la regla del reconocimiento y/o las normas jurídicas en general.
- c) Entender el estado mental interno de la acción no es comprender el sentido y propósito de la acción. Entender el estado mental del agente puede o no proveer de una comprensión del sentido y propósito de la acción, pero si lo hace puede considerarse mera casualidad. Por lo tanto, el punto de vista interno de Hart es *inestable*.

Presupondré que a) no es controversial, ya que el “sentido y propósito” de una acción puede construirse tan ampliamente como para incluir motivos, intereses y valores. En orden a mostrar que los estados mentales, esto es, las creencias, no pueden aprehender el sentido y propósito de una acción y su eventual contenido (b), utilizaré una teoría de la acción intencional defendida por Anscombe. Argumentaré que cuando observamos una acción desde la perspectiva de la tercera persona no aprehendemos el estado mental de quien la realiza, ni se nos provee de una interpretación de los movimientos corporales que constituyen las características distintivas físicas de la acción. Estamos tratando de “ver el sentido y propósito” de la acción para darle significado. Si no podemos ver el sentido y propósito o los sentidos y propósitos de la acción, es porque no estamos ejerciendo ciertas capacidades¹² y disposiciones, a saber, la razón práctica y la imaginación práctica,

¹² Entiendo capacidades como las habilidades de los seres humanos para realizar diferentes operaciones. En Aristóteles y Tomás de Aquino, la capacidad es entendida como la actua-

y estas capacidades se aprenden mediante juegos de lenguaje insertos en las formas humanas de vida.

Podría decirse que somos ciegos para ciertos aspectos del sentido y propósito de una acción. Es tentador reemplazar teóricamente esta ceguera con una teoría de los estados mentales; por ejemplo, la creencia de que una acción corresponde al tipo de acción que es jurídica, u otras ficciones que oscurecen la comprensión de las acciones humanas. Finalmente, sostendré que la inestabilidad se produce porque necesitamos contar con *rememorar* nuestros estados mentales y podríamos no ser capaces de recordar nuestras creencias sobre las normas jurídicas. Podría recordar mi estado mental de creencia en la regla de reconocimiento o en las normas jurídicas en general, pero esto es *mera casualidad*. No hay ruta que garantice que recuerde y aprehenda el significado o sentido y propósito de una acción. Por el contrario, en orden a “ver el sentido y propósito de una acción”, por el cual se ejercen ciertas capacidades y disposiciones, necesitamos ejercer la capacidad de reconocer las acciones aprendidas en los juegos del lenguaje. No debemos oscurecer el “sentido y propósito de la acción” con ficciones como los estados mentales, puesto que al hacerlo perdemos al agente y a la acción misma.

El ensayo se divide en dos partes: en la primera parte utilizo la teoría de Anscombe de la acción intencional para arrojar luz sobre “ver el sentido y propósito de una acción humana” y trato el tema del aprendizaje del *logos* de la práctica social como el ejercicio de nuestras capacidades dentro de formas de vida específicas. En la segunda parte, profundizo más en la crítica de Finnis a la inestabilidad del punto de vista interno y defiendo la afirmación de Finnis de que el ejercicio de nuestra capacidad para la razón práctica es el caso central de la acción humana y por tanto de la acción humana en el derecho.

lidad de una potencialidad. Una capacidad clave es la habilidad de los seres humanos para actuar en el mundo y producir cosas, valores, situaciones. Esto incluiría también las disposiciones, ya que las capacidades aprendidas son disposiciones (Aquinas, 2006c). Una discusión completa de las capacidades y las disposiciones va más allá del argumento central de este ensayo. Véase, para una discusión de las capacidades como actualización de potencialidades, con un enfoque especial en el razonamiento práctico, Rodríguez-Blanco (2016a, capítulo 4).

2. “Ver el sentido y propósito de una acción” y una teoría de la acción intencional

Nuestras acciones no son meros movimientos físicos o las representaciones de uno o más estados mentales, nuestras acciones tienen una dimensión interna que les confiere unidad. Más precisamente, esta unidad resulta de la elección y la decisión del agente.

La elección que se expresa a sí misma en el ámbito físico en ciertos movimientos los convierte en un cierto tipo de acción o constituye su naturaleza o especie.¹³ Al ser esto así, nos incumbe preguntar cómo esta dimensión interna puede ser inteligible a terceras personas. Por ejemplo, cuando veo a alguien sentado ante un escritorio que traza líneas sobre una hoja de papel con ciertas características, puedo entender que está escribiendo una carta *si y solo si* yo aprehendo lo que intenta hacer. Esta dimensión interna es inteligible porque el *logos de las acciones intencionales* —en otras palabras, las razones detrás de las acciones— pueden ser entendidas mediante el contexto específico de la ejecución externa. Comprendo las intenciones de quien escribe la carta, por ejemplo, porque reconozco los objetos con las características típicas de la papelería y los sobres sobre su escritorio y sé lo que se requiere para la práctica de escribir cartas.

Anscombe discute esta relación entre la ejecución exterior de las acciones y los hechos o contextos institucionales en los cuales estas ocurren en su artículo de 1958 titulado “Sobre los hechos brutos”. En lo que mi coautora y yo hemos llamado su *tesis de la transparencia institucional*, Anscombe sostiene que mientras una descripción factual de una acción “A” *no es una descripción de la institución detrás de “A”* (1958, p. 72), la existencia de una descripción factual de la acción “A” *presupone* una institución A. Puesto en el contexto de la inteligibilidad, entender la dimensión interna (esto es, la intención o la elección) de las acciones de una tercera persona requiere comprender el contexto social o institucional en el que dichas acciones ocurren. Para comprender que la emisión de ciertas palabras por parte de alguien es, por ejemplo, una promesa, necesito saber cómo están

¹³ En lo que sigue, desarrollo un argumento que ya había esbozado Rodríguez-Blanco y Zambrano (2018).

institucionalizadas las promesas en mi comunidad, aun cuando —y esta es la tesis de la transparencia— no necesite pensar sobre eso cuando yo prometo o cuando reconozco una promesa. Además, la inteligibilidad de esas acciones acontece no en el ámbito teórico, sino en el de lo práctico.

Para explicarlo mejor, tenemos que preguntar cuál es la *institución detrás de la descripción*. Anscombe ofrece un ejemplo que podemos usar como punto de partida: “Debo al tendero cinco libras de papas que me suministró”.

Digamos que ordené cinco kilogramos de papas al tendero; el tendero carga las papas en su camioneta de reparto; conduce hasta mi casa; toca el timbre; descarga las papas de su camioneta y me da una factura por cinco libras. Usted observa tanto mis acciones como las del tendero. Concluye, como un observador, que “debo al tendero cinco libras”. Usted llega a esa conclusión. Pero, ¿cómo? ¿Llega a esa conclusión porque me pregunta qué estoy haciendo y yo se lo digo? Pero usted solamente haría esta pregunta si lo que estoy haciendo es ininteligible para usted. Usted comprende tanto la manera en que muevo mi cuerpo como las razones *por las cuales* muevo mi cuerpo *como una unidad*. A menos que usted ya posea los conceptos necesarios para comprender las razones *por las cuales* yo muevo mi cuerpo —conceptos tales como *suministrar, deber y cinco libras*—, simplemente observar la manera en que el tendero y yo movemos nuestros cuerpos cuando recibo las papas y la factura por cinco libras no le dirá a usted que “yo debo al tendero cinco libras por las papas que me ha suministrado”. La obligación de deber solo le resulta inteligible si usted ya comprende de antemano la acción de suministrar como la razón para la obligación de *deber*. En ese caso, ya usted ha aprehendido conceptos tales como *suministrar, deber y cinco libras* antes de los movimientos corporales entre el tendero y yo. Usted, yo y el tendero hemos aprendido previamente dicho conjunto de conceptos dentro del contexto de la institución social de *comprar y vender*. Hemos aprendido el conjunto de conceptos cuando éramos jóvenes y aprendimos que el intercambio de bienes en nuestra sociedad crea obligaciones. Aprendimos *como una unidad* los movimientos corporales y las *razones por las cuales* compramos, vendemos y satisfacemos nuestras obligaciones en el intercambio de bienes. Mis movimientos corporales, los movimientos corporales del tendero y las razones *por las cuales* ejecu-

tamos dichas acciones —en otras palabras, el *logos* de esas acciones—, son comprendidos como un todo en el ejemplo de Anscombe. Su comprensión, como un observador, de la unidad de los movimientos corporales y de las razones *por las cuales* se ejecutan esos movimientos corporales no describe la institución de *comprar y vender*. Más bien, esta institución de fondo le provee de las bases por las cuales usted puede determinar las intenciones detrás de los movimientos corporales que imprimen un *logos* sobre esos movimientos corporales.

Como la *acción es práctica, debería ser entendida como práctica*. Podemos decir que la acción es “práctica” porque en ella se trata de las intenciones del tendero y del comprador. El tendero y el comprador tienen la intención de producir un cierto estado de cosas y saben *por qué hacen lo que están haciendo*. El tendero sabe por qué carga cinco kilogramos de papas en su camioneta de reparto, conduce hasta mi casa, toca el timbre y descarga las papas enfrente de mi casa. Como comprador, sé por qué estoy ordenando papas, por qué las recibo del tendero y por qué recibo la factura por cinco libras. Adicionalmente, ambos sabemos *qué* está haciendo el otro y por qué lo están haciendo, porque ambos entendemos la institución de fondo de *comprar y vender* que nos permite hacer inteligibles nuestros movimientos.

Anscombe pregunta si los mismos movimientos corporales en un film donde un actor entrega las papas y otro actor recibe las papas serían diferentes de los del ejemplo anterior. En dicho ejemplo, como comprador, yo *debo* al tendero cinco libras, mientras que en el film no diríamos que el actor que interpreta al comprador *le debe* cinco libras al actor que interpreta al tendero, porque la *intención* de los agentes es diferente. A pesar de los movimientos de los actores en el film, estos no intentan crear un contrato de compra o la obligación de satisfacer un contrato semejante. Cuando el tendero me extiende la factura en el ejemplo, yo soy el comprador y el tendero y yo tenemos la intención de crear tal contrato. Por lo tanto, yo entiendo que *debo al tendero cinco libras*. Y el observador, que comprende la diferencia entre las instituciones de fondo en cada situación, comprende la diferencia entre esas dos situaciones.

Para comprender mejor este sutil y difícil punto necesitamos entender la concepción de Anscombe de la acción intencional, que rechaza las

acciones como una cadena causa-efecto de dos eslabones compuesta de un acto interior —esto es, los estados mentales tales como las creencias y los deseos que *causan* una acción—, y la acción exterior que es el *efecto* del acto interior. Como Tomás de Aquino, Anscombe no separa la acción física y la respuesta a la pregunta acerca de *por qué* el agente está actuando de la manera en que lo hace. Si la pregunta *por qué* no puede aplicarse a la acción física, entonces es más que probable que la acción no haya sido intencional. Lo cual es decir que no hay dos acciones, una interior y una exterior, sino una sola acción. Diferentes perspectivas pueden analizar esa acción, pero la acción exterior es una y la misma y no esencialmente diferente de la voluntad interior. La única acción es su ejecución y manifestación (*Aquinas*, 2006a, q. 17, a. 4).

¿Qué es, entonces, la elección o voluntad que se ejecuta y manifiesta por medio de la acción exterior? Para responder, debemos determinar si existe o no una distinción entre la intención de actuar —en cuyo caso mi voluntad es operante y está envuelta en la acción—, y una acción voluntaria. Por supuesto que las acciones pueden ser voluntarias: por ejemplo, hablar, caminar, saltar, etc. son acciones voluntarias. Las acciones también pueden ser involuntarias: por ejemplo, las funciones respiratorias de mi cuerpo y de mi sistema digestivo son acciones involuntarias. Pero, para las acciones voluntarias específicamente, ¿involucran todas las acciones voluntarias la voluntad? Puesto más concretamente, ¿involucran todas las acciones voluntarias una elección? (*Aquinas*, 2006a, q. 17, a. 4).

Consideremos dos ejemplos diferentes. En uno, muevo mi brazo, pero en lugar de moverse mi brazo, se mueven mis pies. En otro, muevo mi brazo y mi brazo, en efecto, se mueve. Mis acciones son voluntarias en ambos ejemplos. Sin embargo, en el primer ejemplo, mi acción no ejecuta mi elección. Mi elección es mover mi brazo, y en este primer ejemplo, mi elección no se cumple. Si me estuviera observando en esos dos casos, notaría que mi pie se mueve y después vería a mi brazo moverse. ¿Cómo sería usted capaz de determinar si se cumplió efectivamente mi elección en cada caso? Podemos hacer una distinción, entonces, entre un acto meramente volitivo, esto es, un acto iniciado por una persona, y un acto voluntario, esto es, un acto volitivo que efectivamente lleva a cabo una elección. Dicho esto, ¿cómo puede un observador conocer si el acto es volitivo o volunta-

rio? Los observadores podrían ver que muevo mi pie y mi brazo, pero no pueden conocer mi elección, de tal forma que no pueden saber, tan solo a partir de la observación, que mi brazo se movió intencionalmente.

Podría decirse que la vía para determinar si una acción es o no querida es pedir al agente que describa la acción. Por ejemplo, podemos ver a Juan mover su mano y golpear a Marcos y preguntarle a Juan si su movimiento —que fue claramente volitivo—, pretendía golpear a Marcos o si el golpe fue accidental. Pero, aun cuando la descripción del agente es la mejor manera para determinar si la acción es querida o no, solo raramente se les pide a los agentes que describan sus acciones porque, en la mayoría de los casos, el trasfondo institucional o los juegos del lenguaje, en combinación con los movimientos físicos de la acción son suficientes para efectuar tal determinación. Si Juan golpea a Marcos mientras están en un cuadrilátero vestidos con *shorts* y guantes de boxeo, sabemos que el golpe fue intencional. La descripción del agente de sus elecciones puede incluso volverse irrelevante, como en el contexto del derecho, donde el trasfondo institucional hace inteligibles esas elecciones.

Ocuparse teóricamente de la acción humana está más cerca de una explicación que de una forma de comprensión. En el conocimiento teórico o metafísico, las acciones se individualizan a través de un proceso cognitivo que se focaliza no en identificar *elecciones* que se ejecutan en acciones, sino en identificar las acciones como efectos de eventos previos. Donald Davidson (1963), en sus consideraciones sobre la acción intencional, defiende su teoría causal de la acción y la teoría correlativa de la interpretación de las acciones concretas.

Muchos estudiosos han asumido que Davidson y Anscombe sostienen visiones similares sobre la acción intencional, porque Davidson usa algunas de las ideas de Anscombe y a causa de la dificultad y complejidad de la obra de Anscombe, que no se basa en una teoría general o un sistema (Annas, 1976). No obstante, las consideraciones de Anscombe y Davidson sobre la acción intencional y sobre la interpretación de la acción son, de hecho, fundamentalmente diferentes.

Para Davidson, las acciones intencionales son comprendidas en términos de las razones que el agente da cuando describe lo que hizo. El objetivo es racionalizar la acción. Además, se puede decir que el agente tiene una

razón si a) el agente es proactivo hacia la acción y b) el agente cree (o sabe, recuerda, nota, percibe) que su acción es de ese tipo (Davidson, 1963, p. 685). Davidson denomina a esta combinación de creencia y deseo una razón primaria y sostiene que “una razón primaria para una acción es su causa” (Davidson, 1963, p. 685).

En las consideraciones de Davidson, las creencias y los deseos son meros eventos mentales que *causan* (o pueden eventualmente hacerlo) una acción externa, que es un evento subsecuente y correspondiente. La relación entre eventos mentales y acciones es causal, específicamente un tipo de relación causal entre hechos (Davidson, 1963, p. 685). Así, mi deseo de accionar un interruptor y mi creencia de que mi acción es de ese tipo causa la acción *yo acciono el interruptor*. Además, la observación de la acción nos permite inducir la causa. Aun cuando solo observemos el efecto, esto es, la acción, la cual en este caso es el movimiento del interruptor, podemos inducir la causa, esto es, los eventos mentales que causaron el efecto. Este proceso cognitivo que nos permite individuar la naturaleza de varias acciones no es fundamentalmente diferente del proceso cognitivo que explica los eventos físicos.

Davidson niega que haya leyes psicofísicas que conecten las acciones y las razones, al decir que si hay leyes, estas deberían ser neurológicas, químicas o físicas (Davidson, 1963, p. 685). En los últimos cuarenta años, sus consideraciones sobre la acción intencional han ejercido gran influencia. En ese tiempo, el razonamiento práctico ha tendido a ser asimilado dentro de la acción intencional como un estado mental.¹⁴ La asimilación del razonamiento práctico a un estado mental ofrece dos ventajas sobre consideraciones rivales como la de Anscombe. Una, esta asimilación permite a los neo-humeanos¹⁵ plantear la idea de Hume de que los deseos o actitudes proactivas motivan y explican las acciones intencionales. Dos, esta asimilación es compatible con una comprensión descriptiva y científicamente neutral de la acción como causada por eventos mentales. A pesar de estas

¹⁴ Ver, por ejemplo, Wallace, (s. f.): “El razonamiento práctico da lugar no a movimientos corporales *per se*, sino a acciones intencionales, y estas son inteligibles como tales solo en la medida en que reflejen nuestros estados mentales”.

¹⁵ Véase, para versiones de esta tesis, Harman (1986a; 1986b); Blackburn (1998); Smith (1994).

ventajas, la visión de Davidson contiene un defecto notable, a saber, que no tiene manera de garantizar que el vínculo causal entre una razón y la correspondiente acción sea correcto.¹⁶

Hay otros problemas que afectan el modelo estándar de la acción intencional. Si una intención de actuar es un estado mental, esto implica que puedo recordar mi estado mental y reflexionar sobre él. Desafortunadamente, parece que la memoria o la habilidad para reflexionar sobre mi intención como un estado mental pueden desvanecerse. Si las intenciones son puramente estados mentales que pueden desvanecerse, podríamos no recordarlas correctamente, podrían no perdurar, y entonces también podría desvanecerse nuestra acción intencional.

En conclusión, poner las acciones humanas en el mismo nivel como eventos físicos/teóricos o metafísicos, o poner la comprensión de las acciones humanas en el mismo nivel como la explicación de relaciones causales efectivas, falla en garantizar la individuación de las acciones.

Como fue previamente discutido, la mejor manera para determinar si un agente quiso una acción, es solicitar al agente mismo una descripción de la acción. Podemos solicitar una descripción de la acción preguntándole al agente *por qué* ejecutó una acción (Anscombe, 1963). Solicitar una descripción de esta manera se conoce como la *metodología de la pregunta del porqué* y es el método clave en *Intención* de Anscombe para clarificar las conexiones entre nuestras acciones y nuestro razonamiento práctico.¹⁷ Comprender plenamente esta metodología requiere dar cuenta de varias consideraciones:

- a) Paradigmáticamente, una acción intencional es una secuencia de acciones orientadas hacia el fin último de la acción.
- b) Sabemos que la explicación finaliza porque el último paso es descrito en los términos de características beneficiosas que hacen inteligibles e iluminan como un todo coherente los pasos sucesivos de la acción.

¹⁶ Chisholm fue el primer estudioso que escribió sobre cadenas causales desviadas (1976, p. 28). Otros estudiosos más radicales van más allá y niegan que las acciones intencionales sean causas. Véase, por ejemplo, Dancy (2000).

¹⁷ La exposición de Anscombe sigue muy de cerca la explicación de Tomás de Aquino de la acción intencional. Notablemente, Kenny (1979) argumenta que el modelo de Tomás de Aquino se entendería mejor como una psicología *Gestalt*.

- c) Tenemos solamente una acción, no diferentes acciones, y esa única acción se unifica en virtud del fin último de la acción, como una razón para la acción, entendida con respecto a las características beneficiosas.
- d) La razón tiene que ser una razón que pudiera ser genuinamente ofrecida a los otros como una justificación, y esta razón tiene que ser también la misma que el agente se da a sí mismo.

Con esas consideraciones en mente, podemos explicar ahora la metodología de la pregunta del porqué.

Anscombe comienza *Intención* planteando que el tema del libro debe ser estudiado bajo tres títulos: expresión de una intención; acción intencional e intención en el actuar,¹⁸ y que todos ellos deben entenderse como interdependientes. Así, una expresión de una intención no puede entenderse como una predicción sobre mis actos futuros ni como una explicación introspectiva de una intención tal como los deseos, necesidades, etc. Si yo digo “esta tarde iré a caminar” como una expresión de una intención, esas palabras no pueden entenderse como un pronóstico del futuro. En efecto, la intención está correctamente expresada en las palabras que fueron emitidas, aun cuando resulte que habrían sido falsas en tanto que pronóstico, ya que un amigo viene a visitarme y no puedo salir de casa. Ni pueden las palabras emitidas ser una expresión de deseos o necesidades. Yo podría tener la intención de caminar aun cuando yo no tenga ningún deseo en absoluto de hacerlo: por ejemplo, podría necesitar caminar hasta la casa de un amigo a devolver un libro, incluso si yo haría más bien otra cosa. Anscombe nos dice, sin embargo, que las personas formulan expresiones de intenciones sobre el futuro y usualmente resultan ser correctas (Anscombe, 1963, pp. 3-4). ¿Cómo es esto posible?

Para responder esta pregunta ella trata de explicar la manera en la cual podemos identificar los actos intencionales y separarlos de los actos no-intencionales. Hacer esto requiere dar el paso lógico de tratar de entender qué significa que yo diga “he actuado con una intención”. Para Anscombe,

¹⁸ Moran y Stone explican la transformación de esos tres títulos en la literatura posterior a *Intención* (2009, p. 37).

actuar intencionalmente significa actuar por una razón o ser capaz de dar *razones para la acción*, en el entendido de que pueda decirse que la pregunta *por qué* aplica a tales acciones (Anscombe, 1963, pp. 4-6). Todo lo cual es decir que actuamos intencionalmente cuando actuamos por razones, lo que a su vez nos obliga a ser receptivos y sensibles a un marco de justificación para nuestras acciones. Si ejecuto una acción Φ , se me pregunta por qué he ejecutado Φ y doy una respuesta genuina, por ejemplo, “no estaba consciente de que estaba haciendo Φ ” o “no sabía que estaba ejecutando Φ ”, no puede decirse que la acción sea intencional o dirigida por razones. La acción puede ser voluntaria, pero no es intencional (Anscombe, 1963, p. 17). Por el otro lado, si la respuesta tiene una de estas formas: “porque Φ ” o “en orden a Φ ”, entonces podría ser *prima facie* un caso para una acción intencional, lo que es decir una acción dirigida por razones. Las razones se demuestran ellas mismas, por así decirlo, en las acciones intencionales y las razones demuestran que operan como una parte del razonamiento práctico de un agente.

El problema para la comprensión de la acción es si estamos o no en control de la veracidad de las intenciones cuando se nos pregunta *por qué* hemos ejecutado una acción. Otro problema adicional se presenta por sí mismo: si podemos o no dar una respuesta plausible sin depender del testimonio del agente de la acción.

Anscombe nota que un conjunto de *condiciones contextuales* nos permite determinar si el agente ha dado o no sus genuinas intenciones como respuesta la pregunta *por qué* (Anscombe, 1963, p. 25). Este conjunto de condiciones contextuales son aquellos conceptos aprendidos en edad temprana mediante el contexto social. Por ejemplo, aprendemos que el dinero es necesario para comprar bienes y que si ordenamos bienes para la entrega a domicilio deberemos dinero al vendedor. En nuestro ejemplo de una escena de un film en la cual un tendero entrega papas, sabemos, a partir de las condiciones contextuales, que cuando el actor-comprador dice que le debe al actor-tendero cinco libras, las palabras del actor-comprador no son genuinas. O dado el ejemplo que muestra Anscombe en *Intención*, si una persona envenena un río con desechos tóxicos, preguntamos “¿por qué?” y la persona responde “solo estoy haciendo mi trabajo”, podremos determinar si la acción es parte de su trabajo o no y si las condiciones

contextuales lo hacen verdadero o no y, si no, entonces tenemos una razón para sospechar que su respuesta no es genuina.

Las acciones intencionales, o las acciones ejecutadas por razones, requieren una secuencia de pasos o acciones y, por lo tanto, una secuencia de razones que expliquen cada acción-paso. Si alguien escribe una carta y tiene una razón para hacerlo (por ejemplo, saludar a un amigo), lo hace así tomando una hoja de papel y una pluma y trazando letras con la pluma sobre el papel. Escribir la carta es su razón para trazar líneas sobre la hoja y esto último es su razón para tomar la hoja de la gaveta. Si este es el caso, surge la pregunta acerca de cómo podemos saber cuándo la explicación es completa y el agente puede dejar de dar justificaciones. Anscombe argumenta que la justificación se detiene cuando el agente describe el sentido y propósito final de la acción, en relación con lo que es deseable o bueno por sí mismo. El sentido y propósito final de la acción es, entonces, un estado de cosas, un hecho, un objeto o un evento que el agente parece considerar deseable o bueno. El estado de cosas, hecho, objeto o evento es considerado por el agente como algo bueno. Esta explicación es de sentido común y se podría decir que es la *explicación más ingenua de nuestras acciones*.¹⁹ Por ejemplo, cuando las papas han sido entregadas en mi casa, el tendero no dice que las ha entregado porque está en el estado mental de desear entregar papas y tiene el estado mental de creer y recordar que este es dicho tipo de acción. Por el contrario, para suministrar las papas, el tendero carga las papas en su camioneta de reparto, maneja hasta mi casa, la estaciona enfrente de mi casa, sale de la camioneta, descarga las papas, toca el timbre de mi puerta y lleva las papas hasta mi cocina. La secuencia de los pasos de la acción cobra inteligibilidad y unidad en la razón beneficiosa de que, por ejemplo, el tendero vende papas que compra a los granjeros, que quiere ganar dinero, etc.

Recordemos la diferencia con los actores en la escena de film *comprando y vendiendo papas*. Desde el punto de vista de los agentes, su *intención* de adquirir un bien específico era lo que diferenciaba las acciones de los actores en el film de las acciones del tendero que entrega papas en mi casa. En la escena del film *comprando y vendiendo papas*, los actores

no buscan comprar y vender papas, por lo que no podemos decir que el actor-comprador le debe cinco libras al actor-tendero.

Para retornar a nuestra discusión inicial, ¿cómo puede la intención/elección del agente hacerse inteligible para un observador y permitir al observador individualizar dicha intención/elección? Inteligibilidad requiere *i*) que tanto el agente como el observador sostengan un entendimiento mutuo de cuáles características beneficiosas pueden ser buscadas o escogidas por el agente cuando ejecuta una acción, y *ii*) que las características beneficiosas buscadas por el agente se manifiesten en la acción. La primera condición requiere que las características beneficiosas no existan puramente a través de la convención, ni que sean reconocibles a través de métodos empíricos, sino que sean, al menos hasta cierto punto, los objetos de la inteligencia humana. Si las características beneficiosas no fueran objetos de la inteligencia humana, el agente no sería ni siquiera capaz de nombrarlas. La segunda condición requiere que las características beneficiosas que se pretenden de una acción sean un caso específico de las características beneficiosas del trasfondo institucional o prácticas sociales que le dan a las acciones su forma final o *logos* (Grisez, 1967, p. 174).²⁰

Con estas condiciones en mente, el objetivo primario de la metodología de la pregunta del *porqué* es destacar la articulación o estructura de una acción intencional (Vogler, 2001). En nuestro ejemplo de las papas, el tendero no piensa y reflexiona sobre por qué está haciendo lo que hace a cada paso concreto de la acción. Más bien, el tendero entiende la secuencia de los pasos de la acción necesarios para comprar y vender y las características beneficiosas que explican *por qué nosotros, los seres humanos*, compramos y vendemos en el contexto social.

El asunto, entonces, no es descubrir las actitudes proposicionales —los deseos y las creencias que explican el vender y el comprar—, *ni siquiera describir explícitamente la institución* de comprar y vender, ni descubrir la naturaleza de la acción humana en términos de un bien dado. El asunto es comprender si la acción es o no intencional y entender qué elección pretende el agente cuando ejecuta la acción. Poniendo el testimonio del agente de lado por el momento, solo es posible entender la elección del

²⁰ Véase, para un desarrollo más amplio de estos argumentos, Zambrano (2015).

agente si su acción es comprendida como un caso específico dentro de una práctica social y justificada por las características beneficiosas de dicha práctica social. Solo cuando la comprensión de estos aspectos está en su lugar puede el observador aprehender la acción intencional como una unidad de movimientos físicos y la respuesta a la pregunta *por qué*, o *el logos fundante* de la acción.

3. Rescatando el concepto de derecho: la defensa de Finnis de la razón práctica como el caso central

Una vez que hemos mostrado la idea de que las acciones intencionales devienen inteligibles debido a la transparencia institucional y los juegos del lenguaje en los cuales están insertas, y la idea de un *logos* en la forma de valores y características beneficiosas que subyacen a las acciones intencionales —lo cual presupone el ejercicio de nuestra capacidad de razón práctica—, examinaremos ahora si esta concepción de la acción intencional arroja alguna luz sobre la crítica de Finnis del punto de vista interno de Hart.

Finnis apunta a establecer que el punto de vista interno de Hart es inestable y que un remedio para tal inestabilidad es el reconocimiento de que el caso central de derecho surge de personas que ejercitan sus capacidades de razonamiento práctico al comprometerse con el derecho. Pero hay un déficit de claridad sobre *por qué* hay inestabilidad y *cómo* nuestra capacidad de razonamiento práctico provee una solución adecuada a la inestabilidad diagnosticada.

Hart (1994, pp. 54-61) nos dice que cuando las personas ven las normas jurídicas desde su aspecto *interno*, hay una aceptación de tales reglas y esto implica que:

- a) La conducta en cuestión es vista como un estándar general a ser seguido por el grupo.
- b) Hay una actitud crítica entre las personas hacia este patrón de conducta. El estándar general aplica a todos los participantes en la práctica social y, en consecuencia, hay un amplio uso de las expresiones críticas en el lenguaje normativo, tales como “tú debes”, “eso es correcto”, etc.

Estas dos características clave nos capacitan para distinguir las normas jurídicas de los hábitos y de las órdenes respaldadas en amenazas. Es interesante que Hart también distinga entre la idea de reglas sociales en tanto que tienen un aspecto *activo*, esto es, la perspectiva interna, y un aspecto pasivo, esto es, órdenes respaldadas por amenazas. Esta explicación es digna de ser citada en su totalidad:

Es la fuerza de la doctrina que insiste en que la obediencia habitual a órdenes respaldadas por amenazas es el fundamento de un sistema jurídico la que nos obliga a pensar en términos realistas sobre este aspecto relativamente pasivo del complejo fenómeno que llamamos la existencia de un sistema jurídico. *La debilidad de la doctrina es que oscurece o distorsiona el otro aspecto relativamente activo, el cual es visto primaria, aunque no exclusivamente, en las operaciones de creación, identificación y aplicación del derecho de los oficiales o expertos del sistema. Ambos aspectos deben mantenerse a la vista si vamos a ver este complejo fenómeno social por aquello que realmente es* (Hart, 1994, p. 61, la cursiva me pertenece).

Desafortunadamente, el aspecto interno como mera aceptación de una crítica estándar y reflexiva no es suficiente para establecer la *distinción activo/pasivo* que Hart quiere mostrar tan vehementemente como se evidencia en el párrafo citado.²¹ Cuando aceptamos normas jurídicas y esas reglas son vistas como el estándar y cualquier desviación puede ser sujeto de crítica reflexiva, entonces hay solo una diferencia de grado y *no en el tipo* de nuestro compromiso con el derecho. De acuerdo con Hart, la acción del participante jurídico es captada por un observador a través del siguiente mecanismo: este reconoce un patrón de conducta externa que critica cualquier desviación del estándar que haya sido previamente aceptada por el participante. Si esto es así —me gustaría alegrar—, es entonces una mera casualidad si el observador puede conectar el estado mental, esto es, los deseos y creencias del participante jurídico con el patrón de conducta

²¹ Ver, para un intento de defender el elemento “activo” de la teoría legal de Hart, Gardner (2000). Para una crítica de esta posición, ver Rodríguez-Blanco (2018).

observado del mismo. *Este es el corazón de la así llamada inestabilidad del punto de vista interno de Hart.* Me explico.

El estado mental de la creencia, esto es, de la aceptación de la norma jurídica, produce un patrón de conducta, pero no podemos tener la certeza de que este patrón particular de conducta esté siempre acompañado del estado de creencia *correcto*, a saber, entender el sentido y propósito de la acción del participante y comprometerse con la acción a causa de este sentido y propósito. En consecuencia, y como era de esperar, el anarquista y la mala mujer podrían tener un cierto patrón de conducta y tener la creencia de la aceptación porque pueden aceptar la norma jurídica *por cualquier razón o motivo*. No obstante, ni el anarquista ni la mala mujer verían ningún sentido y propósito valioso en las acciones que se comprometen con el derecho, ni podríamos nosotros hacer inteligible *por qué* ellos rechazan el derecho, a menos que entendamos que ellos *han elegido* hacerlo así. Pero una vez que introducimos la noción de “elección”, necesitamos pensar acerca de una acción intencional que es guiada por un *logos* como lo son las características beneficiosas desde el punto de vista del agente. Por ejemplo: el anarquista da prioridad a su autonomía radical y a su libertad y esto dota a sus acciones contra el derecho de un sentido y propósito. Además, una vez que introducimos la “elección” y reflexionamos sobre la inteligibilidad de la elección, entonces la idea de un patrón de conducta se vuelve teóricamente innecesaria. No cumple ninguna función en tanto que todo el trabajo es hecho por nuestra comprensión de la acción intencional. Explicaré este punto más extensamente.

La idea de Hart de que aceptamos las normas jurídicas desde una perspectiva interna presupone una aproximación introspectiva a la acción como opuesta a una aproximación que mira hacia la exterioridad. Esta última examina las acciones intencionales como una serie de acciones que están justificadas en términos de otras acciones y en vista del propósito o finalidad de la acción intencional en tanto que una característica benéfica, por ejemplo, encender la tetera para hervir el agua, para hacer té *porque* es placentero beber té. Lo primero examina los estados mentales que racionalizan las acciones. Sin embargo, en el ámbito ontológico, se argumenta que esos estados mentales causan las acciones. Los estados mentales están compuestos por la creencia y la actitud proactiva hacia la acción.

Si la “tesis de la aceptación” es la interpretación correcta de la idea central de Hart concerniente al punto de vista interno hacia las normas jurídicas, las críticas que se levantan contra las aproximaciones introspectivas de las acciones intencionales también son válidas para el punto de vista interno de Hart y su “tesis de la aceptación”. La crítica principal que se ha elevado contra la idea de que el par de creencia y actitud proactiva puede explicar las acciones intencionales es la visión de que este no puede explicar las desviaciones de la cadena causal²² entre los estados mentales y las acciones.

Supongamos que usted pretende matar a su enemigo arrollándolo con su vehículo esta tarde cuando se encuentre con él en su casa. Algunas horas antes de que usted intente matar a su enemigo, usted conduce hacia el supermercado, lo ve caminar sobre el pavimento y usted sufre un espasmo nervioso que causa que súbitamente gire el volante y atropelle a su enemigo. En este ejemplo, de acuerdo con la visión de la creencia y la actitud proactiva, hay una acción intencional si usted desea matar a su enemigo y usted cree que la acción de matar a su enemigo, bajo cierta descripción, tiene esa propiedad. Ontológicamente, la teoría establecería que usted tiene tanto el deseo de matar a su enemigo como la creencia de que esta acción tiene la propiedad “matar a su enemigo”. Así, este estado mental ha causado la acción y hay una acción intencional. El problema con esta visión es que necesita especificar la *ruta causal apropiada*. Davidson ha hecho mucho esfuerzo en especificar las “actitudes que causan la acción si ellas van a racionalizar la acción”:

Y aquí vemos que el análisis de Amstrong, como el que propuse pocas páginas atrás, debe hacer frente a la pregunta de *cómo* las creencias y los deseos causan las acciones intencionales. Las creencias y los deseos que racionalizarían una acción si la causan de la manera correcta —mediante una causa de razonamiento práctico, como podríamos intentar decir— pueden causarla de otras maneras. Si es así, la acción no fue ejecutada con la intención que podríamos haber leído a partir de las actitudes que la causaron. Lo que estoy desesperado por explicar en detalle es la manera en que las actitudes deben causar acciones si ellas van a racionalizar la acción (1980, p. 79).

²² La primera persona en discutir las cadenas causales desviadas fue Chisholm (1976).

En el siguiente párrafo, Davidson parece temer que la idea de actitudes que causan acción pueda conducir a una *regresión infinita*:

Un escalador podría querer deslastrarse del peso y del peligro de sostener a otro hombre en la cuerda, y podría saber que al soltar la cuerda podría librarse del peso y del peligro. Esta creencia y este deseo podrían desconcertarlo tanto como para causar que soltase la cuerda, y sin embargo podría ser el caso que él nunca *eligió* soltarla, ni lo hizo intencionalmente. No ayudará, pienso, añadir que la creencia y el deseo deben combinarse para causar que él quiera soltar la cuerda, porque permanecerán las *dos* preguntas de cómo la creencia y el deseo causaron el segundo deseo y de cómo querer soltar la cuerda causó que la soltara (1980, p. 79).

Aquí vemos a Davidson luchando con su propia propuesta.²³ Pregunta *cómo las actitudes deben causar acciones si ellas están para racionalizar las acciones*. El modelo de Davidson de la acción intencional no nos ayuda a determinar si existe una acción intencional, solo nos ayuda a determinar las *condiciones* que explicarían la existencia de una acción intencional. La acción intencional ya está *dada*. Una crítica similar es aplicable a la “tesis de la aceptación” y de esto nos ocuparemos ahora.

Supongamos que pretendo ir al parque en auto. Sin embargo, leo una señal a la entrada del parque que dice: “No está permitido estacionar los vehículos en el parque”. Giro el volante de mi vehículo, retrocedo y me estaciono unas pocas calles más allá. Usted me pregunta *por qué* giré el volante de mi vehículo, retrocedí y me estacioné unas pocas calles más allá del parque. Respondo que llevé a cabo esas acciones porque hay una regla que dice “no está permitido estacionar los vehículos en el parque”. De acuerdo con la “tesis de la aceptación”, mi deseo de seguir el patrón de conducta indicado por la regla y mi creencia de que girar el volante de mi vehículo, retroceder y no estacionar en el parque es el tipo de acción o *patrón* de conducta indicado por la regla. Sin embargo, supongamos que deseo evitar estacionar en el parque y tengo la creencia respectiva. En otras palabras, acepto “no estacionar en el parque”. En mi camino hacia el par-

²³ Véase, para una discusión iluminadora de este punto, Vogler (2007, p. 347).

que, sin embargo, mientras sigo las instrucciones para llegar allí, tomo un giro equivocado y termino estacionando justo fuera de la entrada del parque. Aun cuando los dos criterios de la “tesis de la aceptación” se han cumplido, este no fue un caso de seguir la regla legal por aceptación, dado que cumplí la regla *por accidente*.

El problema con la “tesis de la aceptación” es que no considera la acción desde el punto de vista deliberativo, es decir, cómo es vista desde el punto de vista del agente o persona que delibera. En la autocomprensión de sus propias acciones, el agente no examina sus propias acciones mentales, más bien mira hacia afuera, hacia el vehículo, el parque, la señal, etc. Las razones para la acción, es decir, girar el volante, luego estacionar fuera del parque para seguir la regla, son autoevidentes o *transparentes* para él. Pero entonces, podría decir un objetor, ¿cuál es la característica benéfica de una regla que es el objetivo de la acción de evitar estacionar en el parque? Mi respuesta es la siguiente: cuando al conductor se le pregunta por qué está girando el volante y retrocediendo el vehículo, su respuesta será “porque es la regla”. Pero esto no es todavía completamente *inteligible* a menos que nosotros *asumamos* o *sepamos* que el conductor es un ciudadano respetuoso del derecho o que cree en la imparcialidad general de las normas jurídicas, etc. Podemos continuar preguntándole “¿por qué, a causa de la regla, hiciste eso?” Su respuesta necesitaría estar en los términos de las razones como características benéficas para él, en orden a hacer *inteligible* su acción intencional. Probablemente responderá que tiene razones para seguir la norma jurídica porque es la mejor manera de preservar la paz del parque, o que tiene razones para seguir las normas jurídicas en general porque es la mejor manera de preservar la coordinación²⁴ entre los miembros de una comunidad. Para decirlo en pocas palabras, el agente o persona que delibera necesita probar que las razones para la acción en términos de características benéficas y el objetivo o razón de la acción proveen *la forma inteligible de la acción*.

Además, en regímenes benévolos o malignos, si seguimos el modelo de Hart, los funcionarios del gobierno critican cualquier desviación de las reglas y esperan la obediencia a las mismas como estándar, pero podemos

²⁴ Véase, para un argumento de la autoridad como una necesidad práctica, Anscombe (1981).

observar el mismo patrón de conducta oficial tanto en regímenes malignos como en los benévolos. Así, en la metodología de Hart no somos capaces de diferenciar entre regímenes malignos y benévolos, o esta diferenciación deviene irrelevante en tanto exista un patrón de conducta y cualquier desviación del estándar de conducta sea criticada. Esto parece paradójico, en la medida en que la mujer que se compromete con la inteligibilidad de la acción dentro del específico juego del lenguaje jurídico es capaz de hacer esta distinción básica, tal como se ilustra en el ejemplo “comprar y vender papas”. Pero el teórico equipado con la metodología de Hart no lo es. En consecuencia, la crítica del participante en la práctica social que se desvía del estándar es aleatoria, ininteligible y/o arbitraria porque no es guiada por el *logos* como características beneficiosas o valores que determinan *la elección del participante*.

La idea de la acción jurídica producida por un agente comprometido con el *logos* como características beneficiosas y que ejerce sus capacidades en circunstancias de contextos institucionales conocidos y juegos del lenguaje, contrasta agudamente con la idea de que comprendemos la acción jurídica mediante la aprehensión del patrón de acción que refleja la crítica de la desviación de la norma jurídica. La visión defendida por Hart reduce la riqueza del *aspecto activo de las acciones* del participante jurídico y ofrece un cambio de grado, pero no de tipo, de la pasividad representada por el derecho entendido como órdenes respaldadas por amenazas.

Un objetor podría alegar que podemos entender la aceptación de normas y acciones de los participantes en la práctica jurídica como un “punto de vista no comprometido”, el cual no es ni deliberativo, ni teórico, sino más bien un “tercer punto de vista”. Sin embargo, este “tercer punto de vista” es, como el deliberativo, un punto de vista práctico. La diferencia radica en el hecho de que se formula desde la perspectiva de una tercera persona.²⁵

Siguiendo a Raz, el objetor podría decir que he presentado una interpretación muy restringida del punto de vista práctico y he reducido el

²⁵ Siguiendo a *Aquinas*, podríamos decir que el “punto de vista no comprometido” es solo parcialmente deliberativo (práctico) y parcialmente teórico (2006d, I, q. 14, a. 16). Pero si es deliberativo, lo es solo en un sentido “secundario”. He argumentado que el “punto de vista no comprometido” no es deliberativo en el sentido primario y por lo tanto no puede conducirnos a la acción (Rodríguez-Blanco, 2016, capítulo 5).

“punto de vista no comprometido” al punto de vista deliberativo. De acuerdo con Raz, el “punto de vista no comprometido” tiene dos rasgos centrales y debe ser caracterizado como sigue:

Primero, ellos son verdaderos o falsos si existe, en el sistema jurídico mencionado, una norma que requiera que la acción declarada sea una que debería realizarse; segundo, si la declaración es verdadera y la norma en virtud de la cual ella es verdadera y válida, uno debería ejecutar la acción, la cual, de acuerdo con la declaración, debería ser ejecutada legalmente. Tales declaraciones están muy generalizadas en los contextos jurídicos. Debe enfatizarse de nuevo que las declaraciones hechas desde un punto de vista o de acuerdo con un conjunto de valores son usadas en todas las esferas de la razón práctica, incluyendo la moralidad. Su uso está particularmente extendido cuando se discuten las razones y las normas que son ampliamente creídas y seguidas por una comunidad. Hay siempre gente que acepta el punto de vista y quiere saber qué se debe hacer de acuerdo con él en orden a conocer lo que deben hacer (1999, p. 177).

Pensemos primero sobre algunos ejemplos fuera del derecho, tal como los sugiere Raz. Si usted aconseja a un amigo que, por ejemplo, es vegetariano, de acuerdo con Raz usted no considera sus propias razones para la acción, sino más bien las razones de su amigo. Usted probablemente ama la carne, pero aconsejará a su amigo dentro del marco de su sistema normativo, es decir, su vegetarianismo.

Mi respuesta a esta objeción es la siguiente: en el ejemplo usado por Raz, ser vegetariano es bueno y usted le dice a su amigo, cuando va a un restaurante, que debe comer o las espinacas o el repollo (los únicos vegetales en el menú), porque ambos son cosas buenas para comer *qua* ser vegetariano y *qua* ser humano. En este ejemplo, usted puede decirle a su amigo “pide mejor el repollo, ya que eres vegetariano”. No hay ninguna pregunta ulterior sobre por qué se ha impartido tal consejo. Lo bueno de comer o repollo o espinaca es obvio en el contexto. Así, está dado como una característica beneficiosa y es transparente para ambos. Sostengo que esto es parasitario desde el punto de vista deliberativo. El razonamiento podría ser el siguiente:

(I) El repollo es bueno para los vegetarianos
Tú eres vegetariano
Hay repollo en el menú
¡Ordenemos repollo!

La dependencia o relación parasitaria del “tercer punto de vista” del punto de vista deliberativo es también clara en ejemplos muy diferentes de la premisa I. Franz Stangl²⁶ era el comandante de Treblinka. Cuando fue nombrado por primera vez como jefe de una clínica de eutanasia, las acciones de los nazis le resultaron moralmente repelentes. Pero por aquel entonces temía perder su trabajo y su carrera. Comenzó a pensar que la eutanasia era un mal necesario y un favor que se hacía a los asesinados. Supongamos que Stangl era mi amigo en 1943 y que antes de que empezara su proceso de autoengaño me pidió que lo aconsejara sobre lo que debería hacer. De acuerdo con Raz, podría haberle respondido a Stangl: “según el sistema normativo del nacionalsocialismo, deberías seguir siendo el jefe de la clínica”. Pero, de acuerdo con Raz, como un vegetariano que ha aceptado el marco normativo de ser vegetariano, Stangl ya ha aceptado el punto de vista normativo del nacionalsocialismo. Su pregunta es como la pregunta de un jugador de ajedrez: dadas las reglas del ajedrez, ¿cómo debería jugar? Ya ha aceptado la regla.

En respuesta a mi afirmación “de acuerdo con el derecho nazi, deberías permanecer como jefe de la clínica”, Stangl podría haber preguntado sensatamente “¿por qué debería?” El porqué está dirigido a la acción que he dado como consejo. Ha pedido consejo en términos de una razón para la acción, no solo en términos de una acción *simpliciter*, por ejemplo, una acción voluntaria que es realizada sin ninguna razón, y es necesario también que mi respuesta sea en los términos de razones para la acción. Cuando las personas buscan un consejo práctico están buscando razones. Los niños hacen esto todo el tiempo. Le preguntan a sus padres, maestros, familiares y amigos cómo hacer esto y lo otro. Aprenden que algunos fines son valiosos y dignos de ser perseguidos y otros no. Para dar consejo a Frank Stangl en términos de razones para la acción, como en el caso del amigo vegetariano,

²⁶ Ejemplo dado por Eleonore Stump (2003, p. 355) para explicar la interrelación entre intelecto y voluntad en Tomás de Aquino. Ver también Sereny (1983).

necesito una premisa como “(I) los vegetales son buenos”. ¿Qué tipo de premisa puede jugar ese rol? Mi argumento es que solo una premisa que a) sea transparente y b) que describa la acción como una característica beneficiosa podría desempeñar ese rol. En ese caso, la premisa “la autoridad legítima es una cosa buena” puede jugar el rol de la premisa I. El razonamiento podría ser como sigue:

(II) La autoridad legítima es una cosa buena.²⁷

El derecho nazi posee autoridad legítima.

Un oficial nazi ha ordenado que “deberías permanecer como jefe de la clínica de eutanasia”.

¡Obedezcamos la orden!

Pero aquí mi consejo está equivocado. Sé que el derecho nazi no tiene autoridad legítima porque no es un caso de “autoridad legítima como una cosa buena”. La segunda premisa es falsa. Es similar al caso de las vitaminas y las naranjas del modo siguiente:

La vitamina C es buena para el sistema inmune.

La naranja sintética sin vitaminas es una cosa buena.

Tienes un resfriado, deberías estimular tu sistema inmune.

¡Comamos esta naranja sintética!

Como en el caso del derecho nazi, mi consejo está equivocado porque mi razonamiento es defectuoso dado que la segunda premisa es falsa. Stangl no tiene una razón para renunciar a su juicio. Si mi consejo se detiene al momento de expresar “desde el punto de vista jurídico, deberías obedecer el derecho”, mi consejo está incompleto. Él puede demandar legítimamente razones para la acción, a saber, una respuesta a la pregunta por qué. Entonces necesito una premisa como I o II.

El tipo de compromiso activo con el derecho es fenomenológicamente distintivo. Hay crítica reflexiva no a causa de una desviación del estándar aceptado, sino más bien porque una violación de las normas jurídicas socava el *logos como valores o características beneficiosas* que subyacen a la

²⁷ Como Geach (1956), uso “buena” como un adjetivo atributivo, en lugar de un predicado atributivo.

norma jurídica o al derecho en general. Para Finnis, socava el objetivo del bien común que el derecho pretende alcanzar. La complejidad del aspecto activo del derecho implica *un cambio en el tipo* y no puede aprehenderse por los dos rasgos clave del aspecto interno esbozados por Hart. En consecuencia, para Finnis existe la necesidad de una manera más compleja de identificar la acción que se compromete con el derecho.

4. Conclusiones

Durante los últimos cincuenta años los debates de la filosofía del derecho en el mundo de habla inglesa se han concentrado en la crítica de Dworkin a *El Concepto de Derecho* de Hart, incluyendo la muy debatida distinción entre los desacuerdos semánticos y teóricos. A mi parecer, esta concentración de recursos intelectuales en un solo debate ha tenido lugar a costa de comprender una crítica de Finnis más llamativa y perspicaz, la cual habría conducido a la filosofía del derecho a un ámbito de investigación sobre la razón práctica y la teoría de la acción en el derecho. Podría decirse que los debates sobre ética normativa no pueden entenderse sólidamente sin entender *qué es la acción* y más específicamente qué son las acciones correctas y buenas. Si la crítica de Finnis hubiera sido tomada en serio, los teóricos del derecho habrían estado a la vanguardia en los debates sobre las cuestiones normativas y se habría ganado mucha claridad sobre la naturaleza del derecho y su relación con la acción, las razones para la acción y lo bueno.

Finnis nos dice que el participante de la práctica jurídica —por ejemplo, el ciudadano, el juez, el abogado— está comprometido con el derecho y está interesado en distinguir entre una norma buena y una norma *no tan buena*, entre una directiva justa y una directiva injusta, entre una decisión racional de un tribunal y una decisión irracional. El punto de vista interno de Hart se niega a hacer más distinciones entre los casos periféricos y centrales del derecho y esto trae *inestabilidad* al concepto.

El punto de vista interno de Hart como inestable puede remontarse a una crítica más fundamental, a saber, el punto de vista interno de Hart no puede usarse para entender el sentido y propósito de las acciones humanas

y por lo tanto no podemos contar con el punto de vista interno de Hart para identificar *diferencias significativas que pueda hacer cualquier actor en el campo*. En la literatura sobre la “metodología”, esta discusión sobre la *inestabilidad* es pasada por alto y sus premisas no han sido examinadas cuidadosamente. En este capítulo, he mostrado las premisas que explican la idea de que el punto de vista interno es inestable, lo cual es clave tanto para comprender los límites de la teoría del derecho de Hart como para arrojar más luz sobre la opinión de la que el derecho debe concebirse en términos de un caso central o focal.

En el corazón de la investigación de Finnis se encuentra la cuestión práctica de lo que se debe hacer de acuerdo con los principios de la razonabilidad práctica. Para Finnis, el teórico necesita explicar el punto de vista práctico, pero una vez que el punto de vista práctico ha sido identificado nos afecta a todos: al teórico y al participante.

La comprensión completa de *las acciones y las prácticas implica una comprensión del sentido y propósito de la acción o práctica*. El agente que ejecuta la acción o el participante *que participa en la práctica le da a la acción o práctica su sentido y propósito o valor*.

He mostrado que el punto de vista interno de Hart depende de una concepción defectuosa de la acción humana que depende de los estados mentales, esto es, las creencias, los deseos, las actitudes, que causan las acciones. El estudio demuestra que esta teoría no puede explicar el sentido y propósito de la acción y de la práctica que Hart estaba tan ávidamente deseoso por enfatizar. He contrastado la concepción de la acción humana de Hart con la visión de Anscombe sobre la acción, que depende de la “metodología del porqué”, de las razones como características beneficiosas y de las condiciones contextuales en las cuales aprendemos el *logos* de las prácticas sociales. Esto último ha iluminado el punto de Finnis de que solo si ubicamos al derecho en tanto que razón práctica como el caso central de derecho, somos capaces de identificar *diferencias significativas que pueda hacer cualquier actor en el campo*.

Bibliografía

- Adler, M. (2009). Social Facts, Constitutional Interpretation and the Rule of Recognition. En Adler, M. (ed.), *The Rule of Recognition and the US Constitution* (pp. 193-233). Oxford: Oxford University Press.
- Annas, J. (1976). Davidson and Anscombe on the “same action”. *Mind*, 85(338), 251-7.
- Anscombe, E. (1981). *Ethics, Religion and Politics: Collected Philosophical Papers of GEM Anscombe*. Oxford: Blackwell.
- Anscombe, E. (1963). *Intention* (2ª ed.). Oxford: Blackwell.
- Anscombe, E. (1958). Brute Facts. *Analysis*, 18(3), 69-72.
- Aquinas, T. (2006a). *Summa Theologiae* (I-II, questions 6-17). Cambridge: Cambridge University Press.
- Aquinas, T. (2006b). *Summa Theologiae* (I-II, questions 18-21). Cambridge: Cambridge University Press.
- Aquinas, T. (2006c). *Summa Theologiae* (I, questions 75-83). Cambridge: Cambridge University Press.
- Aquinas, T. (2006d). *Summa Theologiae* (I, questions 14-18). Cambridge: Cambridge University Press.
- Blackburn, S. (1988). *Ruling Passions*. Oxford: Clarendon Press.
- Chisholm, R. (1976). Freedom and Action. En Lehrer, K. (ed.), *Freedom and Determinism* (pp. 11-44). New York: Random House.
- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principles*. Oxford: Oxford University Press.
- Dancy, J. (2000). *Practical Reality*. Oxford: Oxford University Press.
- Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart Publishing.
- Davidson, D. (1963). Actions, Reasons and Causes. *Journal of Philosophy*, 60(23), 685-700.
- Davidson, D. (1980). *Essays on Actions and Events*. Oxford: Clarendon Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Endicott, T. (2001). How to Speak the Truth, *American Journal of Jurisprudence*, 46, 229-248.
- Finnis, J. (1987). On Reason and Authority in *Law's Empire*. *Law and Philosophy*, 6, 357-380.
- Finnis, J. (1988). *Moral Absolutes. Tradition, Revision and Truth*. Washington D.C.: The Catholic University of America Press.

- Finnis, J. (1998). *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2003). Law and What I Truly Should Decide, *American Journal of Jurisprudence*, 48, 107-129.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5 and ½ Myths. *American Journal of Jurisprudence*, 46(1), 199-227.
- Geach, P. (1956). Good and Evil. *Analysis*, 17, 32-42.
- Grisez, G. (1967). The First Principles of Practical Reasons: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2. *Natural Law Forum*, 10, 168-201.
- Harman, G. (1986a). *Change in View*. Cambridge: MIT Press.
- Harman, G. (1986b). Willing and Intending. En Grandy, R. and Warner, R. (eds.), *Philosophical Grounds of Rationality* (pp. 363-380). New York: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Holton, R. (1998). Positivism and the Internal Point of View. *Law and Philosophy*, 17, 597-625.
- Irwin, T. (1981). Homonym in Aristotle. *The Review of Metaphysics*, 34, 523-544.
- Kenny, A. (1979). *Aristotle's Theory of the Will*. New Haven: Yale University Press.
- Moran, R. y Stone, M. (2009). Anscombe on Expression of Intention. En Sandis, C. (ed.), *New Essays in the Explanation of Action* (pp. 132-168). New York: Palgrave MacMillan.
- Murphy, M. (2006). *Natural Law in Jurisprudence and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Patterson, D. (1999). Explicating the Internal Point of View, *Southern Methodist University Law Review*, 52, 67-74.
- Perry, S. (2006). Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View. *Fordham Law Review*, 75, 1171-1209.
- Perry, S. (2000). Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. En Burton, S. (ed.), *The Path of Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (pp. 158-196). Cambridge: Cambridge University Press.
- Perry, S. (1995). Interpretation and Methodology in Legal Theory. En Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation* (pp. 97-135). Oxford: Clarendon Press.

- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Rhonheimer, M. (2008). *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*. Washington D.C.: Catholic University of America Press.
- Rodriguez-Blanco, V. and Zambrano, P. (2018). One Myth of the Classical Law Theory: Reflecting on the ‘Thin’ View of Legal Positivism. *Ratio Juris*, 31(1), 9-32.
- Rodriguez-Blanco, V. (2016a). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Oxford: Hart-Bloomsbury.
- Rodriguez-Blanco, V. (2016b). Action in Law’s Empire. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 29(2), 431-456.
- Rodriguez-Blanco, V. (2007). Is Finnis Wrong? *Legal Theory*, 13(3-4), 257-283.
- Schauer, F. (1994). Fuller’s internal point of view. *Law and Philosophy*, 13, 285-312.
- Sereny, G. (1983). *Into that Darkness. An Examination of Conscience*. New York: First Vintage Book Editions.
- Shapiro, S. (2006). What is the Internal Point of View? *Fordham Law Review*, 75, 1157-1170.
- Shapiro, S. (2000). The Bad Man and the Internal Point of View. En Burton, S. (ed.), *The Path of Law and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (pp. 158-196). Cambridge: Cambridge University Press.
- Smith, M. (1994). *The Moral Problem*. Oxford: Blackwell.
- Stump, E. (2003). *Aquinas*. London: Routledge.
- Tollefsen, C. (2018). Aquinas Four Orders, Normativity and Human Nature. *Journal of Value Inquiry*, 52, 243-256.
- Vogler, C. (2007). Modern Moral Philosophy Again: Isolating the Promulgation Problem. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 106, 347-362.
- Vogler, C. (2001). Anscombe on Practical Inference. En Millgram, E. (ed.), *Varieties of Practical Reasoning* (pp. 437-464). Cambridge, Mass.: MIT University Press.
- Zambrano, P. (2015). Fundamental Principles, Realist Semantics and Human Action. *Rechtstheorie*, 46(3), 323-345.
- Zipursky, B. (2006). Legal Obligations and the Internal Aspect of Rules. *Fordham Law Review*, 75, 1229-1253.
- Wallace, J. (s. f.), “Practical Reason”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/>).

Hart y el “sentido y propósito” del punto de vista interno

Hart and the “Point” of the Internal Point of View

Natalia Scavuzzo*

Recepción: 21/09/2020

Evaluación: 21/10/2020

Aceptación final: 26/10/2020

Resumen: Este trabajo reconstruye algunos aspectos centrales de la distinción de Hart entre punto de vista interno y punto de vista externo, enfatizando cuál es el sentido y propósito de la distinción en la teoría del derecho. Para esto, se contextualiza la propuesta de Hart dentro de “la revolución en la filosofía del lenguaje ordinario”, mostrando sus conexiones con los trabajos de Wittgenstein y Winch. Esta reconstrucción busca dar respuesta a la crítica según la cual el punto de vista interno hartiano es *inestable* y que, por lo tanto, no puede explicar el sentido de las acciones en el derecho. **Palabras clave:** punto de vista interno, punto de vista del participante, punto de vista práctico, H. L. A. Hart.

Abstract: This work reconstructs some central aspects of Hart’s distinction between internal and external points of view, emphasizing the meaning and purpose of the distinction in Jurisprudence. For this, it contextualizes Hart’s proposal within “the revolution in the philosophy of ordinary language”, showing its connections with the works of Wittgenstein and Winch. This reconstruction seeks to respond to the criticism according to which Hart’s

* Doctora en Filosofía del Derecho y Bioética Jurídica, Universidad de Génova, Italia. Investigadora a contrato (Assegnista di ricerca), Università di Genova, Italia. Correo electrónico: nataliascavuzzo@hotmail.com

internal point of view is unstable and because of that it cannot explain the meaning of actions in law.

Keywords: internal point of view, participant's point of view, practical point of view, H.L.A. Hart.

1. Introducción

En su trabajo “Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: la inestabilidad y el ‘sentido y propósito’ de la acción humana en el derecho”, Rodríguez-Blanco busca argumentar a favor de la crítica de *inestabilidad* que Finnis lanza contra el punto de vista interno de Hart. La autora explica que tanto para Finnis como para Raz y Hart la clave para elucidar el carácter del derecho es la perspectiva interna. Sin embargo, para Finnis el punto de vista interno de Hart es inestable y por esto no logra realizar el trabajo. La solución que Finnis propone es entender el punto de vista interno como el punto de vista del agente que tiene racionalidad práctica. Es decir que el punto de vista interno sería el punto de vista práctico. En virtud de esto, toda descripción y explicación del derecho debería hacerse desde el punto de vista de quien tiene racionalidad práctica.

Para defender esta tesis, Finnis usa la metodología aristotélica de “caso central”, y sostiene que el caso central de derecho es la concepción del derecho defendida por quien posee racionalidad práctica. Sin embargo, Rodríguez-Blanco sostiene que Finnis no explica bien por qué el punto de vista interno es inestable y cómo es que la racionalidad práctica da solución a este problema. Por esto, en su trabajo la autora busca suplir estas deficiencias de la crítica. Ella quiere mostrar con claridad por qué el punto de vista interno de Hart no puede explicar el sentido de las acciones humanas en el derecho y para esto se apoya la teoría de la acción de Anscombe.

Si bien comparto la idea de que el punto de vista interno es clave para la comprensión del derecho, en el presente trabajo presentaré una crítica a la reconstrucción del punto de vista interno de Hart hecha por Finnis y defendida por Rodríguez-Blanco, y pondré en cuestión la tacha de “inestabilidad”. Para esto, en primer lugar, presento una reconstrucción de la crítica de inestabilidad al punto de vista interno de Hart. En segundo lugar,

defiendo otra lectura del punto de vista interno que Hart introduce en la teoría del derecho basada en elementos de la teoría de Wittgenstein y Peter Winch. En tercer lugar, resalto algunas discusiones sobre las bases filosóficas de esta lectura y, luego, énfasis en la distinción entre punto de vista práctico y punto de vista del participante. Finalmente, explico por qué la crítica de inestabilidad no es atingente.

2. Sobre la inestabilidad del punto de vista interno

En su trabajo Rodríguez-Blanco defiende tres afirmaciones:

- a) Entender una acción humana en el derecho supone comprender qué busca alcanzar dicha acción, esto es, su sentido y propósito.
- b) El punto de vista interno de Hart no puede usarse para entender el sentido y propósito o los sentidos y propósitos de la acción. Su posición solamente muestra cuál puede ser el estado mental, esto es, la creencia del agente que realiza una acción cuando sigue la regla del reconocimiento y/o las reglas legales en general.
- c) Entender el estado mental interno de la acción no es comprender el sentido y propósito de la acción. Entender el estado mental del agente puede o no proveer de una comprensión del sentido y propósito de la acción, pero si lo hace puede considerarse mera casualidad. Por lo tanto, el punto de vista interno de Hart es inestable (Rodríguez-Blanco, 2021, introducción).

La autora sostiene que la primera premisa no es controversial. Luego, para justificar la segunda premisa, sostiene: “en orden a mostrar que los estados mentales, esto es, las creencias, no pueden aprehender el sentido y propósito de una acción y su eventual contenido (b), utilizaré una teoría de la acción intencional defendida por Anscombe” (Rodríguez-Blanco, 2021, p. 10). En realidad, para aclarar el razonamiento, la autora usa la teoría de Anscombe para justificar la tercera premisa, es decir para defender que los estados mentales del agente no pueden proveernos de una comprensión del sentido y propósito de la acción.

La crítica a Hart depende esencialmente de la segunda premisa, de cómo se comprende la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo, y me atrevo a adelantar de cuál es el sentido y propósito de la distinción. Explica Rodríguez-Blanco que el punto de vista interno de Hart es, en definitiva, el estado mental de quien acepta las reglas. Esto no nos sirve para distinguir entre quien sigue una regla o quien solo se conforma con lo que la regla prescribe.

Lo que sería relevante que la teoría de Hart pudiera hacer es decirnos cómo conocer cuál es la real intención del agente cuando realiza algún movimiento. En estas líneas se afirma:

De acuerdo con Hart, la acción del participante jurídico es captada por un observador a través del siguiente mecanismo: este reconoce un patrón de conducta externa que critica cualquier desviación del estándar que haya sido previamente aceptada por el participante. Si esto es así —me gustaría alegar—, es entonces una mera casualidad si el observador puede conectar el estado mental, esto es, los deseos y creencias del participante jurídico con el patrón de conducta observado del mismo. Este es el corazón de la así llamada inestabilidad del punto de vista interno de Hart (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 3).

La solución para salvar este inconveniente y hacer inteligible la intención del agente es *i*) que tanto el agente como quien lo observa tengan un entendimiento común de las características beneficiosas que se persiguen cuando se ejecuta la acción y *ii*) que estas características se muestren en la acción. Sobre todo, debemos considerar que estas características beneficiosas que se persiguen no solo existan por convención y sean reconocibles por medio de datos empíricos (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 3).

No discutiré la primera premisa del argumento, ni la teoría de la acción intencional de Anscombe. Sin embargo, argumentaré que la crítica de inestabilidad depende de una incorrecta interpretación del punto de vista interno de Hart y del fin o utilidad de la distinción entre puntos de vista en la teoría del derecho. Desde ya que el punto de vista interno no sirve para todo. Defenderé que el punto de vista interno sirve para entender el sentido y el propósito de las acciones en el contexto de una práctica, pero no para

entender los estados mentales de las personas cuando realizan cada acción. Para eso, sería oportuno lo que sostiene Rodríguez-Blanco: preguntar a la persona. O, podríamos agregar, en casos más extremos, requerir el auxilio de la psicología.

3. Una vez más sobre el punto de vista interno de Hart

Ha sido Herbert Hart, en *El concepto de derecho*, quien ha llamado específicamente la atención respecto de la importancia para los teóricos del derecho de reparar en “la perspectiva del participante” o, en otros términos, respecto de la necesidad de distinguir entre distintos puntos de vista al analizar el discurso sobre el derecho.¹

Hart argumenta que para entender el discurso sobre el derecho, al igual que respecto de cualquier práctica social, es necesario considerar una distinción metodológica central: la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Esto permite analizar e interpretar los discursos desde dos perspectivas (no excluyentes entre sí). En este sentido explica que:

ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado ‘internos’ y ‘externos’ y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales (Hart, 2011a, p. XI).

La propuesta de Hart ha dado lugar a un sinfín de interpretaciones, desde quienes lo entienden como el fin o la autodestrucción del positivismo jurídico,² a quienes ven el comienzo de una nueva etapa o perspectiva dentro de la tradición positivista.³ A su vez, dentro de esta segunda opción tampoco encontramos acuerdo, ya que mientras algunos sostienen que el nuevo camino está marcado por la perspectiva de la filosofía práctica en

¹ Esto ha sido llamado el giro hermenéutico de la teoría del derecho, véase Bix (2006).

² Por ejemplo: Goldsworthy (1990); Perry (1998).

³ Aquí podemos incluir a Scarpelli; Raz; MacCormick.

el análisis del derecho⁴ y la idea de razones para la acción, también puede entenderse que el camino señalado por Hart lleva a una nueva comprensión del conocimiento de prácticas sociales y a una revisión de la forma y la estructura del discurso teórico o en función cognoscitiva.⁵ Considero que esta última es la mejor forma de leer la propuesta de Hart.

Para comprender la propuesta es importante revisar sus presupuestos. El punto de partida es la necesidad de distinguir entre el conocimiento empírico causal y la comprensión del sentido de acciones y prácticas sociales. En este sentido, el conocimiento de prácticas sociales requiere un conocimiento-comprensión del significado o sentido de las acciones y hechos dentro de la práctica en cuestión. Específicamente, en el contexto de la teoría del derecho, el significado de los enunciados sobre el derecho no es traducible a enunciados fácticos sin perder parte de su significado, o sin cambiar el significado que estos enunciados tienen para quienes participan de la práctica del derecho. El modelo de análisis de los enunciados de hecho, verificables empíricamente, no es suficiente para comprender el significado de los enunciados sobre el derecho que tienen lugar en las prácticas jurídicas.

Esto es así, porque se entiende que es el significado o sentido lo que hace que un determinado hecho empírico, o conjunto de hechos empíricos, constituyan una acción determinada o un hecho significativo dentro de la práctica. En otras palabras, no sería posible describir una acción sin referencia a su significado. Por ejemplo, que una persona mueva la mano al encontrar a otra, y que esto sea comprendido como la acción de saludar, requiere que determinado hecho sea comprendido con un sentido específico. Es importante remarcar, en primer lugar, que las prácticas sociales son concebidas como prácticas regladas. Esto quiere decir que se establecen criterios dentro de esta práctica que distinguen entre acciones y usos del lenguaje correctos y acciones y usos incorrectos (según su conformidad a las reglas de la práctica).

⁴ El caso paradigmático es Raz (1999, p. 11).

⁵ Muchos autores han señalado de distintas formas esta ambigüedad en la obra de Hart, véase, por ejemplo: Martin (1987); Rodríguez-Blanco (2007); Redondo (2018).

Específicamente con relación al lenguaje, podemos rastrear el origen de estas ideas en Wittgenstein, donde vemos con claridad que el significado de los enunciados se encuentra necesariamente unido al contexto de uso.⁶ El sentido de un enunciado es inescindible de su uso en un contexto determinado o juego del lenguaje, *i. e.* depende de cómo los participantes lo usan en una práctica específica. Las palabras y los enunciados tienen significado solo por estar dentro de un juego del lenguaje determinado. Esto puede entenderse como una forma de *contextualismo*, donde los enunciados tienen significado dentro del contexto de todo un lenguaje.⁷

En esta perspectiva, se considera que el significado tiene una relación interna con la práctica. En determinada práctica los significados están constituidos por el uso que hacen los participantes de esa práctica. Así, dos enunciados con la misma forma sintáctica pueden tener significados diversos según el contexto o práctica en la que son proferidos.

Es central, para evitar confusiones, considerar que en esta concepción el lenguaje es un fenómeno público constituido por el acuerdo de los hablantes sobre el uso de los signos. Comprender un enunciado es la capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos, no es un estado mental. Así el conocimiento de las reglas implica dominar una técnica, es una habilidad. La formulación de una regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, por lo que la única garantía de seguir correctamente la regla está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o disposición de un único hablante.

Estas consideraciones respecto del lenguaje y las reglas son tomadas por Peter Winch, quien, en su libro *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, las extiende con el fin de aplicarlas al conocimiento de prácticas sociales (Winch, 2008).⁸ Winch toma las ideas de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para comprender el uso del lenguaje —cómo todos

⁶ Véase Wittgenstein (1999).

⁷ Al respecto, puede consultarse Glock (1996, pp. 88-89).

⁸ Es curioso que, por ejemplo, von Wright no considere a Peter Winch como un autor perteneciente a la corriente analítica, sino al movimiento hermenéutico heredero de los neo-kantianos, preocupados por distinguir entre eventos naturales y el fenómeno del significado “intencional”. Cf. von Wright (1993).

los usos del lenguaje están gobernados por reglas—, e intenta aplicarlas en forma más general a todo comportamiento humano.⁹

Para Winch el comportamiento con sentido es siempre humano y gobernado por reglas. Por esto, el sentido de los hechos y de las acciones humanas también depende del contexto o práctica en que se inscriben, de su uso en una práctica. Un mismo tipo de hecho puede tener un significado al interno de una práctica social, y otro muy distinto en relación a otra práctica social. Pensemos por ejemplo en los actos realizados para poner fin a la vida de una persona que se encuentra agonizando. En algunas culturas precolombinas estos hechos eran entendidos como parte de un ritual tendiente a dar una “buena muerte”, una forma de transición entre la vida y la muerte. Por el contrario, conforme la práctica jurídica italiana estos hechos consisten en un homicidio.

El punto central es que comprender fenómenos sociales es esencialmente diferente de comprender fenómenos naturales. Con relación al derecho, un estudio que redujera el fenómeno jurídico a la mera “facticidad” no vería la práctica jurídica como una práctica significativa para sus propios participantes. Las regularidades interesantes de describir serían, sin lugar a dudas, las regularidades interesantes para el observador y contingentemente coincidentes con aquellas importantes para los participantes.

Una explicación causal de estas prácticas, guiada por el método tradicional de las ciencias naturales, puede ser útil para diversos fines, como por ejemplo la predicción de la forma en que tales prácticas se desarrollarán en el futuro. Sin embargo, la comprensión de estas prácticas requiere identificar el sentido que estas tienen para los agentes que las conforman. Este sentido es interno a la práctica en cuanto es atribuido por las reglas pertenecientes a estas prácticas. Es por esto que el científico o quien tenga interés en conocer la práctica debe usar estas reglas para comprender el

⁹ Existen algunas objeciones a que la postura de Winch sea una buena lectura de Wittgenstein; así, por ejemplo, David Bloor en *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*, sostiene que Winch enfrenta una serie de problemas tras distinguir entre comportamiento humano y animal, lo que lo lleva sostener la necesidad de dos métodos necesarios de conocimiento, y no sigue lo que conforme a Bloor es la explicación de Wittgenstein de la base biológica de la vida social. Bloor llega a decir: “It would be difficult to imagine a more un-Wittgensteinian conception” (Bloor, 1983, p. 177).

sentido que los actos tienen para los propios participantes de la práctica. De lo contrario, la actividad del científico se limita a realizar hipótesis sobre posibles interpretaciones de sentido.

Hart recoge estas consideraciones respecto a la comprensión y descripción de prácticas sociales y las aplica a la metodología de la teoría del derecho. Específicamente en el contexto jurídico, Hart distingue entre enunciados internos y externos que se realizan desde uno y otro punto de vista. Explica los enunciados internos ejemplificando con enunciados de validez que describen que una norma pertenece al ordenamiento jurídico. Así, sostiene que cuando se identifica una determinada regla del sistema se formulan enunciados del tipo “El derecho dispone que...”, y que esta forma de expresión es característica del uso del lenguaje que hace quien aprecia una situación con referencia a reglas (en este caso la regla de reconocimiento) no necesariamente expresadas, pero consideradas apropiadas para ese propósito (Hart, 2011a, p. 128).

Es central remarcar que este enunciado interno de validez implica reconocer determinados criterios de pertenencia al sistema como los criterios correctos (*apropiados*) de identificación de las normas (*para ese propósito*) y a la vez la aceptación de la conformidad de tal norma a esos criterios. Este tipo de enunciados internos podrá entenderse como correctos cuando la norma efectivamente satisface los criterios de pertenencia del sistema jurídico en cuestión.

En esta perspectiva, no hay nada extraño cuando pensamos en la anarquista o en la mujer mala o en la respetuosa de la ley, todas son participantes y tienen el punto de vista interno, ya que pueden identificar correctamente cuáles son las normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. En cuanto a la teoría del derecho concierne, todas ellas están interesadas en saber qué es lo que determina el derecho, para obedecerlo, para cambiarlo, para informar sobre lo que dispone, etc. Además, puede ser que algunos participantes estén interesados en determinar si el derecho es justo o útil según algún otro sistema normativo de referencia, pero esto es ya otra cuestión referente a la valoración o justificación de la práctica misma.

En esta visión, al considerar al enunciado como interno o externo, lo que cambia son, precisamente, las condiciones que lo convierten en un enunciado correcto o verdadero. Estas condiciones son las circunstancias

de hecho y las reglas sociales que constituyen una práctica determinada, es decir el *contexto*. Por esto, la distinción entre enunciados internos y externos es importante para comprender el significado de una aserción en virtud de que, al explicitar si se trata de una aserción interna o externa, estamos en realidad explicitando dentro de qué práctica estamos situados, cuál es el conjunto de reglas que hacen de la aserción una aserción correcta (i.e. cuál es la práctica a la que se pertenece). Así, al realizar una aserción se sigue (se *usa* explícitamente o se *presupone*) siempre algún conjunto de reglas.

De esta forma, los enunciados son internos o externos, pero siempre con relación a un determinado grupo de reglas sociales. Si estas reglas son usadas o presupuestas al realizar una aserción, entonces el enunciado es interno. En caso contrario, se trata de un enunciado externo. Es este conjunto de reglas (de alguna práctica específica) lo que hace que un enunciado o un tipo de discurso sea *interno* respecto de este conjunto. Esta distinción metodológica está dirigida a explicitar cuál el conjunto presupuesto o usado, y así poder comprender el sentido de un enunciado. Es por esto que la comprensión y descripción de la práctica implica en términos generales el seguimiento de las reglas que constituyen esta práctica.

Entonces, el sentido de la práctica está dado, *constituido* por un conjunto de reglas. Estas reglas son aquellas que el emisor sigue al formular un enunciado dentro del contexto de la práctica. Estas reglas no son parte del enunciado, sino que son presupuestas. Y, dado que estas constituyen la práctica, son *necesariamente* presupuestas. La idea de que las reglas constituyen el significado no significa que esta sea una relación fundacional: las reglas son la explicación y la justificación de los usos que tienen lugar solo en el contexto de una cierta práctica. Por esta razón no existen enunciados totalmente externos, todo enunciado adquiere sentido solo en el contexto de una práctica, y esto hace que la distinción entre enunciados internos y externos se realiza siempre en consideración a una práctica concreta.¹⁰

¹⁰ Al respecto se ha sostenido: “Creo que es oportuno señalar inmediatamente, para evitar equívocos, que también el observador ‘externo’ acepta reglas: no las reglas sociales objeto de aceptación (*Anerkennung*) por parte del observador ‘interno’, sino las reglas metodológicas (o epistemológicas o gnoseológicas) que hacen posible el conocimiento (*Erkenntnis*), el reconocimiento y la comprensión de comportamientos, de regularidades de comportamiento, como reglas sociales” (Muffato, 2010, p. 102, la traducción me pertenece).

4. Sobre el sentido y propósito de la distinción entre puntos de vista

Corresponde recordar que, si bien Hart formó parte de la “revolución en filosofía del lenguaje ordinario”,¹¹ no hay acuerdo entre los estudiosos sobre cuál ha sido la influencia de las obras de Wittgenstein y Winch en Hart.¹² Aun entre quienes reconocen la influencia de Wittgenstein, no hay acuerdo respecto del grado en que marcó la construcción hartiana.

Por ejemplo, Jori se pregunta si el método “del lenguaje ordinario” usado por Hart deriva de la influencia de J. L. Austin o de Wittgenstein. En el segundo caso, la propuesta de Hart se inscribiría propiamente en la gran disputa metodológica en ciencias sociales entre un modelo comprensivo o uno más cercano a las ciencias naturales (Jori, 1979, pp. 163-164). También Lacey reconoce, en su biografía de Hart, que él reacciona positivamente a la lectura del *Blue Book* y de las *Investigaciones filosóficas*, pero niega que esto haya generado un impacto de importancia en su obra (Lacey, 2004, p. 140). MacCormick también señala en varias oportunidades que la influencia de la obra de Wittgenstein en Hart ha sido importante.¹³ En forma más contundente, la influencia de Wittgenstein en la obra de Hart fue puesta de manifiesto por Narváez Mora en su obra *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. La autora explica la influencia de importantes filósofos del denominado giro lingüístico (Austin, Winch y Waismann) en Hart, señalando también las diferencias notables entre las perspectivas de cada uno (Narváez Mora, 2004, p. 196).

Podemos rastrear distintos puntos de contacto entre Hart y Wittgenstein, desde la concepción normativa del significado a la importancia del contexto. Sin embargo, a los fines de esta discusión es central ver cómo entienden ellos el conocimiento de reglas. Dado que el lenguaje es un fenómeno público constituido por el acuerdo de los hablantes sobre el uso de los signos, ya vimos en Wittgenstein la idea que “comprender” un enun-

¹¹ Donde encontramos, por un lado, la importante figura de Wittgenstein, que en parte llega a Hart a través de los trabajos de P. Winch, F. Waismann y G. A. Paul y, por otro, también las importantes contribuciones de G. Ryle y J. L. Austin.

¹² Para una posición que niega tal influencia, puede verse Hund (1991).

¹³ Por ejemplo, en MacCormick (2010, p. 71).

ciado es una capacidad objetiva y públicamente controlable de usar correctamente los signos. Asimismo, que el conocimiento de las reglas implica dominar una técnica, es una habilidad. Y, dado que cada formulación de la regla puede dar lugar a diversas interpretaciones, la única garantía de la correcta comprensión de la regla está en la práctica de la comunidad lingüística y no en la mente o disposición de un único hablante.¹⁴ Por esto, las palabras tienen significado solo por estar dentro de un juego del lenguaje determinado. Entiendo que todo esto puede verse en Hart, al considerar que una expresión lingüística puede adquirir un significado como parte del discurso interno y otro como parte de un discurso externo, lo que lo lleva a distinguir entre diversos puntos de vista y a rechazar, siguiendo a Wittgenstein, la idea de que la comprensión de sentidos implique la apelación a estados mentales.¹⁵

La influencia del trabajo *The Idea of a Social Science* de Winch en Hart, más allá de las citas expresas en *El concepto de derecho*, también ha sido cuestión debatida entre los estudiosos.¹⁶ Por ejemplo, Hamner Hill también advierte la estrecha relación que defiende (Hamner Hill, 1990). Este autor, si bien reconoce que existen tensiones en la obra de Hart, sostiene que los argumentos de Hart contra el reduccionismo material (que solo existe un discurso con sentido que es factual) y formal (que la única modalidad normativa es la orden —*command*—) lo comprometen con una forma de *verstehen*¹⁷ que Hart pareciera no reconocer completamente. Si bien Hamner Hill entiende que los argumentos de Hart lo obligan a aceptar que el observador, para poder dar cuenta de las actitudes y creencias de un grupo, debe

¹⁴ En el mismo sentido, también Figueroa Rubio entiende que el punto de vista interno de Hart no debe considerarse ni como una cuestión psicológica de los individuos, ni como una mera convergencia de acciones y opiniones. Cf. Figueroa Rubio (2014).

¹⁵ Ross, por ejemplo, siguiendo a otros filósofos escandinavos, también hace uso de la distinción entre punto de vista interno y externo, pero para él el punto de vista interno sí tiene una naturaleza psicológica, está constituido por una especie de “sentimiento”. Véase Ross (2006, pp. 16-18) y Ross (1962, pp. 1188-1189).

¹⁶ Esta es reconocida por la mayoría de los comentaristas hartianos, aunque con distinto alcance, por ejemplo: MacCormick (2010); Martin (1987, p. 21).

¹⁷ Conocida como “comprensivismo”, reconducible a Weber, Dilthey, el “giro interpretativo” de los 70, von Wright, Winch (luego: Gadamer, Habermas, Taylor).

compartir esas actitudes y creencias, es decir volverse “nativo”, agrega que esto le impide separar cuestiones de significado de cuestiones de “validez”.

En la vereda de enfrente encontramos a Perry, quien entiende que Hart parece incorporar elementos de la tradición hermenéutica en ciencias sociales, lo que sugiere ver cómo los participantes en una práctica social entienden su propio comportamiento, pero parece que este no quiere llegar tan lejos como, por ejemplo, Winch (Perry, 1998, p. 441). Perry explica, basándose en algunos pasajes del *Post Scriptum*, que Hart no estaba dispuesto a aceptar que la teoría deba necesariamente asumir el punto de vista interno, y que para Hart es posible una teoría externa descriptiva, fiel a un positivismo metodológico que describa desde fuera cómo los participantes entienden el derecho.

Me interesa remarcar dos cuestiones que creo pueden evitar ciertas confusiones en este punto. La primera es que si bien es cierto que Hart acepta que pueden existir análisis internos y externos al considerar prácticas sociales, justamente lo interesante es ver la diferencia que existe entre ambos tipos de análisis. En ningún momento parece sugerir que el análisis externo carezca de utilidad o importancia y, es más, expresamente reconoce a los enunciados externos moderados, que desde un punto de vista externo consideran las actitudes de los participantes de la práctica.

No obstante esto, entiendo que el interés de Hart, bajo la influencia de la revolución en filosofía del lenguaje, era distinguir entre distintas formas de uso del lenguaje, y considerar cómo podría ayudar esto a nuestro mayor entendimiento de la práctica y de la teoría del derecho. En este contexto, y con el marco conceptual por él propuesto, se abre la posibilidad de entender distintos tipos significativos de enunciados sobre el derecho: externos, externos moderados e internos. Estos últimos (usados para identificar las reglas de un sistema jurídico) tienen un contexto propio, distinto del de los enunciados externos.¹⁸ Este es el punto en que puede leerse a Hart

¹⁸ Muchos autores han intentado reformular la clasificación de Hart. Por ejemplo, MacCormick propone los enunciados hermenéuticos, que serían los enunciados externos moderados (MacCormick, 2010, p. 104). Por su parte, como menciona Rodríguez-Blanco, Raz sostiene que los enunciados internos y externos de Hart no son suficientes para explicar los enunciados que describen lo que debe hacerse según el derecho. Para realizar esto sería necesario recurrir a un tercer tipo de enunciados que aquí llama “enunciados desde un

comprometido en un cien por ciento con las ideas de Peter Winch: es el contexto de la práctica social en la que participa quien profiere el acto de habla lo que determina la corrección o incorrección del enunciado o el sentido a una acción.

5. Punto de vista práctico vs. punto de vista del participante

La relación entre la obra de Hart y la de Winch también ha sido analizada por Rodríguez-Blanco, quien, en otra oportunidad, reconoce el origen del punto de vista interno de Hart en la influencia de Winch, pero señala que entre ellos existen diferencias importantes. Así, el punto de vista interno de Winch constituye el punto de vista del participante, mientras que el punto de vista interno de Hart constituye el punto de vista práctico. La diferencia entre ambos tipos de puntos de vista internos, señalaba en esa oportunidad la autora, ha sido pasada por alto en el debate en torno al punto de vista interno en la filosofía del derecho. Pero explica que, en virtud de entender que el propósito de la teoría de Hart es explicar por qué el derecho impone obligaciones o razones para la acción a los sujetos (*i. e.*, cómo genera deberes), entonces es claro que el punto de vista de Hart es el punto de vista práctico (Rodríguez-Blanco, 2007)¹⁹.

La lectura de Rodríguez-Blanco no solo nos fuerza a cambiar lo que expresamente sostiene Hart cuando habla de punto de vista interno o perspectiva del participante, por la noción de punto de vista “práctico” jamás

punto de vista” (Raz, 1999, p. 171). Luego, en *The Authority of Law*, los llama enunciados *detached* o no comprometidos. Cf. (Raz, 1979). Pero, en esta oportunidad, el mismo Raz reconoce que esta clasificación tiene sentido en virtud de que su objetivo iba más allá del hartiano y que él intenta explicar no solo el problema de la pertenencia sino también el de la fuerza jurídica vinculante. En el mismo sentido se expresa Hart (Hart, 2011b, p. 155). Conforme la lectura de Hart aquí propuesta, los enunciados no comprometidos serían, si son enunciados en primera persona y no enunciados condicionales (como Raz pretende), una especie dentro de la categoría de los enunciados internos. Mientras que, si su forma lógica es la de un enunciado condicional, serían análogos a los enunciados externos hermenéuticos de MacCormick, *i. e.* enunciados externos moderados.

¹⁹ Se ve aquí que la autora adopta la misma lectura que Finnis realiza del punto de vista interno (Finnis, 2000, p. 48).

nombrado; nos fuerza por un lado a olvidar el contexto filosófico en que Hart produce su obra y a presuponer que para Hart el verdadero objetivo de la filosofía del derecho es justificar por qué el derecho da razones para la acción o, como ella misma dice, justificar los deberes jurídicos. Ella expresa: “Hart aims to provide an explanation of how the law enables judges and law-abiding citizens to determine what they ought to do” (Rodríguez-Blanco, 2007, p. 2).

Según la autora, y también según Perry, Raz y Dworkin, Hart falla al explicar la característica del derecho de dar razones para la acción²⁰:

Hart fails to give an account of the way in which the practice theory of rules explains the conditions which enable officials and law-abiding citizens to determine what they ought to do. He fails, therefore, to explain the reason-giving character of law (Rodríguez-Blanco, 2007, p. 9).

En fin, esta crítica debe rechazarse de lleno: Hart no yerra en lo absoluto. Es, al menos, extraño sostener que “falla”, es decir que tiene la intención de hacer cierta cosa o alcanzar cierto resultado pero no logra hacerlo. Los autores parecen asumir una intención no expresada por Hart de resolver el conocido problema de si hay o no una obligación de obedecer el derecho. O, asumir que esta es la única opción de estudio válida para la teoría del derecho. Claramente esto es problemático, porque fuerza una lectura de la obra de Hart descontextualizada y, por cierto, lejana de la empresa que Hart consideraba propia de un estudio analítico.

No pretendo negar la importancia de la pregunta práctica respecto de si debe o no obedecerse el derecho, o si el derecho impone *genuinas* razones para la acción; pretendo, simplemente resaltar que el aporte de Hart se dirige a la comprensión y el esclarecimiento del uso del lenguaje, valiéndose de las herramientas de la filosofía del lenguaje ordinario y winchiana del conocimiento social, y esclarecer de qué hablamos cuando nos referimos al derecho y cómo esto cambia según la perspectiva o el punto de vista adoptado.

²⁰ Véase al respecto: Perry (1998); Raz (1999); Dworkin (1986).

Aquí nuevamente llamaré la atención sobre cuál es el objeto de la empresa hartiana, con el sentido de vislumbrar para qué se utiliza la herramienta metodológica de distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Como vimos, muchos de los críticos de Hart entienden que este quería (o debería “según el objetivo propio y natural de la filosofía del derecho”) resolver el problema de la normatividad del derecho. Ahora bien, estos críticos tampoco se ponen de acuerdo respecto de si Hart intentaba solo dar cuenta de lo que hacen los participantes de la práctica (como sugiere Perry) o lo que debían hacer según la práctica, y esto mostraría nuevamente el carácter práctico del punto de vista interno, como sostiene Rodríguez-Blanco (2007, p. 16). Creo que esta polémica también es estéril en virtud de que Hart no estaba interesado en determinar qué es lo que los participantes debían hacer conforme una práctica del derecho específica, pero sí, señalar que esta actividad (*i. e.* la comprensión y descripción) debe llevarse a cabo desde el punto de vista interno de cada práctica específica.

De todas formas, vimos cómo al alegar la inestabilidad de punto de vista interno, se propone como solución considerar al punto de vista interno como el punto de vista de quien tiene racionalidad práctica. Una cuestión, no menor, que podría discutirse es cómo entender la racionalidad práctica. Aquí entramos a una gran discusión entre una concepción instrumental y una concepción no instrumental de la racionalidad práctica basada en un claro cognitivismo ético. Solo indicaré que sería extraño asociar a Hart con la visión de la racionalidad práctica robusta como la que defienden Finnis y Rodríguez-Blanco. Recordemos nuevamente que Hart explica que expresiones como “gol” o “saque lateral” son usadas por las personas siguiendo las reglas que, junto a otras personas, reconoce apropiadas para ese propósito (Hart, 2011a, p. 128). Este pasaje parece sugerir que los participantes usan las reglas (en este caso reglas conceptuales²¹)

²¹ No se discutirán aquí las diferencias y relaciones entre reglas conceptuales y reglas que regulan la conducta. Este es un rico debate que se ha dado y en el que los teóricos del derecho han cuestionado, por ejemplo, qué tipo de regla es la regla de reconocimiento. Solo sugeriré que entiendo a los actos de habla como una forma de acción y al lenguaje como una práctica reglada. En este sentido la distinción entre puntos de vista es también aplicable a las reglas conceptuales.

que sirven a los propósitos contingentes de la práctica en cuestión, lo que es independiente de la bondad de dicha práctica²².

Más allá de esta cuestión, la distinción entre punto de vista práctico y punto de vista del participante es relevante en esta discusión, ya que el punto de vista práctico parece ser el punto de vista de toda persona que cuenta con racionalidad práctica, lo cual es una cuestión que no depende de las prácticas sociales concretas. En este sentido el punto de vista práctico es igual para todas las personas que se preguntan cómo actuar o que quieren entender cómo actúan las demás personas. Pero, si esto es así, entonces pierde todo sentido la distinción entre punto de vista interno y externo. El punto de vista externo sería el punto de vista de quien no tiene racionalidad práctica. De esta forma parece que se busca objetivar el punto de vista interno, justamente alejándose de la forma de *contextualismo* que la distinción acercaba a la teoría del derecho. Esto oscurece que las diferencias significativas en cada práctica dependen de los valores que en cada campo se ponen en juego.

No pretendo pasar por alto que esta forma de contextualismo nos enfrenta con un aspecto problemático de esta concepción del lenguaje y del conocimiento social. La dificultad radica en que el conocimiento de prácticas sociales en general depende del punto de vista del sujeto cognoscente. Los sentidos y significados de las acciones y enunciados utilizados en la práctica son internos a la propia práctica. Al respecto explica Jori que tales problemas se han presentado específicamente en el ámbito de la antropología social. Aquí, se ha puesto en evidencia que corresponde descubrir la racionalidad interna de determinados comportamientos, que a simple

²² Si en un paseo al parque, mi amiga estaciona su auto unos metros antes de llegar al parque y me dice que “está prohibido estacionar en el parque”, yo he comprendido perfectamente la acción. Es verdad, desconozco por qué mi amiga decide actuar conforme a la regla (si teme a la imposición de una multa o cree que esta norma es justa y por eso ella tiene un deber en cuanto ser racional de obedecerla). Yo misma podría tener mis reparos en cuanto a la justicia de tal disposición o su utilidad, pero cuando llegamos al parque y nos reunimos con el grupo, al preguntarnos por qué no estacionamos en el parque simplemente explico que está prohibido hacerlo. Esto hace perfectamente inteligible nuestra conducta en este contexto y nadie continuaría preguntándonos si hemos actuado así porque pensamos que esta es una norma justa, bella, útil o porque creemos que el sistema jurídico todo considerado es justo. Este último puede entenderse como el problema de la legitimidad del derecho (o de cualquier práctica en la que participemos), que se diferencia del problema de su inteligibilidad.

vista para el observador externo parecen irracionales, para la descripción y explicación antropológica de comportamientos en una sociedad distinta a la propia (Jori, 1974). Reducir el punto de vista interno al punto de vista práctico, asumiendo ya una forma de racionalidad específica (contraria a su vez a lo que parecería entender Hart) dejaría sin sentido pensar en diversos puntos de vista. Esto hace que la distinción pierda su sentido, su utilidad.

6. Reflexiones finales

Luego de esta reconstrucción de algunos aspectos de la teoría de Hart y de su distinción entre enunciados internos y externos, podemos ver que la crítica de la inestabilidad se basa en una ambigüedad en la afirmación “el punto de vista interno permite comprender la acción humana”. El punto de vista interno es una metáfora de la situación en que se encuentra alguien que ha aprendido a participar en una práctica, por lo tanto, reconoce cuáles son las reglas de esta práctica y puede determinar cuándo una conducta se conforma a la regla y cuándo, en cambio, constituye una desviación. Como herramienta metodológica para el análisis del lenguaje nos sirve para distinguir entre distintos contextos en que los enunciados son proferidos. Para entender el sentido y propósito de una práctica debemos aprender a participar en ella, desarrollar habilidades y capacidades, que no siempre nos representamos en forma consiente. Para esto, conocer los estados mentales de quienes participan en la práctica no nos es de ayuda. Y, en esto creo que estarían de acuerdo tanto Hart como Rodríguez-Blanco.

Ahora bien, vemos la utilidad de esta herramienta metodológica cuando analizamos distintos discursos y nos interesa ver su significado dentro de un contexto dado. Nos permite advertir que los sentidos de los actos solo pueden entenderse dentro de un contexto determinado, una forma de vida o juego del lenguaje particular. Pero, desde ya, escapa a su finalidad ver cuál es la real intención de un agente individual en un caso concreto.

No se trata de una teoría sobre la acción humana. Sino de una teoría orientada al análisis del lenguaje, a mostrar distintos usos o juegos del lenguaje, es decir, que las interpretaciones de los enunciados sobre el derecho

son diferentes según el punto de vista que asumamos. Esto nos permite comprender mejor el discurso sobre el derecho.

Pero cuando se afirma que “el punto de vista interno permite comprender la acción humana” podría darse a entender que es necesario ver “el punto de vista interno que alguien tiene” para conocer el sentido y propósito de la práctica. Esto sería un sinsentido. No se trata de ver el punto de vista interno de alguien, sino de adquirir el punto de vista interno en relación a una práctica social (*i. e.* una práctica reglada). No se aprende una práctica viendo los estados mentales de los participantes. Si se quiere participar en la práctica, situarse en el punto de vista interno, se debe aprender cómo funciona la práctica, en parte, por la observación, en parte, por las explicaciones que nos proveen y, en parte, mediante la prueba y error. Es el único camino; eso sí, podría resultar una práctica que no merezca ser mantenida en el tiempo.

Estoy de acuerdo con Rodríguez-Blanco en que con la teoría de Hart no podemos diferenciar regímenes malignos de benévolos. Pero para ella la consecuencia es que “la crítica del participante en la práctica social que se desvía del estándar es aleatoria, ininteligible y/o arbitraria porque no es guiada por el logos como características beneficiosas o valores que determinan la elección del participante” (Rodríguez-Blanco, en este volumen, p. 32). Por el contrario, la crítica a la desviación es siempre interna a la práctica y se hace en relación con los valores y fines de la práctica en cuestión. No es una crítica realizada desde un lugar objetivo e imparcial, depende de la posición del crítico, *i. e.* de su punto de vista. Ahora bien, en el caso que quisiéramos ver si una práctica específica es justa, según los principios de una ética normativa específica, en este caso la crítica sería interna a esta ética normativa particular. Es útil distinguir los distintos juegos del lenguaje en que participamos, como el de la comprensión y descripción de prácticas sociales y el de la valoración de su bondad o utilidad para fines ulteriores. Son juegos del lenguaje diferentes y, por lo tanto, las reglas de uno y otro pertenecen a sistemas normativos diversos.

Otra vez, la herramienta del punto de vista interno nos exige explicitar estos contextos desde los cuales hacemos distintas aserciones y valoramos o criticamos las prácticas sociales. La crítica de inestabilidad yerra al blanco, porque el propósito y sentido, *el point*, de la teoría de Hart es sustancial-

mente diferente de aquel que sugieren los críticos. Tal vez, esta es la dificultad que la autora menciona, la incapacidad de las teorías realistas y críticas (y agregaría: positivistas), para comprender la crítica de inestabilidad.

Bibliografía

- Bix, B. (2006). H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho. En *Teoría del Derecho: ambición y límites* (pp. 127-165). Madrid: Marcial Pons.
- Bloor, D. (1983). *Wittgenstein. A Social Theory of Knowledge*. Hong Kong: The MacMillan Press Ltd.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard University Press Cambridge.
- Figuroa Rubio, S. (2014). Reglas sociales, formas de vida y juegos del lenguaje. En S. Figuroa Rubio (ed.), *Hart en la teoría del derecho contemporánea* (pp. 217-246), Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Finnis J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Glock, H. J. (1996). *A Wittgenstein Dictionary*. Oxford: Blackwell Published.
- Goldsworthy, J. D. (1990). The Self-Destruction of Legal Positivism. *Oxford Journal of Legal Studies*, 10(4), 449-486.
- Hammer Hill, H. (1990). H.L.A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in the Concept of Law, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 3, 113-128.
- Hart, H. L. A. (2011a). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (2011b [1982]). Legal Duty and Obligation. En *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* (pp. 127-161). Oxford: Clarendon Press, Oxford University Press.
- Hund, J. (1991). Wittgenstein versus Hart. Two Models of Rules for Social and Legal Theory, *Philosophy of the Social Science*, 21(1), 72-85.
- Jori, M. (1974). Il giurista selvaggio. Un contributo alla metodologia della descrizione sociale, *Sociologia del Diritto*, I, 85-108.
- Jori, M. (1979). Hart e l'analisi del linguaggio. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IX(2), 161-228.

- Lacey, N. (2004). *A life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N. (2010). *H. L. A. Hart*. Madrid: Marcial Pons.
- Martin, M. (1987). *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*. Philadelphia: Temple University Press.
- Muffato, N. (2010). *Norme e discorsi su norme*. Roma: Aracne editrice.
- Narváez Mora, M. (2004). *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Perry, S. R. (1998). Hart's Methodological Positivism. *Legal Theory*, 4, 427-467.
- Raz, J. (1999 [1975]). *Practical Reasons and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays in Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Redondo, M. C. (2018). *Positivism jurídico “interno”*. Ljubljana: Klub Revus.
- Rodríguez-Blanco, V. (2007). Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20(2), 453-473.
- Rodríguez-Blanco, V. (2021) Rastreando las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el “sentido y propósito” de la acción humana en el derecho. *Discusiones*, 26(1)
- Ross, A. (2006 [1963]). *Sobre el derecho y la justicia* (3ª edición). Buenos Aires: Eudeba.
- Ross, A. (1962). The Concept of Law by H.L.A. Hart, *The Yale Law Journal*, 71(6), 1185-1190.
- von Wright, G. H. (1993). Analytical Philosophy. A Historic-Critical Survey, *The Tree of Knowledge and Other Essays* (pp. 25-52). Leiden: E.J. Brill.
- Winch, P. (2008 [1958]). *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*. Londres: Routledge.
- Wittgenstein, L. (1999). *Investigaciones Filosóficas*. España: Altaya.

Naturaleza y concepto del Derecho a los ojos de Rodríguez-Blanco. Un análisis naturalista de su propuesta metodológica

The Nature and Concept of Law in the Eyes of Rodríguez-Blanco. A Naturalistic Analysis of Her Methodological Proposal

Alejandro Guevara Arroyo*

Recepción: 11/03/2020

Evaluación: 21/04/2020

Aceptación final: 02/05/2020

Resumen: En el trabajo *Rastreamiento de las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el “sentido y propósito” de la acción humana en el derecho*, la iusfilósofa Verónica Rodríguez-Blanco continúa el desarrollo de su concepción sobre la naturaleza y el concepto del derecho, profundizando la metodología necesaria para darle solución a esos asuntos. La mayor parte del texto que presento a continuación se dedica a reconstruir las ideas de Rodríguez-Blanco sobre estos asuntos fundamentales y articular sus ideas con la metateoría de los conceptos científicos y varios de sus problemas metodológicos centrales. Todo esto me permite además enunciar algunas críticas puntuales en contra de la posibilidad de que la metodología de Rodríguez-Blanco para identificar el concepto de Derecho brinde razones epistemológicamente relevantes para sustentar que el concepto así identificado presenta la naturaleza del Derecho.

Palabras clave: naturaleza del Derecho, concepto del Derecho, metodología, conceptos clasificatorios, Finnis.

* Doctorando en Derecho, área Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: alguear7@gmail.com

Abstract: On *Tracing Finnis's criticism of Hart's Internal Point of View: Instability and the 'Point' of Human Action in Law*, the philosopher Verónica Rodríguez-Blanco continues the development of her conception of the nature and concept of law, deepening the necessary methodology to solve these issues. Most of the text I present below is dedicated to reconstructing Rodríguez-Blanco's ideas on these fundamental issues and articulating her ideas with the metatheory of scientific concepts and several of its central methodological problems. All this also allows me to state some criticisms against the possibility that the methodology of Rodríguez-Blanco to identify the concept of Law provides epistemologically relevant reasons to support that the concept thus identified presents the nature of the Law.

Keywords: nature of Law, concept of Law, methodology, classificatory concepts, Finnis.

1. Introducción

Un asunto fundamental de la teoría del derecho es la investigación sobre su naturaleza. En las últimas décadas (y en especial, en la iusfilosofía anglosajona) se ha entendido que tal investigación está emparentada con la de establecer o identificar el concepto del Derecho. Hay muchas versiones de en qué consisten tales cuestiones y cuál es su relación. En esta intervención busco analizar críticamente la solución de Verónica Rodríguez-Blanco¹ a estos asuntos, tal y como los presenta en el artículo *Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el "sentido y propósito" de la acción humana en el derecho* y obras previas (v. g. Rodríguez-Blanco, 2007, pp. 257-283). Para decirlo en forma lacónica: me interesa cuestionar que la metodología de Rodríguez-Blanco para identificar el concepto de Derecho brinde bases epistemológicamente relevantes para considerar que el concepto así constituido muestra la naturaleza del

¹ En su línea de trabajo Rodríguez-Blanco aplica la filosofía de la acción a los problemas de teoría del derecho y otros afines, abrevando de múltiples fuentes teóricas dentro de las que cabe mencionar a Tomás de Aquino, Aristóteles, Wittgenstein, Anscombe y el ius-naturalista neotomista John Finnis.

derecho o lo que el derecho es. Sin embargo, para decir algo sobre esto, estimo que podría ser útil presentar algunas cuestiones previas sobre la metateoría de los conceptos —en general— y de los conceptos científicos —en especial—. ²

El esquema de la ponencia es el siguiente: en primer lugar, presentaré la solución de la iusfilósofa al problema de cuál es el objetivo epistémico de la teoría general del derecho. En segundo término, su respuesta al asunto de cuáles son los pasos o el método necesario y suficiente para satisfacer adecuadamente el mentado fin. Luego señalaré algunos pocos elementos de la metateoría de los conceptos clasificatorios y los aplicaré a los desarrollos de Rodríguez-Blanco. Finalmente, a la luz de esta reconstrucción, puntuaré varias críticas que me parece afectan el estatus epistémico de la propuesta.

2. El objetivo epistémico de la teoría del derecho a los ojos de Rodríguez-Blanco

En las siguientes líneas intentaré sintetizar el núcleo de la propuesta de Rodríguez-Blanco.

1. La teoría general del derecho busca presentar la naturaleza del Derecho o lo que el derecho es. ³ En otras palabras, la teoría general del derecho pretende identificar las propiedades de un cierto sector del universo mundo, específicamente acotado al mundo de lo social-humano.

² Sospecho que algunas de las críticas y consideraciones metateóricas que presentaré podrían extenderse a otras concepciones de la iusfilosofía anglosajona sobre el concepto del derecho. Leiter ha realizado un trabajo semejante en su (Leiter, 2012). En algún sentido, lo que se presenta en esta investigación supone, al menos en alguna medida, una dirección que podría caer bajo el impreciso paraguas que en el mundo anglosajón ha dado en llamarse naturalismo. Para una visión panorámica de las poco precisas líneas que caracterizan las concepciones naturalistas, puede verse (Papineau, 2020); el cuadro general de distintas corrientes y perspectivas naturalistas en la filosofía del derecho puede verse en (Leiter y Etchemendy, 2017).

³ “[L]a pregunta principal acerca de la jurisprudencia sustantiva, a saber, qué es el derecho” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

- 1.1. Identificar la naturaleza del derecho es equivalente a dar una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué es el derecho (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1 y Rodríguez-Blanco, 2007, pp. 257 y 259).⁴
- 1.2. Responder qué es el Derecho, a su vez, es equivalente a formular un concepto de Derecho (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).
2. Ahora bien, es obvio que no cualquier respuesta al problema de la naturaleza del Derecho es una respuesta correcta. La metodología de la teoría del derecho trata sobre los procedimientos y criterios por medio de los cuales se logra que una cierta propuesta de concepto de Derecho pueda ser considerada correcta o adecuada.⁵ El problema metodológico es, obviamente, cuáles son tales pasos o procedimientos. Veamos entonces cuál es el método propuesto por Rodríguez-Blanco para solucionar este asunto.

3. La concepción metodológica de Rodríguez-Blanco

Siguiendo en este punto a John Finnis, Rodríguez-Blanco asume una metodología práctico-explicativa (“[M]ethodology: an explanatory aspect and a practical one”, Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1), una metodología que habilita no solo para solucionar el problema del concepto del derecho, sino también de otros conceptos sociales (Finnis, 1992, cap. 1). Según esta metodología, el concepto de Derecho se identifica asumiendo un cierto “punto de vista” (en adelante PV). Este PV ha de ser, evidentemente, el adecuado. El PV ha de identificar el factor clave señalado por el concepto de Derecho,

⁴ Señala Rodríguez-Blanco: “Finnis defiende la visión de que cualquier descripción y explicación de lo que sea el derecho debería hacerse desde el punto de vista del hombre que posee razonabilidad práctica. En otras palabras, la razonabilidad práctica nos permite entender *las cualidades únicas del derecho* [...]” (2021, sección 1, he agregado la cursiva).

⁵ En algunos pasajes de Rodríguez-Blanco (2021) y, en especial, en obras previas, pareciera que Rodríguez-Blanco considera que la teoría general del derecho es ante todo una especie del género análisis conceptual. Esta asunción, a nivel metateórico, no es nada trivial, aunque bien es cierto que si la autora continúa defendiéndola, y hasta qué punto, es un asunto menos claro.

que consiste en la función normativa de esa institución (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1). La metodología también ha de permitir explicitar cómo el concepto de Derecho da cuenta del hecho de que entre las personas que actúan en la sociedad existen distintas concepciones sobre qué es el Derecho y sobre qué lo integra (Finnis, 1992, p. 38). El concepto de Derecho ha de distinguir entre las concepciones marginales y centrales del Derecho.

Para ello, esta metodología pide atender a la perspectiva interna⁶ del integrante de esa actividad social, o sea, aquel que es normativamente dirigido por ella.⁷ Posicionarse de esa forma supone identificar las asunciones que sobre la estructura normativa de esa institución tiene quien funciona/agencia en esa práctica (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).⁸ Esto incluye necesariamente reconocer las distinciones que cualquier persona que participa de esa práctica/institución supone y utiliza (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1). Se habilita así, la persona teórica, a percibir el concepto de Derecho del practicante.

Este reconocimiento del adecuado concepto de Derecho identifica un cierto caso central o significado focal, el cual puede ser utilizado de muchas formas. Por esto, aunque existe un concepto de Derecho, este aparece de distintas formas en distintas concepciones del Derecho (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

La ubicación de todo esto se alcanza asumiendo el PV de la persona que posee razonabilidad práctica (en adelante PPRP) (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1):⁹ una persona que tiene hábitos, valores, intenciones y creencias *en* una comunidad dada. La PPRP funciona (*i. e.* actúa) adecuadamente en esa práctica, presumiblemente pues posee (= comprende) cuál es el

⁶ Que no ha de ser confundido con el punto de vista interno en sentido hartiano.

⁷ “El agente que ejecuta la acción o el participante que participa en la práctica le otorga su sentido y propósito —o valor— a la acción o práctica.” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1). Poco antes: “[...] ‘[D]erecho’ se refiere a un solo concepto, [...] [cuya] fuente primaria, [...] es el punto de vista del hombre que posee razonabilidad práctica” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

⁸ En un artículo previo se señala: “[P]ractical point of view enables us to identify and determine the subject matter of jurisprudence” (Rodríguez-Blanco, 2007, p. 258).

⁹ Previamente, afirmó “[L]a formación de un concepto depende de la aprehensión del punto de vista práctico del hombre” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

objetivo, valor o significado (*meaning*) de esa práctica y de la institución en que se desenvuelve (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

En el artículo analizado, Rodríguez-Blanco propone que entender el punto de vista de quien razonablemente participa en una práctica es equivalente a identificar el *logos*, objetivo o valor de la acción que realiza y la práctica en que se realiza tal acción.¹⁰

Empero, y aquí se opone a Herbert Hart, el *logos* o finalidad de una acción y de una práctica no ha de equipararse con las creencias de quien se encuentra en esa práctica.¹¹ Se trata, más bien, de una clase de intención (con *c*) que da unidad a las acciones que conforman las prácticas (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). Tal sería el *logos intencional* inmanente a la práctica (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). Este *logos* individualiza las acciones que se dan ahí y se muestra como el conjunto de características remanentes una vez descritos todos los aspectos físicos presentes en una acción (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). Esta intención está en los practicantes en la forma de cierta clase de conceptos que están en funcionamiento durante la acción en cuestión (i.e. no la anteceden, sino que son determinantes internos de la acción misma (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2)).¹²

La profesora propone que para averiguar este trasfondo de distinciones que sirven a la acción intencional ha de apelarse a lo que llama la metodología del *porqué*, inspirada en la filosofía de la acción de Elizabeth Anscombe. Esta metodología pregunta al agente por qué o cuál es la razón por la que realizó, realiza o realizará cierta acción (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). Para controlar si la respuesta es genuina, quien la formula ha de evaluarla apelando a un conjunto de condiciones contextuales, que son los conceptos aprehendidos durante la juventud (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). Solo es posible entender las razones del agente como un

¹⁰ “La comprensión completa de las acciones y las prácticas implica una comprensión del sentido y propósito de la acción o práctica” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

¹¹ “El estado mental de la creencia” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2), luego: “[L]os estados mentales que racionalizan las acciones” (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2).

¹² Como se dice en el texto principal, se trata de una concepción legataria del pensamiento de la filósofa Anscombe, como la *ius-pensadora* reconoce. Anscombe negó que la acción deba concebirse como un efecto causal de estados mentales y deseos que la anteceden (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2).

caso de una práctica social y de las características de cómo funcionar bien (*good-making*) en esa práctica. Esto último es lo que conformaría el logos intencional de la práctica (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). No dedicaré más espacio a este asunto aquí, aunque regresaré a él más adelante.

A partir del uso de esta metodología, la autora, en un artículo previo, sigue a Finnis al decir que el concepto de Derecho adecuado es el de un conjunto de reglas, aseguradas mediante sanciones y creadas por una autoridad efectiva para toda una comunidad, mediante las cuales se resuelven problemas de coordinación en favor del bien común de esa comunidad (Rodríguez-Blanco, 2007, p. 281).¹³ No diré más de este punto, en tanto la solución específica al problema del concepto de Derecho de Rodríguez-Blanco no es el interés principal de estos comentarios.

4. Metateoría de los conceptos

En lo que sigue presentaré sucintamente unos pocos aspectos —más bien bastante conocidos— sobre una cierta clase de conceptos: los clasificatorios.¹⁴ Me concentraré en esta clase pues creo que a ella pertenece el concepto de Derecho cuya corrección Rodríguez-Blanco pretende sustentar con su metodología.

Luego presentaré algunas características relevantes de los conceptos clasificatorios científicos y varios de los problemas que se presentan al considerar el asunto de su corrección o adecuación.

Finalmente, intentaré una breve reconstrucción metateórica análoga con los desarrollos hasta aquí presentados de la propuesta de Rodríguez-Blanco sobre el concepto de Derecho. Todas estas distinciones meta-

¹³ Presumo que tal sería el logos de esa práctica denominada Derecho.

¹⁴ También llamados taxonómicos o cualitativos. Asumiendo una clasificación bastante extendida, se puede distinguir entre conceptos clasificatorios (que son los más comunes en la vida diaria y de estructura formal más simple), conceptos comparativos y conceptos métricos. Es obvio que otras subdivisiones pueden ser introducidas. Sobre estos puntos, véase Mosterín (2003, pp. 15-44) y Diez & Moulines (1999, pp. 101-124). Obviamente, asumir esta clasificación no excluye que los conceptos pueden ser ordenados bajo algún criterio distinto.

teóricas son vitales para expresar con precisión mis dudas sobre la propuesta de la autora. Esta es quizás la razón principal para presentar estos asuntos. Vamos a ello.

4.1. Fundamentos

Partamos de que todo concepto (clasificadorio o de otras clases) puede ser analizado en dos elementos: su intensión (con *s*) y su extensión. La intensión de un concepto es su contenido. Ahí se expresan o señalan un conjunto de propiedades y/o relaciones (ver Ferrater Mora, entrada *comprensión*, y Bunge, 2004, p. 59). Por su parte, la extensión del concepto es aquello que cae bajo el concepto.¹⁵

Extensionalmente considerado, todo concepto clasificadorio establece un conjunto.¹⁶ Veamos esto con mayor detenimiento: un concepto clasificadorio induce una partición de un dominio dado, estableciendo una relación de equivalencia¹⁷ pertinente a todos los integrantes del conjunto partición inducido por el concepto (Mosterín, 2003, pp. 20-21). Es obvio que hay distintas formas de hacer una partición de un dominio, o sea, de crear un conjunto (Mosterín, 2003, pp. 106-110). Un concepto clasificadorio preciso lo hace mediante la delimitación de un conjunto de propiedades que aparecen en todos los integrantes del conjunto partición inducido por el concepto. Es claro que el conjunto de propiedades en cuestión es *señalado* en la intensión del concepto y que el conjunto partición inducido por el

¹⁵ Se trata de una distinción habitual para la filosofía de la ciencia. Ver, por ejemplo (Mosterín & Torreti, 2002, entrada *concepto*).

¹⁶ Véase Diez & Moulines (1999, pp. 96-97) y Ferrater Mora y Leblanc (1992, pp. 119-122). Ahí se encuentran algunas distinciones relevantes en relación con conceptos intuitivos que se confunde frecuentemente con la noción de clase o conjunto.

¹⁷ Una relación de equivalencia es una relación reflexiva, simétrica y transitiva. Esta es una definición muy habitual. Ver, por ejemplo, De Salama (1996, p. 186). Sobre estas propiedades formales de las relaciones, véase Ferrater Mora y Leblanc (1992, pp. 155-157) y De Salama (1996, pp. 182-185).

concepto sobre un dominio dado es equivalente a la extensión del concepto (Mosterín, 2003, 17).¹⁸

Las anteriores son condiciones metateóricas de adecuación formal de los conceptos clasificatorios en general. Paso ahora a los conceptos científicos clasificatorios.

4.2. Conceptos científicos clasificatorios, corrección y teorías científicas

Los conceptos clasificatorios científicos¹⁹ tienen papel ante todo en dos espacios teóricos: (1) como parte de teorías y modelos explicativos y (2) integrando sistemas conceptuales clasificatorios (Mosterín, 2003, p. 17).²⁰ Téngase en cuenta, adicionalmente, que aunque una teoría explicativa incluye conceptos no puede ser reducida a conceptos.²¹ Por su parte,

¹⁸ La reconstrucción lógica de conceptos clasificatorios es sencilla, pues los términos que los expresan son predicados monádicos (Diez & Moulines, 1999, p. 101).

¹⁹ De pasada mencionaré que un concepto clasificatorio científico puede (o no) ser anclado a un término científico mediante una definición técnico estipulativa (v. g. la definición de los términos “galaxia”, “protón”, “primate”).

²⁰ Extensionalmente considerada, una adecuada clasificación ha de cumplir varios requisitos formales, que pueden sintetizarse de la siguiente forma: dado un dominio, todo individuo del dominio ha de pertenecer a un y sólo un conjunto que sea extensión de un concepto y no ha de formularse un concepto para el que al menos un individuo del dominio no pueda pertenecer (Mosterín, 2003, p. 19). Es obvio, por ende, que si bien todo concepto clasificatorio induce un conjunto partición de un dominio, una clasificación propiamente se genera mediante la creación de varios conceptos aplicables al dominio en cuestión (Diez & Moulines, 1999, p. 101).

²¹ Una genuina teoría explicativa incluye más contenido, pues al menos una parte de la teoría pretende ser un modelo de la forma en que un fragmento del mundo deviene. Para ello, es imprescindible que incluya o suponga enunciados que expresan leyes, patrones, mecanismos o regularidades en las formas del cambio y de la determinación entre hechos. De aquellos se pueden inferir diversas implicaciones que —grosso modo— conforman las explicaciones de hechos particulares (v. g. el último movimiento de marte alrededor del sol durante cierto periodo de tiempo, la desaparición de una especie hace millones de años, la caída de un régimen político tal o cual). En sentido semejante, desarrollando la estructura de las leyes (en sentido científico) y sus clases, así como el concepto de explicación y su conexión con las leyes (véase Bunge, 2004, pp. 265-299 y pp. 459-471). Conceptos semejantes son desarrollados por Elster (2010, pp. 21-82), en donde se reconstruyen además otras partes relevantes de las teorías explicativas en las ciencias sociales, como los mecanismos causales y su conexión

de entre los sistemas conceptuales clasificatorios, los árboles de taxones son los más finos y precisos, ordenando niveles jerárquicos de conceptos clasificatorios.

Ahora bien, además de condiciones formales de adecuación, los conceptos tienen condiciones materiales de adecuación o de corrección o de validez. Propongo que el mostrar que un concepto clasificatorio es materialmente correcto o adecuado es condición necesaria o —quizás— que es equivalente a sustentar que ese concepto muestra la naturaleza de lo que señala.

La corrección o validez material (no formal) de un concepto científico clasificatorio puede ser analizada en diversos aspectos, de los cuales solo mencionaré dos, pues son de interés para lo que luego comentaré sobre el concepto de Derecho y la concepción metodológica de Rodríguez-Blanco.

- (a) El primero es lo que llamaré el problema del realismo de las propiedades.
- (b) El segundo es el de la arbitrariedad de la clasificación.

Le llamo problema del realismo de las propiedades al asunto de sustentar que las propiedades señaladas en la intensión del concepto efectivamente existen o están presentes en los individuos que pertenecen al conjunto que es equivalente a la extensión del concepto.

Para presentar el segundo problema, notemos lo siguiente. Como ya señalé antes, un conjunto que es partición de un universo o dominio dado puede establecerse de muchas formas. Por ejemplo, puedo hacer una colección o conjunto en este auditorio, formado por los bolígrafos de los conferencistas y el respaldar de las sillas de la primera fila. Es un conjunto y formalmente es tan bueno como cualquier otro. Por su parte, puedo hacer una clasificación de todas las personas de este auditorio de la siguiente forma: un conjunto estará formado por todas las personas de menos de 34 años, otro por las personas de más de 34. Esta clasificación es formalmente precisa, pero claramente nos parece arbitraria.

con la interpretación de las acciones y los comportamientos. Es obvio que hay muchos debates filosóficos sobre el concepto (o conceptos) de explicación científica: para una detallada reconstrucción de los debates clásicos ver Salmon (1992, pp. 7-41).

Ahora, en las ciencias es común suponer que muchos de los conceptos clasificatorios y las clasificaciones de un dominio dado no son arbitrarios: hay razones que sustentan su preferibilidad material o epistémica. Identificar estas justificaciones es dar cuenta del problema de la arbitrariedad.

No puedo aquí analizar con detalle estos problemas y sus soluciones. Tengo que restringirme a decir algunas pocas ideas (sin poder darles mayor sustento). Con respecto al primer asunto, una de las principales formas de sustentar la existencia de ciertas propiedades es por la presencia o aceptación de esas propiedades en hechos explicados por teorías y programas científicos explicativos fértiles y progresivos. Por ejemplo, la existencia del éter en sentido aristotélico se vio privada de justificación tras la refutación del programa astronómico y cosmológico aristotélico y —tras ello— que una entidad esté formada de éter o quintaesencia ya no puede considerarse una propiedad real que sea mencionada como parte de la intensión de ningún concepto adecuado.

En relación con el asunto de la arbitrariedad, notemos cómo se abordó con respecto al árbol de taxones biológicos de especie lineana.²² En la historia de la biología se discutió bastante sobre la arbitrariedad o naturalidad de este sistema de conceptos clasificatorios. Dos son las respuestas que deseo rescatar. La primera es la de Mosterín, quien señala que este sistema es más natural —*i. e.* no arbitraria— pues mediante los conceptos que lo integran podemos formular leyes fértiles y sólidamente contrastadas sobre los seres vivos y su devenir.²³ La segunda depende de la teoría de la evolución biológica: como ya se dijo, los conceptos que pertenecen a cada nivel del árbol de taxones lineano establecen una relación de equivalencia entre todos los individuos de la extensión de cada concepto. En este caso, estas relaciones de equivalencia pueden ser sustentadas como naturales (no arbitrarias) pues reflejan el común antepasado evolutivo de los individuos pertenecientes al conjunto extensión de cada concepto clasificatorio. Al tiempo, los niveles más altos de la jerarquía reflejan antepasados comunes

²² Que —en su versión más simple— está constituido por siete niveles jerarquizados de conceptos clasificatorios: reino, phylum, clase, orden, familia, género y especie.

²³ “¿Y por qué es natural la clasificación de los animales en filos o phyla (anélidos, moluscos, etc.)? La respuesta es que podemos enunciar muchas e interesantes leyes generales acerca de los anélidos, por ejemplo [...]” (Mosterín, 2003, p. 23).

más lejanos evolutivamente. Así, por ejemplo, los integrantes de la *especie* *homo sapiens* comparten un ancestro común. Este antepasado es más cercano evolutivamente que el antepasado compartido por todos los integrantes del *género* *homo* (Bowler, 1992, p. 165). Los conceptos clasificatorios y el sistema taxonómico reflejan esas relaciones reales. Pero estas clases de relaciones *reales* (y su forma de devenir) son explicables sólo por la teoría de la evolución que —como ya dije— es mucho más que un sistema conceptual clasificatorio.

Obviamente, hay mucho más que decir de todos estos asuntos. Por ahora, les pido que se acepten estos breves apuntes metateóricos y se retengan dos ideas claves:

En primer lugar, los conceptos científicos clasificatorios forman parte de teorías explicativas, por ejemplo, dentro de enunciados legaliformes.²⁴ También se articulan en sistemas clasificatorios, pero las teorías propiamente explicativas no pueden ser reducidas ni a conceptos clasificatorios ni a sistemas clasificatorios.

En segundo lugar, para sustentar su corrección, validez o adecuación material, los conceptos *necesariamente* han de apelar a teorías e hipótesis que no son ni conceptos clasificatorios ni sistemas clasificatorios. Las relaciones metodológicas que se presentan entre las teorías e hipótesis explicativas y los mentados conceptos son variadas, pero aquí lo que quiero dejar sentado es que la corrección material de los conceptos clasificatorios parece ser parasitaria del estatus epistémico de teorías y modelos explicativas que son mucho más que aquellos. Esto es clave.

²⁴ Así, por ejemplo, el concepto de *grave* forma parte de la ley de caída de los graves de Galileo Galilei, el de *energía* es necesario en la segunda ley de la termodinámica de la Física o un cierto concepto de *Constitución* aparece en los mecanismos causales para el cambio constitucional investigados por la ciencia política.

4.3. Una reconstrucción metateórica de las ideas de Rodríguez-Blanco

Preguntémosnos: ¿cuáles son las características metateóricas formales del concepto de Derecho tal y cómo lo identifica la metodología de Rodríguez-Blanco? ¿Tiene el concepto de Derecho alguna relación metodológica importante análoga a la que los conceptos científicos clasificatorios tienen con las teorías explicativas? Y —de especial interés— ¿cómo (desde la concepción de Rodríguez-Blanco) se justifica la adecuación o corrección material de un cierto concepto de Derecho? ¿Apelando a qué? Estas últimas dos preguntas parecen de importancia para satisfacer el objetivo epistémico que interesa a la autora. Recuérdese que el concepto de Derecho aspira a dar cuenta de lo que el Derecho es y que una condición necesaria de que podamos decir que una propuesta del concepto de Derecho identifica la naturaleza de Derecho, es que aquella pueda resolver adecuadamente tanto el problema del realismo de las propiedades como el problema de la arbitrariedad. Pero entonces, el asunto de la justificación epistémica de la adecuación material de un cierto concepto de Derecho es un problema cuya resolución es teóricamente imprescindible.

Lo primero es que el concepto de Derecho es un concepto clasificatorio: establece una distinción entre aquello que es derecho y aquello que no lo es. En la intensión del concepto se señalan las propiedades cuya presencia en un cierto hecho permite considerarlo como perteneciente al conjunto equivalente a la extensión del concepto. Sin embargo, para Rodríguez-Blanco²⁵ —y también para Finnis— el funcionamiento como instrumento clasificatorio del concepto de Derecho es ligeramente distinto al estándar: las personas que participan en la práctica distinguen como Derecho hechos que no siempre comparten todas las propiedades señaladas en la intensión del concepto.

La situación podría ser representada con sencillez de la siguiente forma: Sean BCDE el conjunto de propiedades señaladas en la intensión del concepto de Derecho. Sucede que en ocasiones se dan casos como α : BCD o β : DE o γ : BE. Todos estos casos son clasificados como Derecho, aunque poseen sólo algunas de las propiedades (y no las mismas, por cierto) seña-

²⁵ Rodríguez-Blanco (2021, sección 1) y Rodríguez-Blanco (2007, pp. 259-260).

ladas en la intensión del concepto de Derecho. El concepto de Derecho, dado que funciona de esta forma, pertenece a una clase especial de conceptos clasificatorios, que Finnis intentó articular con la idea aristotélica de significado focal y relación analógica, aunque en un artículo previo Rodríguez-Blanco conectó más bien con la wittgensteniana semejanza nuclear (*core resemblance*) (Rodríguez-Blanco, 2007, pp. 278-282).

Ahora bien, como se vio anteriormente, los conceptos científicos clasificatorios tienen un papel clave como integrantes de teorías que son más que conceptos clasificatorios. De forma análoga, me parece que el concepto de Derecho —tal y como es teorizado por Rodríguez-Blanco— integraría o formaría parte de concepciones que responden a problemas de cómo y por qué el Derecho —y lo que lo conforma— es como es y funciona en la forma en que lo hace. Estas concepciones incluirían más que el mero concepto clasificatorio del Derecho. Todas estas concepciones y clasificaciones son asumidas por los agentes y, específicamente, por la PPRP al actuar en ciertas prácticas sociales (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 1).

Paso ahora a los problemas de la corrección material del concepto. Creo que una dirección consistente con la constelación de ideas de la profesora que puede solucionar estos asuntos podría apelar a las diversas relaciones del concepto del Derecho con concepciones ínsitas en las personas practicantes y, en especial, por la PPRP. Cuáles exactamente podrían ser las relaciones metodológicamente relevantes para responder estos asuntos, sin embargo, no es algo que aquí pueda profundizar.²⁶

Cualquiera sea el caso de esto, me parece claro que —según la teorización de la profesora— el método práctico-explicativo tiene la función de identificar el concepto y la concepción nucleares, que serían los de la PPRP. De alguna forma, la persona teórica tendría que representarse o comprender eso que está en la PPRP. En esa empresa, la metodología del porqué profundizaría en los pasos necesarios para representarse o comprender las concepciones/logos intencional (con c) supuestas en el accionar de la PPRP.²⁷

²⁶ No me queda claro si Rodríguez-Blanco tiene una posición sobre estos asuntos metodológicos. Regreso a estas cuestiones en la sección dedicada a mis dudas y críticas.

²⁷ Si esto es correcto, la metodología del derecho de la profesora Rodríguez-Blanco no brindaría los pasos para construir un concepto, sino para reconocerlo. Contrástese con la concepción y críticas de Nino, 2017, cap. IX, intitulado *El enfoque esencialista del concepto de Derecho*.

Hasta aquí estas sugerencias metateóricas sobre las ideas de Rodríguez-Blanco.

5. Dudas y críticas

En último lugar presentaré algunas dudas sobre la propuesta de Rodríguez-Blanco tal y como la he reconstruido. Estas dudas podrían también ser entendidas como críticas a esta concepción metodológica.

La primera duda parte de un cierto aspecto difícil de conciliar en varios pasajes del artículo analizado, en especial comparados con investigaciones anteriores de Rodríguez-Blanco.²⁸ Se trata del estatuto de las concepciones que poseen quienes agencian en el Derecho y, en específico, de la PPRP. Una concepción pareciera aquí querer decir al menos dos cosas.

En primer lugar, algo así como teorías del sentido común que tratan sobre un cierto fragmento de la realidad y su funcionamiento. En otras palabras, se trataría de *folktheories*.²⁹ Tales teorías serían un conjunto de contenidos de cuya posesión el agente puede que no sea muy consciente, pero que, al fin y al cabo, es proposicional o traducible en conjuntos de enunciados. Esta me parece la opción más intuitiva de la noción de concepción. Sin embargo, esta vía parece ser incompatible con afirmaciones que se encuentran en investigaciones más recientes de la profesora, incluyendo la presente en debate.³⁰

La segunda opción es que al decir que los agentes tienen concepciones de la práctica, se alude al logos intencional de las prácticas y todo lo que ahí se incluye. Este no es un contenido proposicional, sino más bien distinciones que *constituyen* la acción del agente en la práctica social y la

²⁸ V.g. en su Rodríguez-Blanco, 2003, p. 99-124. y en Rodríguez-Blanco, 2006, p. 26-54 (crítico a Dworkin y Perry).

²⁹ Sobre cómo identificar las teorías populares o folktheories: "To the extent that our intuitions coincide, they reveal our shared theory and to the extent that our intuitions coincide with those of the folk, they reveal the folk theory" (Rodríguez-Blanco, 2006, p. 38).

³⁰ Esta opción acercaría la concepción de Rodríguez-Blanco a la de Frank Jackson y su análisis conceptual no ambicioso (Jackson, 1994, p. 23-42.).

dirigen. No son *folktheories*, sino que serían utilizadas ciegamente³¹ por el agente en su accionar.

Dependiendo cómo se responda este asunto, se me ocurren dos señalamientos críticos.

En caso de que se asuma que las mentadas concepciones son *folktheories* en el sentido de contenidos proposicionales, cabría preguntarse por qué estas habrían de considerarse correctas o aceptables. De otra forma: podríamos aceptar que las personas tienen tales teorías, sin aceptar que son formas correctas de entender la realidad. Después de todo, por definición, se trataría de contenidos que no han sido sometidos a procedimientos metódicos de crítica racional. Este estatus epistémico pre-crítico se transmitiría a los conceptos que las integran y cuya corrección depende de ellas, incluyendo el concepto de Derecho focal que ahí se pueda localizar.³² De forma que, si asumimos que un cierto concepto de Derecho integra una *folktheorie*, no tenemos bases epistemológicamente sólidas para suponer que ese concepto señala la naturaleza del Derecho.

Según me ha aclarado explícitamente la autora, su posición es la segunda. En este caso, aparece una cuestión sutil. Supongamos que disponemos de un procedimiento epistemológicamente sólido³³ para sostener que un α es el logos intencional asumido por un agente β , quien participa en la práctica jurídica. Aceptemos, por mor del argumento, que la metodología práctico-explicativa sirve bien para identificar el significado nuclear apelando al PV de la PPRP. Identificamos, así, que α_1 es el concepto nuclear de Derecho.

Ahora, representémonos la siguiente situación: se formula una potente teoría explicativa, llamémosle ϵ , que establece sólidas leyes sociales sobre el funcionamiento del Derecho en buena parte del mundo. Esta utiliza

³¹ En la respuesta de Rodríguez-Blanco a esta ponencia, ella precisó que no cree que el seguimiento sea ciego, sino que es plenamente reflexivo.

³² Un punto semejante es señalado por Leiter (2012, p. 246). Por su parte, la iusfilósofa presenta diversas críticas y retos que considera que debe responder el naturalismo a la Leiter en (Rodríguez-Blanco, 2008). No obstante, tengo la impresión que tales críticas —de ser acertadas— impactan al naturalismo ontológico y no al metodológico. Las consideraciones que aquí se han desarrollado caen en esta última clase.

³³ Verbigracia, la metodología del porqué de Anscombe y Rodríguez-Blanco.

un concepto γ de Derecho, bastante distinto a α_1 . Como si fuera poco, la existencia de las propiedades señaladas en la intensión de γ puede ser explicada a partir de potentes programas científicos δ , conectándolas con propiedades más profundas del mundo (v. g. mecanismos neuropsicológicos presentes en los humanos³⁴).

¿Estaríamos justificados en decir que, en realidad, los problemas de la adecuación material del concepto de Derecho no son correctamente superados por γ , a pesar de ser un integrante necesario de la fértil y bien contrastada teoría explicativa ϵ y de que las propiedades que señala son sólidamente explicables por δ ? ¿No tendríamos buenas razones para asumir que γ es un concepto de Derecho que no es arbitrario y cuyas propiedades realmente existen? En ese caso, ¿por qué no considerar que γ reveló lo que el Derecho es o —al menos— una parte? ¿Por qué no sostener que esa es una respuesta sólidamente fundada a la pregunta de qué es el Derecho? Pareciera que tenemos las mejores razones para creer que este concepto señala qué es el Derecho. ¿Qué ventaja epistémica obtendríamos en insistir, en cambio, que sólo α_1 constituye la naturaleza del Derecho, a pesar que α_1 no tiene tan relevantes relaciones con teorías explicativas ni puede —apelando a la metodología de Rodríguez-Blanco— invocar razones tan epistemológicamente potentes como las brindadas mediante los criterios de justificación epistémica de las ciencias explicativas? Personalmente, creo que sería difícil rechazar que tenemos excelentes justificaciones epistémicas para aceptar la pertinencia formal y material de γ (Nino, 2017, p. 190).³⁵ Esto se debe, ante todo, a que las razones en favor de la corrección de un concepto que se obtienen mediante metodologías científicas de evaluación y sustentación, tienen preferencia epistémica como formas de averiguar cómo es el mundo

³⁴ Nótese que esta afirmación sobre las propiedades neurológicas no supone un compromiso ni con un reduccionismo ontológico ni con un monismo ontológico. Una concepción emergentista ontológica, por ejemplo, también puede dar sostén a una tesis como esta. Por lo demás, aquí no se está defendiendo una concepción ontológica, sino metodológica.

³⁵ ¿Y si ocurriera que hay aún otras teorías explicativas que utilizan otros conceptos? Pareciera que tendríamos que responder lo mismo. Si asumiéramos esto, podríamos decir con Carlos Santiago Nino: “Es posible que un análisis [más detallado] [...] conduzca a fundamentar la conveniencia de contar incluso con varios conceptos descriptivos de sistema jurídico, para satisfacer finalidades teóricas que no pueden ser satisfechas por un único concepto” (Nino, 2017, p. 192).

y sus partes (una de las cuales es el Derecho).³⁶ En cambio, no comparten dicho estatus las razones o justificaciones epistémicas habilitadas por la metodología práctico-explicativa y la metodología del *porqué*.

En otras palabras, si las bases o razones para afirmar la corrección material de un cierto concepto clasificatorio dependen de las relaciones que este mantiene con ciertas fértiles teorías científicas propiamente explicativas y que un concepto sea materialmente correcto es condición necesaria o, incluso, es equivalente a que el concepto muestre la naturaleza de algo o lo que ese algo es, entonces la metodología de Rodríguez-Blanco para identificar el concepto de Derecho no nos brinda justificaciones epistémicas para considerar que ese concepto de Derecho muestre la naturaleza del Derecho. Es más, si un tal concepto se opusiese a otro concepto de Derecho, o a varios, que sean materialmente correctos dada sus varias relaciones con fértiles teorías propiamente explicativas, entonces deberíamos preferir estos a aquel, en lo que respecta al problema de la naturaleza del Derecho.

Obviamente, es posible que el concepto de Derecho identificado mediante la metodología propuesta por Rodríguez-Blanco también nos revele cosas interesantes del mundo social y cómo y por qué sus agentes actúan en la forma en que lo hacen:³⁷ de seguro que un tal concepto sugiere características de la acción humana y utilizarlo como parte de una teoría explicativa no sólo es posible, sino que podría ser sumamente provechoso.³⁸ No obstante, esto no es lo mismo que decir que mediante ese concepto se da respuesta al problema de la naturaleza del Derecho. Las razones para creer que un cierto concepto señala lo que es el Derecho, no se obtienen mediante la referida metodología. Empero, me parece que es justamente eso a lo que aspiraría Rodríguez-Blanco con su concepción metodológica.

³⁶ Leiter (2012, parágrafo 3, capítulo I).

³⁷ Quiero decir: en caso que pueda ser articulado o relacionado de forma fructífera con fértiles teorías genuinamente explicativas.

³⁸ Leiter, por cierto, podría complementar este apuntamiento de la siguiente forma: “Lo que necesita [...] Finnis [...] es un *argumento* que explica por qué las ‘necesidades’ concernientes al concepto de Derecho son las vinculadas a las exigencias de la razón práctica” (Leiter, 2012, p. 258) y no, por ejemplo, a las de potentes teorías explicativas.

6. Un epílogo

Concluiré estos comentarios explicitando algo del programa filosófico que le subyace.

Cuenta Lakatos que en la Europa de los siglos XVII y XVIII existió un debate científico que ilustra una cuestión metodológica clave que ha influido varias metateorías filosóficas posteriores (incluyendo la que he asumido en este texto para analizar las ideas de Rodríguez-Blanco). La disputa en cuestión fue entre cartesianos y newtonianos. Es obvio que aquí no puedo reconstruir en detalle este suceso histórico, que estuvo plétórico de complejos análisis matemáticos y multitud de pruebas observacionales y experimentales. En cambio, me interesa rescatar un punto: uno de los argumentos que el cartesianismo esgrimió es que sus supuestos ontológicos podían ser “demostrados metafísicamente”, ante todo porque se reputaban intuitivamente claros y distintos o se deducían de tesis —aún más abstractas— claras y distintas. Esto no podía decirse, señalaron, de los supuestos ontológicos del newtonianismo. Ante todo, estaba en la picota la existencia de la gravedad, entendida como una tendencia inmanente presente en todas las instancias del universo: era acusada de idea absurda, indemostrable y —por ende— increíble para cualquier persona “con algún raciocinio” (Lakatos, 1989, pp. 258-262).

Durante un tiempo, los newtonianos —con Newton a la cabeza— intentaron demostrar su ontología. Los resultados de tales esfuerzos no fueron muy satisfactorios. Sin embargo, un argumento diferente terminó imponiéndose. Podríamos reconstruir sintéticamente ese argumento de la siguiente forma: si ciertas hipótesis β sobre cómo se dan los procesos físicos y cosmológicos suponen necesariamente ciertas tesis ontológicas α sobre lo que hay en el mundo, y de β se infieren implicaciones contrastables que superan de mejor manera las pruebas experimentales y observacionales frente a otras propuestas teóricas, entonces, no sólo β sino también α son aceptables y están justificadas. La física newtoniana es mucho más exitosa que la cartesiana al explicar y describir los fenómenos físicos. Por ende, los supuestos ontológicos de la primera son preferibles a los de la segunda, no teniendo importancia si pueden ser metafísicamente demostrados o incluso si son compatibles con lo intuitivamente evidente. Es claro que lo

que sucedió en este debate fue una variación meta-teórica en la clase de cuestiones que se consideraban epistémicamente relevantes para evaluar la corrección de una conjetura sobre qué hay en el mundo (Lakatos, 1989, pp. 258-262). Si se quiere, puede denominarse a este cambio *naturalismo metodológico*.

Esta dirección fue presupuesta en las páginas precedentes al analizar y criticar la propuesta metodológica de Rodríguez-Blanco: que esté justificado afirmar que un concepto establece correctamente lo que hay, supone necesariamente una conexión metodológica con relevantes y fértiles programas de investigación científica. Otros criterios (como la representación del punto de vista de una persona que posee razonabilidad práctica) serían, cuanto mucho, accesorios en esta tarea.

Es claro que en la base de tal decisión metodológica se encuentra la valoración de que la metodología de la justificación epistémica de las ciencias empíricas sólidas —como una especie sustancialmente desarrollada de la actitud racional— tiene un estatus preferente para entender el mundo, frente a otras opciones metodológicas. En favor de tal valoración me socorren los propios resultados de las ciencias.

Bibliografía

- Bowler, P. J. (1992). *The Fontana history of the environmental sciences*. London: Fontana.
- Bunge, M. (2004). *La investigación científica* (t. M. Sacristán, 3ª ed.). México DF: Siglo XXI.
- De Salama, G. A. (1996). *Lógica simbólica y elementos de metodología de la ciencia*. Buenos Aires: Ateneo.
- Diez, J. y Moulines, C. U. (1999). *Fundamentos de filosofía de la ciencia* (2ª ed.). Barcelona: Ariel.
- Elster, J. (2010). *La explicación del comportamiento social, más tuercas y tornillos para las ciencias sociales* (t. H. Pons). Barcelona: Gedisa.
- Ferrater Mora, J. (s. f). *Diccionario de filosofía*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Ferrater Mora, M. y Leblanc, H. (1992). *Lógica matemática*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Finnis, J. (1992). *Ley Natural y Derechos Naturales* (t. C. Orrego S.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Jackson, F. (1994). Armchair metaphysics. En Michael, M. y O'Leary-Howthorne, J. (eds), *Philosophy in Mind* (pp. 23-42). New York: Springer.
- Leiter, B. (2012). *Naturalismo y teoría del Derecho* (t. G. Battista Ratti). Madrid: Marcial Pons.
- Leiter, B. y Etchemendy, M. (2017). Naturalism in Legal Philosophy. En Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/lawphil-naturalism/>
- Lakatos, I. (1989). *La metodología de los programas de investigación científica* (t. J. C. Zapatero). Madrid: Alianza.
- Mosterín, J. (2003). *Conceptos y teorías en la ciencia*. Madrid: Alianza.
- Mosterín, J. & Torreti, R. (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid. Alianza.
- Nino, C. S. (2017). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Papineau, D. (2020). Naturalism. En Zalta, E. N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Stanford University. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/naturalism/>.
- Rodríguez-Blanco, V. (2021). Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el “sentido y propósito” de la acción humana en el derecho *Discusiones*, 26(1).
- Rodríguez-Blanco, V. (2017). Entrevista. *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 1(11), 547-554.
- Rodríguez-Blanco, V. (2010). Objectivity in Law. *Philosophy compass*, 5(3), 240-249.
- Rodríguez-Blanco, V. (2008). Naturalising Jurisprudence: Essays on American legal realism and naturalism in legal philosophy. *Mind*, 117, 1091-1094.
- Rodríguez-Blanco, V. (2007). Is Finnis Wrong? *Legal Theory*, 13, 257-283.
- Rodríguez-Blanco, V. (2006). The Methodological Problem in Legal Theory: Normative and Descriptive Jurisprudence Revisited. *Ratio Juris*, 19(1), 26-54.

Rodríguez-Blanco, V. (2003). A defence of Hart's semantics as nonambitious conceptual analysis. *Legal Theory*, 9, 99-124.

Salmon, W. (1992). Scientific Explanation. En Salmon, W. et al, *Introduction to the Philosophy of Science* (pp. 7-41). Indianapolis & Cambridge: Hackett.

Rodríguez-Blanco sobre el carácter inestable del punto de vista interno

Rodríguez-Blanco on the Instability of the Internal Point of View

Ezequiel Monti*

Recepción: 11/03/2020

Evaluación: 26/04/2020

Aceptación final: 02/05/2020

Resumen: En el artículo publicado en el presente volumen, Verónica Rodríguez-Blanco argumenta que el punto de vista interno hartiano es inestable en la medida que, al centrarse en los estados mentales del agente, solo puede conducirnos a comprender el sentido o propósito de las acciones de un modo accidental. El núcleo del argumento es que el punto de vista interno presupone un enfoque *inward-looking* de la acción y que, para comprender adecuadamente el sentido o propósito de las acciones, es necesario adoptar, en cambio, un enfoque *outward-looking*. En este artículo, sostengo que los argumentos de Rodríguez-Blanco en contra del enfoque *inward-looking* de la acción son insatisfactorios. Argumento, además, que las críticas que dirige a la teoría del punto de vista jurídico de Raz están igualmente desencaminadas, y que su propuesta positiva relativa al rol de las reglas jurídicas en el razonamiento práctico tiene serios defectos.

Palabras clave: punto de vista interno, punto de vista jurídico, normatividad del derecho.

* Profesor Asistente, Universidad Torcuato di Tella (UTDT), Buenos Aires, Argentina.
Correo electrónico: emonti@utdt.edu

Abstract: In her contribution to the present volume, Verónica Rodríguez-Blanco argues that Hart's internal point of view is instable insofar as understanding the mental states of an agent can only lead us to understand the point of her action by accident or sheer coincidence. In a nutshell, the argument is that the internal point of view presupposes an inward-looking approach to action and that, to adequately understand the point of actions, it is necessary to adopt an outward-looking approach instead. In this paper, I argue that Rodríguez-Blanco's arguments against the inward-looking approach to action are unsuccessful. Furthermore, I argue that her criticisms of Raz's legal point of view are equally misguided, and that her own positive account of the role of legal rules in practical reasoning suffers from serious defects.

Keywords: Internal point of view, legal point of view, normativity of Law.

1. Introducción: la crítica de Finnis a Hart y el argumento de Rodríguez-Blanco

En *Natural Law and Natural Rights*, John Finnis argumenta que el enfoque metodológico de H. L. A. Hart debe ser rechazado. Según Finnis, la idea básica del enfoque hartiano es que, a efectos de evaluar qué rasgos del derecho son teóricamente importantes o significativos, debe darse prioridad a las preocupaciones y evaluaciones de quienes adoptan el punto de vista interno. Brevemente, Finnis argumenta que dicho enfoque metodológico es “inestable e insatisfactorio” (Finnis, 1980, p. 13). El argumento, tal como yo lo entiendo, es el siguiente.

Hart distingue, correctamente, entre aquellas personas que adoptan el punto de vista externo, esto es, que consideran que el derecho es prácticamente relevante únicamente en la medida en que existe un riesgo de ser sancionado si uno no actúa como requiere, y aquellas que, en cambio, adoptan el punto de vista interno, esto es, que consideran que las reglas jurídicas constituyen en sí mismas razones para actuar y que consideran que es apropiado exigir a los demás que actúen como requieren así como reprochar a quienes no lo hacen sin excusa ni justificación. Y, también correctamente, Hart otorga prioridad explicatoria al punto de vista interno

sobre el punto de vista externo (Finnis, 1980, p. 12). Sin embargo, exactamente *las mismas razones* que llevan a trazar esta distinción entre el punto de vista externo y el punto de vista interno, dándose prioridad a este último, justifican igualmente trazar distinciones ulteriores entre diversas instancias del punto de vista interno mismo, dándose prioridad a una de ellas. Así, por ejemplo, corresponde distinguir entre quienes aceptan el derecho por razones puramente autointeresadas y quienes lo aceptan porque consideran que tiene autoridad moral (*i. e.* que existe una obligación moral de actuar como requiere) y juzgan que su establecimiento y mantenimiento es una exigencia de justicia. Y está claro, dice Finnis, que el primero constituye una instancia marginal o periférica del punto de vista interno mientras que el segundo es una instancia paradigmática o central, por lo que debe otorgarse prioridad explicatoria a esta última (Finnis, 1980, pp. 14-15). Por ello, concluye Finnis, el enfoque de Hart es *inestable*. Una vez que se rechaza como periférico o marginal al punto de vista externo, ¿por qué no habría de rechazarse como igualmente marginales a variantes del punto de vista interno como la mencionada, dándose prioridad al punto de vista de quienes consideran que el derecho tiene autoridad moral? El enfoque es, además, *insatisfactorio* en la medida que implica negar relevancia teórica a distinciones que cualquier participante reconocería como prácticamente relevantes (por ejemplo: tanto quienes aceptan el derecho por razones puramente autointeresadas como quienes lo aceptan en virtud de su autoridad moral entienden que es una cuestión de suma importancia práctica cuál de estas dos actitudes prácticas se adopta) (Finnis, 1980, p. 13).

En el artículo publicado en el presente volumen, el objetivo declarado de Verónica Rodríguez-Blanco (2021) es explorar esta línea argumentativa en mayor profundidad. Así, sostiene que la crítica de Finnis puede ser reconducida a una más fundamental. Según esta crítica más fundamental, el punto de vista interno hartiano no puede ser utilizado para comprender el propósito (*point*) de las acciones humanas en el contexto jurídico. O, en otros términos, la teoría de Hart está edificada sobre una teoría de la acción falsa, inadecuada o insuficiente. Sería en virtud de este defecto más fundamental que la propuesta metodológica de Hart deviene necesariamente inestable e insatisfactoria. El argumento de Rodríguez-Blanco puede ser reconstruido del siguiente modo:

- (1) Una teoría del derecho adecuada debe ser capaz de comprender las acciones en el contexto jurídico.
- (2) Comprender una acción implica comprender su propósito o sentido (*i. e.* su “*point*”).
- (3) Por lo tanto, una teoría del derecho adecuada debe ser capaz de comprender el propósito o sentido de las acciones en el contexto jurídico [de (1) y (2)].
- (4) El punto de vista interno hartiano se refiere únicamente a los *estados mentales* del agente que guía su conducta en virtud de reglas (sea la regla de reconocimiento o cualquier regla social o jurídica), en particular, a la actitud crítica reflexiva que Hart llama “aceptación”.
- (5) Comprender los estados mentales del agente al realizar una acción no es equivalente a comprender su propósito o sentido. Comprender los estados mentales del agente puede, accidentalmente, llevar a comprender su propósito o sentido. Pero, en ese caso, se trata solo de una coincidencia.
- (6) El punto de vista interno hartiano solo puede llevar a comprender el propósito o sentido de las acciones por accidente. Es, en este sentido, *inestable* [de (4) y (5)].
- (7) Por lo tanto, la teoría del derecho de Hart es inadecuada y debe ser rechazada [de (3) y (6)].

La premisa crucial es (5). Rodríguez-Blanco justifica esta premisa argumentando en contra del enfoque “*inward-looking*” de la acción característico de las teorías que, como la de Donald Davidson, entienden a las acciones intencionales como acciones que son *causadas* por determinados estados mentales del agente (por ejemplo, por sus creencias y deseos o actitudes favorables) (Davidson, 2001, pp. 12-25). La idea es que el punto de vista interno hartiano presupone un enfoque de este tipo; y que, por lo tanto, padece de los mismos defectos. Rodríguez-Blanco defiende, en cambio, un enfoque “*outward-looking*” de la acción, característico de teorías que, como la de Elizabeth Anscombe, sostienen que alguien actúa intencionalmente cuando lo hace por una razón, esto es, un rasgo o propiedad de la acción en virtud del cual (considera que) es bueno o valioso realizarla (Anscombe, 1963).

En lo que sigue, procederé del siguiente modo. En primer lugar, realizaré dos aclaraciones preliminares (sección 2). En este sentido, *i*) introduciré algunas razones para dudar que la reconstrucción que realiza Finnis de la metodología de Hart sea correcta; y *ii*) realizaré algunas observaciones acerca de la conexión entre el argumento de Finnis y el de Rodríguez-Blanco. En segundo lugar, reconstruiré los argumentos centrales de Rodríguez-Blanco en contra del enfoque *inward-looking* de la acción y argumentaré que deben ser rechazados (sección 3). En tercer lugar, criticaré brevemente el argumento de Rodríguez-Blanco en contra de la teoría del punto de vista jurídico de Joseph Raz, cuya noción central es la de enunciados normativos no comprometidos (*detached normative statements*), y a la que Rodríguez-Blanco considera como una alternativa tanto a su propio enfoque metodológico, centrado en el punto de vista deliberativo, como al de Hart, centrado en el punto de vista interno (sección 4). Por último, cerraré realizando algunas observaciones críticas acerca del modo en que Rodríguez-Blanco reconstruye el rol de las reglas jurídicas en el razonamiento práctico (sección 5).

2. Algunas observaciones/advertencias preliminares

Déjenme comenzar por una breve aclaración con relación al modo en que Finnis reconstruye el enfoque metodológico de Hart. Finnis sostiene que Hart otorga prioridad teórica al punto de vista interno (Finnis, 1980, p. 12). Esto implica, dice Finnis, que las preocupaciones y evaluaciones de quienes adoptan el punto de vista interno tienen prioridad al momento de identificar qué rasgos de la práctica jurídica son teóricamente importantes o significativos. Sin embargo, no creo que esta reconstrucción de Hart sea correcta. Es cierto que Hart rechaza el análisis predictivo de las obligaciones porque no reconstruye adecuadamente el punto de vista de interno. Sin embargo, Hart también sostiene enfáticamente que una teoría adecuada del derecho debe hacer justicia a *ambos* puntos de vista (Hart, 2012, p. 91). Una teoría que no permita reconstruir adecuadamente el punto de vista de, digamos, el anarquista que cree que el derecho no es en absoluto vinculante sería igualmente inadecuado. Así, para el teórico hartiano tanto el punto de vista del

aceptante como el del alienado son relevantes a efectos de determinar qué rasgos de la práctica jurídica son teóricamente importantes o significativos. Las preocupaciones y evaluaciones de ambos deben ayudarnos a identificar los rasgos o aspectos importantes y significativos de la práctica.

Es cierto que Hart otorga cierta prioridad al punto de vista interno. En este sentido, Hart sostiene que no es posible que exista derecho a menos que algunas personas (los funcionarios o los jueces) adopten el punto de vista interno con respecto a algunas reglas (la regla de reconocimiento) y, en cambio, es perfectamente posible que exista derecho sin que nadie adopte el punto de vista externo (Hart, 2012, p. 116). Pero esta es una prioridad ontológica, no metodológica.

La segunda aclaración preliminar es la siguiente. Rodríguez-Blanco sostiene que su crítica al punto de vista interno hartiano es un desarrollo, a un nivel más básico, de la crítica de Finnis. Sin embargo, debo confesar que soy incapaz de ver la conexión entre ambos argumentos. Como vimos, el argumento de Finnis es que una vez que uno distingue entre el punto de vista externo y el punto de vista interno debería, por las mismas razones, distinguir entre diversas instancias del punto de vista interno. La metodología de Hart sería inestable precisamente porque realiza la primera distinción, pero se rehúsa a trazar distinciones ulteriores entre diversas instancias del punto de vista interno. La crítica de Rodríguez-Blanco, a primera vista, tiene poco que ver con esta. El argumento de Rodríguez-Blanco es que, en la medida en que se centra exclusivamente en los estados mentales de los agentes, el punto de vista hartiano carece de los elementos necesarios para comprender adecuadamente las acciones de los agentes en el contexto jurídico. Rodríguez-Blanco también afirma que la teoría de Hart es, por ello, inestable. Pero la inestabilidad a la que se alude es, aparentemente, de un carácter completamente diferente. El punto de vista interno hartiano sería inestable porque solo accidentalmente puede conducir a comprender el propósito o sentido de las acciones en el contexto jurídico. Esto, a primera vista, no tiene mucho que ver con la inestabilidad que denuncia Finnis. En todo caso, sería bueno que Rodríguez-Blanco clarificara explícitamente este punto.

3. Los argumentos de Rodríguez-Blanco contra el enfoque de la acción que subyace al punto de vista interno hartiano

Como mencioné en la introducción, la tesis central de Rodríguez-Blanco es que el enfoque metodológico de Hart, centrado en la noción de punto de vista interno, es inestable en la medida en que comprender los estados mentales de los agentes solo puede llevarnos a comprender el sentido o propósito de sus acciones de un modo accidental. El núcleo del argumento es que el punto de vista interno hartiano presupone un enfoque *inward-looking* de la acción y que, para comprender adecuadamente el sentido o propósito de las acciones, es necesario adoptar, en cambio, un enfoque *outward-looking*. Rodríguez-Blanco introduce tres argumentos centrales que intentan demostrar la falsedad, inadecuación o limitaciones del enfoque *inward-looking* de la acción, a saber, el argumento de las cadenas causales desviadas (sección 3.2), el argumento de la memoria (sección 3.3) y el argumento de la transparencia (secciones 3.4. y 3.5). Aquí argumentaré que ninguno de estos argumentos es exitoso.

3.1. Introducción al enfoque *inward-looking*

La idea básica de los enfoques *inward-looking* es que las acciones intencionales deben ser analizadas en términos de los estados mentales que las explican. De acuerdo a este enfoque, una acción es intencional precisamente porque es explicada de cierta manera por estados mentales de cierto tipo. La teoría causal es probablemente la teoría más famosa en esta línea. Sintéticamente, de acuerdo a la teoría causal de la acción:

Teoría Causal de la Acción: A ϕ a intencionalmente si y solo si:

- (i) A cree que realizando ϕ realizará ψ ;
- (ii) A tiene una *actitud favorable* hacia ψ ; y
- (iii) Los estados mentales (i) y (ii) *causan* que A ϕ e.

3.2. El argumento de las cadenas causales desviadas

Uno de los argumentos centrales de Rodríguez-Blanco en contra de la teoría causal de la acción es el de las cadenas causales desviadas. La idea es que hay casos en que las tres condiciones (i)-(iii) están satisfechas, pero en los que, intuitivamente, no diríamos que la persona en cuestión actuó intencionalmente. Considérese el siguiente ejemplo:¹

El Montañista: Un montañista quiere dejar caer a su compañero, a quien sostiene con una soga, porque de ese modo se libraría del peso correspondiente (de lo contrario, existe un alto riesgo de que ambos terminen cayendo). Cree que, si abre ligeramente su mano, aflojando de ese modo su agarre de la soga, dejará caer a su compañero. Este conjunto de creencias y deseos lo pone nervioso, lo que causa que abra ligeramente la mano, dejando caer a su compañero.

La creencia y el deseo del montañista causaron que abra la mano y suelte a su compañero, pero, intuitivamente, nadie diría que el montañista abrió la mano o dejó caer a su compañero *intencionalmente*. El no *decidió* abrir la mano y dejarlo caer: fueron sus nervios.

Los defensores de la teoría causal de la acción reconocen que este es un problema serio.

Una solución sería sustituir (iii) por:

(iii*) Los estados mentales (i) y (ii) *causan, de un modo apropiado*, que $A \varphi$.

La idea es, entonces, que, aunque los estados mentales del montañista causan que abra ligeramente la mano, no lo hacen del modo apropiado: se trata de una cadena causal desviada. Pero, por supuesto, esta respuesta es incompleta. Debería proporcionarse un conjunto de criterios que nos permitan distinguir entre cadenas causales apropiadas y desviadas de un modo que no sea *ad hoc* (esto es, no debe ser el caso que los criterios estén moti-

¹ El ejemplo es de Davidson. Véase Davidson (2001, p. 73). Rodríguez-Blanco proporciona, además, un ejemplo análogo en el contexto jurídico (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 3).

vados solo a efectos de evitar los contraejemplos). Rodríguez-Blanco parece suponer, empero, que este desafío no puede responderse adecuadamente.

Hasta aquí, entonces, el argumento de Rodríguez-Blanco. Tengo mis dudas acerca de que la teoría causal de la acción no tenga nada que ofrecer para distinguir entre cadenas causales desviadas y apropiadas. Pero aquí me centraré en otra cosa. Ciertamente, Hart adopta un enfoque *inward-looking* de la acción en la medida que reconstruye el punto de vista interno en términos de los estados mentales (aceptación) del agente. Pero, hasta donde yo sé, en ningún momento se compromete con una teoría *causal* de la acción. Es perfectamente compatible con la teoría hartiana la adopción de un enfoque *inward-looking* no causal. Considérese, por ejemplo:

Teoría Inward-Looking No-Causal de la Acción: A ϕ intencionalmente si y solo si:

- (i) A cree que se obtiene un hecho H;
- (ii) A cree que H cuenta en favor de realizar ϕ (o: A tiene una actitud favorable hacia ϕ en virtud de H); y
- (iii) Los estados mentales (i) y (ii) *explican no causalmente* que A ϕ .

Esta teoría es *inward-looking* en la medida en que se centra en estados mentales. Pero no es causal y, por ende, no está expuesta al argumento de las cadenas causales desviadas. El montañista no actúa intencionalmente porque, aunque los estados mentales explican por qué el montañista abrió la mano, lo hacen de un modo causal antes que no-causal. Así, la crítica de Rodríguez-Blanco solo se aplica a la teoría causal de la acción, pero no a otras teorías *inward-looking* que son igualmente compatibles con el enfoque hartiano.

3.3. El argumento de la memoria

Rodríguez-Blanco (2021, sección 2) presenta de un modo sucinto un segundo argumento en contra del enfoque *inward-looking*. Este es un argumento intrigante basado en algunos famosos (e igualmente intrigantes) pasajes de Ludwig Wittgenstein (1967, § 645 y ss.). Hay aquí, creo, tres objeciones relacionadas. La idea es que, si tener una intención es tener un estado mental, entonces:

- i. Uno debería ser capaz de recordar ese estado mental y reflexionar sobre él; pero no somos capaces de recordar un estado mental de “intentar” o “tener la intención” que sea independiente de nuestros otros pensamientos, emociones, etc., al realizar la acción.
- ii. Las intenciones tendrían, como los estados mentales, un comienzo y un fin determinados; pero esto es implausible. Por ejemplo: ¿cuándo, precisamente, termina mi intención de escribir este comentario? ¿Cuándo empiezo a escribirlo? ¿Cuándo escribo la última letra? ¿Cuándo lo imprimo?
- iii. Muchas veces interrumpimos una acción intencional y luego la continuamos. Si las intenciones fueran estados mentales, parece que para retomar una acción intencional que había iniciado antes debería recordar o retomar el estado mental en el que estaba inicialmente. Pero esto es implausible: “una intención puede ser llevada a cabo en cualquier momento, pero un estado mental puede olvidarse o desaparecer por completo” (Rodríguez-Blanco, 2014, p. 44).

Estas observaciones son, creo, aproximadamente correctas e iluminadoras. Sin embargo, el enfoque *inward-looking* no está necesariamente comprometido con la tesis de que las intenciones son estados mentales distintos e independientes. Según el enfoque *inward-looking*, alguien actúa intencionalmente cuando sus acciones son explicadas de cierta manera por sus estados mentales. No necesita postular que hay un estado mental que se corresponda con la “intención”. Consideremos los dos enfoques *inward-looking* que examiné hasta ahora. No afirman que hay un estado mental de “tener la intención” además o por encima de las creencias y actitudes favorables del agente. Tampoco dice que tener esos estados mentales es suficiente para tener la intención. Uno actúa intencionalmente solo cuando esos estados mentales explican nuestra acción de una determinada manera. Por lo tanto, nuevamente, aunque estas críticas sean adecuadas, Hart no está necesariamente comprometido con una teoría de la acción que sea vulnerable a ellas.

3.4. El argumento de la transparencia

Un tercer argumento de Rodríguez-Blanco (2021, sección 3) en contra del enfoque *inward-looking* es el siguiente. Cuando un agente delibera acerca de qué hacer no examina sus propios estados mentales, no examina sus creencias y actitudes, sino que examina el mundo, examina qué hechos se obtienen y qué cuenta a favor o en contra de tal o cual acción. Lo mismo sucede cuando le preguntamos a alguien por qué está haciendo lo que está haciendo: no responderá apelando a sus estados mentales sino a los hechos que (a su juicio) justifican actuar como está actuando. Supongamos que Juan entra a una habitación, ve a una serpiente venenosa, y sale corriendo. Nosotros lo vemos salir corriendo de la habitación y le preguntamos por qué corre. Su respuesta no será en términos de sus creencias y actitudes. Nos dirá que está corriendo porque hay una serpiente venenosa en la habitación (no que está corriendo porque cree que hay una serpiente venenosa y tiene una actitud desfavorable hacia las serpientes venenosas o algo de ese estilo). De hecho, tenemos un conocimiento no observacional (no basado en evidencia alguna) de que actuamos intencionalmente y de las razones por las que actuamos. No necesitamos considerar nuestros estados mentales para saber si estamos actuando intencionalmente o las razones por las que estamos actuando. Basta con que consideremos los hechos externos que son razones para actuar como estamos actuando. En este sentido, mi creencia de que estoy actuando intencionalmente por determinadas razones es *transparente*.

La idea de transparencia relevante aquí puede explicarse del siguiente modo. Consideremos el sentido en el que las creencias son transparentes. La idea es que, desde la perspectiva de primera persona, tratamos de manera idéntica a las preguntas “¿Creo que está lloviendo?” y “¿Está lloviendo?”. Para determinar si creo que está lloviendo, miro a través de la ventana, no considero mis estados mentales. La pregunta teórica acerca de mis estados mentales es deferida a la pregunta deliberativa acerca de lo que debo o he de creer. La idea es que las razones para la acción son transparentes en el mismo sentido: desde la perspectiva de primera persona, tratamos de manera idéntica a las preguntas “¿Por qué razones estoy actuando?” y

“¿Qué razones cuentan a favor de hacer lo que estoy haciendo?”. La pregunta teórica acerca de las razones que me motivan a actuar es deferida a la pregunta teórica acerca de lo que debo o he de hacer.

De nuevo, creo que todo esto es aproximadamente correcto. La pregunta es qué se sigue exactamente respecto al enfoque *inward-looking*. En *Law and Authority Under the Guise of the Good*, Rodríguez-Blanco argumenta que la explicación naif de la acción, esto es, la explicación desde el punto de vista deliberativo en términos de las características en virtud de las cuales es bueno o valioso realizar la acción, tiene *prioridad* sobre la explicación teórica de la acción en términos de los estados mentales del agente. O, en términos ligeramente distintos, sostiene que la primera explicación es parasitaria o depende de la primera (Rodríguez-Blanco, 2014, caps. 5 y 6).

En un sentido, esto es correcto. Los agentes actúan en virtud de hechos del mundo que, a su juicio, cuentan a favor de realizar las acciones que realizan. La explicación teórica intenta describir este fenómeno desde un punto de vista de tercera persona. Y, para ello, debe apelar a determinada reconstrucción de cómo se ve el mundo desde la perspectiva deliberativa del agente cuya acción se está explicando.

Pero nada de esto implica que el enfoque *inward-looking* sea falso, incorrecto o inadecuado. Simplemente muestra que las dos explicaciones, desde el punto de vista deliberativo en términos de las características en virtud de las cuales es bueno o valioso realizar la acción, y desde el punto de vista teórico en términos de estados mentales, no son explicaciones alternativas y excluyentes. Son, por el contrario, complementarias.

Más aún, que las explicaciones teóricas en términos de estados mentales dependan de este modo de las explicaciones desde el punto de vista deliberativo no implica que las primeras sean *innecesarias*. Son, por el contrario, un complemento necesario de las segundas. Ello se pone claramente de manifiesto cuando los agentes actúan por razones que, en realidad, no tenían. Esto es, cuando actúan en virtud de que creen que existe un hecho que cuenta a favor de realizar una acción, pero, en realidad, dicho hecho no existe o no cuenta efectivamente a favor de la acción. Supongamos que la serpiente que Juan creyó ver en la habitación era, en realidad, un juguete. Cuando Juan nos dice que está corriendo porque hay una serpiente vene-

nosa en la habitación, nosotros, que conocemos que la serpiente era de juguete, comenzamos a reírnos. Cuando Juan cuenta la anécdota en la cena no dirá que salió corriendo porque había una serpiente. Esa explicación ya no está disponible porque, de hecho, no había ninguna serpiente. Para que una explicación sea adecuada sus premisas deben ser verdaderas. Juan dirá, en cambio, que salió corriendo porque *creía* que había una serpiente, esto es, apelará a sus estados mentales, antes que al mundo. No tendrá, en efecto, otra explicación disponible.

Ahora supongamos que queremos explicar por qué Juan salió corriendo sin comprometernos con la existencia de la serpiente. Entonces, nuevamente, no nos queda otra opción que explicar su acción en virtud de sus creencias y actitudes antes que en virtud de como él mismo hubiera explicado su acción en el momento en que estaba realizándola, esto es, en términos de serpientes en lugar de creencias acerca de serpientes. Esto podría explicar por qué Hart, cuya pretensión consistía en construir una teoría del derecho que haga justicia tanto al punto de vista externo como al interno, se limita a explicar las acciones en el contexto jurídico en términos de estados mentales.

3.5. Transparencia y privilegio epistémico del punto de vista deliberativo

¿Pero no hay un costo a pagar por esta neutralidad? Rodríguez-Blanco sugiere que sí. Así, sostiene que las explicaciones teóricas en términos de estados mentales son, en algún sentido, menos ricas o deficientes desde el punto de vista epistémico. Son varias las consideraciones que Rodríguez-Blanco realiza en este sentido. Déjenme centrarme en dos que están relacionadas:

- a. Primero, Rodríguez-Blanco sostiene que hay límites a la teorización del punto de vista deliberativo, esto es, que hay un aspecto interno de la acción guiada por razones que no puede ser adecuadamente capturado por las explicaciones en términos de estados mentales.

- b. Segundo, Rodríguez-Blanco sugiere que la descripción que realiza el propio agente acerca de las razones en virtud de las cuales actúa tiene una autoridad epistémica especial y privilegiada (precisamente porque las razones son transparentes desde el punto de vista deliberativo).

Comencemos por (a). Las consideraciones que introduce Rodríguez-Blanco para sustentar esta tesis son extremadamente débiles. De hecho, entiendo que la tesis exactamente opuesta es correcta:

Tesis de la traducción: Para toda acción intencional, es posible “traducir” su explicación desde el punto de vista deliberativo en términos de las características que hacen que sea valioso o bueno realizarla, a una explicación en términos de los estados mentales del agente.

La idea es básicamente la siguiente. Consideremos una acción cualquiera, por ejemplo, el pago del alquiler de Juan. Si le preguntamos a Juan por qué está pagando el alquiler, responderá que lo paga porque había prometido que lo haría y es bueno cumplir con las promesas. Ahora podemos traducir esta explicación en términos de las características que hacen valioso que Juan pague el alquiler a una explicación en términos de los estados mentales de Juan. Simplemente decimos que Juan pagó el alquiler porque creía que lo había prometido y porque creía que es bueno cumplir con las promesas. Esta segunda explicación, es cierto, depende de la primera. Pero no parece que haya ninguna pérdida en la traducción. ¿O sí? Si no la hay en este caso, ¿hay alguna otra acción cuya explicación deliberativa no pueda ser traducida a una explicación teórica sin pérdida? Eso es, creo, lo que Rodríguez-Blanco debería mostrar.

Pasemos, ahora, a (b). Rodríguez-Blanco sugiere que la descripción del propio agente de las razones por las que actúa es epistémicamente privilegiada. Esto es lo que subyace a la *why-question methodology*. De hecho, a veces sostiene (siguiendo algún pasaje de Anscombe) que el problema es, simplemente, controlar que la descripción del agente sea sincera (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 2). Esto sugiere, a su vez, que el agente es infa-

libre acerca de las razones por las que actúa. Se trata, creo, de un error. En particular, es un error inferir de:

- (1) Los agentes tienen un conocimiento no observacional o no basado en evidencia de las razones por las que actúan (esto es, las razones por las que actúan les son transparentes a los agentes).

que:

- (2) Por lo tanto, los agentes tienen conocimiento infalible o un acceso epistémicamente privilegiado a las razones por las que actúan.

Es posible que Juan crea sinceramente que pagó el alquiler porque lo había prometido y es bueno en sí mismo cumplir con las promesas pero que, en rigor, lo que efectivamente explica (desde el punto de vista deliberativo) el hecho de que haya pagado el alquiler haya sido que, de otro modo, la persona a quien le prometió se habría enojado y habría dejado de confiar en él. Juan forma la creencia de que paga el alquiler porque lo prometió de modo no observacional: simplemente examina qué cuenta a favor de qué (en este caso, el hecho de haber prometido pagar el alquiler cuenta a favor de pagarlo). Pero ello no implica que no pueda estar equivocado. Aunque sinceramente crea que cumplir con las promesas es intrínsecamente valioso, y aunque sinceramente crea que esa es la razón por la que paga el alquiler, es posible que lo que efectivamente está guiando su conducta sea otra cosa. Este es, asumo, un fenómeno psicológico familiar. Muchas veces repasamos lo que hicimos y nos damos cuenta que lo que efectivamente guiaba nuestras acciones no era lo que nosotros creíamos que nos guiaba al momento de realizarlas. En este sentido, debemos distinguir entre las razones que motivan al agente, esto es, las razones que el cree que guían su acción al momento de realizarlas, de las razones que efectivamente explican su accionar, las que efectivamente lo guían. Por supuesto, el agente debe estar *aware* de las razones que efectivamente lo guían (*i. e.* debe estar *aware* de que la persona se enojará) y debe creer que efectivamente cuentan a favor de hacer lo que hace. Por ello, Anscombe y Rodríguez-Blanco tienen razón al sostener que si alguien contesta que no estaba *aware* de que estaba

haciendo algo, entonces, no estaba haciéndolo intencionalmente. Pero no es necesario que, además, el agente esté *aware* de que esas son las razones que efectivamente lo guían (*i. e.* de que actúa *porque* la persona se enojará).

3.6. Algunas observaciones adicionales sobre los supuestos defectos epistémicos del punto de vista interno hartiano

Rodríguez-Blanco realiza dos observaciones adicionales sobre los defectos epistémicos del punto de vista interno hartiano que, creo, vale la pena comentar brevemente.

En primer lugar, afirma que, de acuerdo a Hart, la acción (o el sentido o propósito de la acción) es capturada por un observador externo a través del siguiente mecanismo. Se observa que el agente sigue un patrón de conducta de crítica a las desviaciones de la regla y, de ello, se infiere que acepta dicha regla como un estándar de conducta. Esto es, por supuesto, un error. Alguien puede criticar las desviaciones de la regla por una multitud de razones que no tienen nada que ver con su aceptación de la regla. Pero no creo que esa sea una reconstrucción adecuada de la posición de Hart. Hart explícitamente sostiene que no basta con que alguien exija a otros que actúen conforme a la regla y que los reproche si no lo hacen para considerar que acepta la regla en el sentido relevante. Es necesario que considere que el hecho de que la regla requiere una acción es una razón para realizarla y que las demandas y reproches referidos son apropiados o legítimos.² Y en

² Así, por ejemplo, al explicar el aspecto interno de las reglas, Hart sostiene que los jugadores de ajedrez: “tienen una actitud crítica reflexiva hacia este patrón de conducta [de mover a la reina de determinada manera]: lo consideran como un estándar para todos los jugadores. No solo cada uno mueve la reina de determinada manera, sino que también tiene una opinión formada acerca de la corrección de que todos muevan la reina de esa manera. Esas opiniones se manifiestan en la crítica a otros y en las demandas de conformidad dirigidas a otros [...] y en el reconocimiento de la legitimidad de esas críticas y demandas cuando son realizadas por otros” (Hart, 2012, p. 57).

Este pasaje, y otros similares que aparecen a lo largo del libro, dejan en claro que una cosa es la *actitud de aceptación* (considerar que la regla es un estándar de conducta para el grupo) y otra cosa es la *manifestación externa* de esa actitud en las demandas y críticas a otros, así como en el reconocimiento público de la legitimidad de esas demandas y críticas.

ningún momento afirma que la única evidencia relevante para determinar si esta es efectivamente la actitud que tiene una persona hacia la regla sea su patrón de crítica a la conducta de los demás. Hay una multitud de elementos de prueba que deberían considerarse.³

En segundo lugar, Rodríguez-Blanco sostiene que, de acuerdo a la metodología de Hart, no podemos distinguir entre sistemas jurídicos malvados y benevolentes o que dicha distinción es irrelevante. Pero esto es simplemente falso y no entiendo por qué Rodríguez-Blanco afirma tal cosa. ¡Por supuesto que la metodología de Hart permite distinguir entre sistemas jurídicos buenos y malos! ¡Y por supuesto que la distinción importa!

³ Así, por ejemplo, Hart sostiene que: “La evidencia de que tales acciones [en las que las personas hacen lo que la regla requiere sin antes pensar en ella] son genuinas aplicaciones de la regla es el contexto en el que ocurren [...] El *más importante* de estos factores contextuales [...] es que *si* nuestra conducta fuera desafiada estaríamos dispuestos a justificarla invocando la regla; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no solo en nuestra reconocimiento de ella y en nuestra conformidad con ella (tanto pasada como subsiguiente), sino también en nuestra crítica a las desviaciones de ella (tanto propias como ajenas). En base a evidencia como esa *u otra similar*, podemos concluir que si [...] nos hubieran preguntado qué era correcto hacer y por qué, habríamos, de ser honestos, invocado la regla en respuesta” (Hart, 2012, p. 140).

Nótese que Hart identifica aquí otros elementos de prueba además de la existencia de un patrón de conducta de crítica a las desviaciones de la regla (por ejemplo, la disposición a invocar la regla en caso de desafío) y que constantemente aclara que los elementos de prueba a los que se refiere no son exhaustivos (“el más importante”, “evidencia como esa u otra similar”) ni necesariamente concluyente (“podemos”). Asimismo, Hart explícitamente reconoce que es perfectamente posible que la evidencia relevante sugiera que alguien acepta la regla, aunque no lo haga realmente. Así, inmediatamente aclara que: “Esto no quiere decir que la simulación no sea posible y a veces exitosa. Los tests para determinar si alguien meramente simuló *ex post facto* haber actuado en base a la regla son, como todos los tests empíricos, inherentemente fallibles” (Hart, 2012, p. 140). Estos pasajes revelan, creo, que la posición de Hart es que la determinación de si alguien acepta realmente una regla o meramente simula hacerlo es una cuestión epistemológica compleja, en la que deben sopesarse elementos de prueba de diversa índole, sin que ninguno de ellos sea necesariamente concluyente, y en la que, por más cuidadosos que seamos, siempre es posible que arribemos a conclusiones equivocadas. Esta es, creo, una imagen muy distinta de la que sugiere Rodríguez-Blanco.

4. Sobre la crítica de Rodríguez-Blanco al punto de vista normativo no comprometido de Raz

Rodríguez-Blanco considera brevemente el punto de vista jurídico de Raz como una alternativa metodológica tanto al punto de vista deliberativo (porque, a diferencia de este, no implica compromisos normativos) como al punto de vista teórico hartiano (porque, a diferencia de este, no se refiere a los estados mentales de los agentes, sino que es normativo, esto es, se refiere a lo que los agentes tienen razón para hacer).

La objeción de Rodríguez-Blanco a esta alternativa está fundada, creo, en un error de interpretación. Rodríguez-Blanco comienza analizando el siguiente famoso ejemplo de Raz:

Mi amiga vegetariana: Ezequiel es omnívoro. No cree que haya ninguna razón para abstenerse de comer carne. Sin embargo, le dice a su amiga vegetariana, Verónica, que no debería comer ese sándwich porque tiene carne.

Este es un fenómeno cotidiano y familiar. Es, empero, difícil de explicar. ¿Cómo puede ser que Ezequiel le diga a Verónica que debería abstenerse de comer el sándwich porque tiene carne cuando él no cree que el hecho de que tenga carne sea una razón para no comerlo?

La explicación, dice Raz, es la siguiente. Ezequiel está afirmando que Verónica no debería comer el sándwich de un modo no comprometido, esto es, desde el punto de vista del vegetarianismo. Así, está afirmando que Verónica debería abstenerse de comer el sándwich, bajo el presupuesto de que el vegetarianismo es verdadero, pero sin comprometerse con que, efectivamente, el vegetarianismo sea verdadero.

Rodríguez-Blanco proporciona, empero, una explicación alternativa del mismo fenómeno familiar. Ezequiel está afirmando que, efectivamente, Verónica debería abstenerse de comer el sándwich. Esto es compatible con que Ezequiel sea omnívoro. Lo que Ezequiel cree es que el hecho de que el sándwich tenga carne es una razón para que los vegetarianos como Verónica no lo coman. El razonamiento sería algo así: *i*) el hecho de que el sándwich tenga carne es una razón para que los vegetarianos se abstengan

de comerlo; *ii*) Verónica es vegetariana; por lo tanto, *iii*) Verónica debería abstenerse de comer el sándwich.

Sin embargo, hay dos razones para dudar de la explicación alternativa que proporciona Rodríguez-Blanco. En primer lugar, (i) es una razón muy peculiar. ¿Por qué habría de creer que los vegetarianos tienen una razón para no comer carne? Por supuesto, ellos *creen* que tienen una razón para no comer carne. Pero están equivocados. ¿Es el vegetarianismo auto-validante de modo que quienes creen que tienen razón para no comer carne hacen verdadera su creencia al formarla? Por supuesto, quizás si Verónica sabe que el sándwich tiene carne, puede que tenga una razón para no comerlo, porque lo contrario mostraría debilidad de la voluntad o algo así. Pero, en el ejemplo, Verónica ignora que el sándwich tiene carne; es por eso, precisamente, que Ezequiel le advierte. Por supuesto, Ezequiel cree que tiene una razón para advertirle que el sándwich tiene carne. Quizás quiere evitarle la frustración que sentirá cuando se entere o simplemente quiere ayudarla a vivir de acuerdo a sus ideales. Pero estas son razones para que Ezequiel le advierta a Verónica que el sándwich tiene carne, no son razones para que Verónica se abstenga de comerlo.⁴

En segundo lugar, hay una forma muy simple de testear los méritos de ambas explicaciones y que, a mi juicio, muestra la superioridad de la explicación de Raz. Supongamos que Ezequiel dijera lo siguiente: “No deberías comer ese sándwich porque tiene carne. Aunque, la verdad, está tan delicioso que deberías probarlo”. Rodríguez-Blanco debería concluir que Ezequiel está haciendo afirmaciones contradictorias, a saber, que Verónica debe y no debe probar el sándwich. Pero no parece haber nada problemático en lo que dice Ezequiel. Y Raz puede explicar por qué. El primer enunciado es desde el punto de vista del vegetarianismo; asumiendo que el vegetarianismo es verdadero, Verónica no debe comer el sándwich porque tiene carne. El segundo enunciado es comprometido, sin presupuestos. La expresión “la verdad” funciona, precisamente, para marcar que se está abandonando el supuesto que subyacía a la primera oración.

Rodríguez-Blanco argumenta en contra de la interpretación de Raz apelando a un segundo ejemplo:

⁴ Véase Raz (1999, p. 176).

Director de una clínica de eutanasia Nazi: Stangl acaba de ser nombrado director de una clínica de eutanasia Nazi. Las prácticas de los Nazis en la clínica le parecen moralmente repugnantes. Pero cree que el derecho Nazi tiene autoridad legítima. Stangl le pide un consejo a su amigo Ezequiel. Ezequiel, a diferencia de Stangl, no cree que el derecho Nazi tenga autoridad legítima. Y, dado el carácter repugnante de las prácticas de los Nazis, cree que Stangl debe renunciar inmediatamente. Sin embargo, le responde que debe seguir siendo director de la clínica (Rodríguez-Blanco, 2021, sección 3).

Rodríguez-Blanco sugiere que, en este caso, a diferencia de lo que sucedía en el caso de la amiga vegetariana, la respuesta de Ezequiel es ininteligible. En el caso de la amiga vegetariana la afirmación de Ezequiel era inteligible, precisamente, porque era plausible sostener que creía que era valioso que los vegetarianos se abstengan de comer carne, aunque los demás no tengamos ninguna razón para hacerlo. Pero aquí una interpretación similar estaría fuera de lugar: no es plausible sostener que Ezequiel cree que los que creen que el derecho Nazi tiene autoridad legítima, tiene la obligación de actuar como requiere, aunque no tenga de hecho autoridad legítima para los demás. Pero Raz, sugiere Rodríguez-Blanco, no puede explicar por qué la respuesta de Ezequiel es problemática. Después de todo, es cierto que, desde el punto de vista del derecho Nazi, Stangl debe permanecer en el cargo. El caso es, en este aspecto, exactamente análogo al de la amiga vegetariana.

Sin embargo, Raz puede perfectamente explicar este sentido de extrañeza. Los enunciados normativos no comprometidos, efectivamente, no sirven para dar consejos, salvo que se los combine con premisas normativas comprometidas. Raz nunca sostuvo lo contrario. Raz nunca sostuvo que Ezequiel, en el ejemplo, estuviera aconsejando a su amiga vegetariana que se abstuviera de comer el sándwich. ¡Por el contrario! Como vimos, Ezequiel podría perfectamente aconsejarle que lo coma de todas maneras. En cambio, Ezequiel está simplemente *informándole* a Verónica qué debería hacer, bajo el presupuesto de que el vegetarianismo es verdadero. Esto es lo que genera la extrañeza en este caso. Stangl está pidiendo a Ezequiel un consejo. Y, por supuesto, al simplemente decirle lo que debería hacer, asumiendo que el derecho Nazi tiene autoridad legítima, Ezequiel no le está dando ningún consejo. Necesita referirse a lo que efectivamente debe

hacer Stangl, no simplemente a lo que debe hacer desde tal o cual punto de vista. Y, por supuesto, Ezequiel debería aconsejarle que renuncie a la clínica dadas las aberraciones que allí se cometen.

5. Rodríguez-Blanco acerca del rol de las normas jurídicas en el razonamiento práctico: algunas observaciones críticas

El hecho de que las críticas que Rodríguez-Blanco dirige al punto de vista interno hartiano sean inadecuadas no implica que no haya nada que objetar a la teoría de Hart. De hecho, Rodríguez-Blanco tiene razón al sostener que deberíamos examinar el rol que el derecho desempeña en el razonamiento práctico de quienes lo aceptan en mucho mayor detalle que lo que lo hace el propio Hart. También tiene razón al sostener que el no-cognitivismo de Hart es un serio obstáculo para dicho análisis y que la tesis de Hart de que puede aceptarse el derecho por cualquier tipo de razón (e incluso sin razón alguna) es falsa. Pero esto, creo, no tiene nada que ver con la idea de punto de vista interno o con el hecho de que Hart explique las acciones en el contexto jurídico en términos de los estados mentales de los agentes.

Por su parte, el análisis que la propia Rodríguez-Blanco realiza del rol que desempeña el derecho en el razonamiento práctico es, creo, igualmente insatisfactorio. Para Rodríguez-Blanco, muy sintéticamente, los agentes guían su conducta de acuerdo a reglas jurídicas: (i) en virtud de las razones que las fundamentan (*i. e.* sus *grounding reasons*), esto es, porque reconocen que se trata de reglas buenas o valiosas; y/o (ii) porque reconocen que es bueno o valioso tener autoridades jurídicas (satisfechas determinadas condiciones), incluso si esta regla en particular no es buena o valiosa (Rodríguez-Blanco, 2014, cap. 8).

Pero ninguna de estos fundamentos explica adecuadamente por qué las reglas jurídicas constituirían razones para la acción. En primer lugar, el hecho de que sea valioso o bueno tener autoridades jurídicas es una razón para contribuir a su formación y preservación, pero no es una buena razón para actuar como requieren. Por lo tanto, (ii) es irrelevante para explicar la fuerza normativa de las reglas dictadas por las autoridades jurídicas.

En segundo lugar, las razones que justifican o fundamentan una regla no necesariamente constituyen características en virtud de las cuales es bueno o valioso actuar como requiere. Considérese:

Prohibición de la prostitución consentida: Supongamos que pagar por sexo (*i. e.* por estipulación, prostituir a alguien) está moralmente permitido siempre y cuando la persona a quien se paga para tener sexo (*i. e.* quien se prostituye) consiente válidamente; pero que, en cambio, cuando la persona que se prostituye no consiente válidamente, prostituirlo es moralmente aberrante. Podríamos adoptar una regla jurídica que prohíba solo lo segundo. Pero muchas veces es difícil probar que la persona prostituida efectivamente estaba ejerciendo la prostitución contra su voluntad, por lo que, dado los altos estándares de prueba del derecho penal, la mayoría de las personas que tienen sexo con prostituta/os que están ejerciendo la prostitución contra su voluntad quedarían libres. Una posible solución sería prohibir tanto la prostitución consentida (*i. e.* prostituir a alguien que consiente válidamente) como la no consentida (*i. e.* prostituir a alguien que no consiente válidamente), aun reconociendo que, independientemente del derecho, la primera no es moralmente reprochable. Esto reduciría sustancialmente los casos de prostitución no consentida.

Este es un argumento posible para justificar la prohibición de la prostitución consentida. Pero los hechos que justifican prohibirla no son características en virtud de las cuales sea valioso abstenerse de pagar por sexo con el debido consentimiento.

En tercer lugar, aun cuando los hechos que justifican adoptar la regla sean, a su vez, características en virtud de las cuales es valioso actuar conforme a la regla, ello no es suficiente para que la regla sea en sí misma una razón para actuar. Las características en virtud de las cuales es valioso adoptar la regla son también características en virtud de las cuales es valioso actuar conforme a la regla. Pero esas características existen independientemente de la regla: ¿en qué cambia la situación normativa ahora que la regla requiere que realicemos esa acción que era independientemente valiosa?

Por último, hay una suposición común pero errónea que subyace al argumento de Rodríguez-Blanco. Ella sostiene, correctamente, que para que una

persona guíe su conducta en virtud de reglas jurídicas debe considerar que es bueno o valioso actuar conforme a ellas. Sugiere, además, que ello implica que las reglas son obligatorias, en la medida en que lo son, porque es bueno o valioso actuar como requieren. Esto, empero, no se sigue. Es posible, en efecto, que las reglas sean obligatorias en virtud de otras consideraciones, que no tienen nada que ver con que sea bueno o valioso realizar la acción requerida. Y que sea bueno actuar conforme a las reglas precisamente porque son obligatorias y no que las reglas sean obligatorias porque es bueno actuar conforme a ellas. Esto es, creo, fundamental para entender el modo en que las reglas jurídicas constituyen razones para la acción. Pero el desarrollo de este punto debe esperar, me temo, a otra ocasión.

Bibliografía

- Anscombe, G. E. M. (1963). *Intention* (2ª ed.). Cambridge MA: Harvard University Press.
- Davidson, D. (2001). Action, Reason, and Causes. En Davidson, D. *Essays on Actions and Events* (2ª ed., pp. 12-90). Oxford: Oxford University Press.
- Davidson, D. (2001). Freedom to Act. En Davidson, D., *Essays on Actions and Events* (2ª ed., pp. 59-74). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez-Blanco, V. (2021). Rastreando las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el “sentido y propósito” de la acción humana en el derecho. *Discusiones*, 26(1).
- Rodríguez-Blanco, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Oxford: Hart Publishing.
- Wittgenstein, L. (1967). *Philosophical Investigations*. Oxford: Basil Blackwell.

Enfrentándome a mí misma: réplicas a Natalia Scavuzzo, Alejandro Guevara Arroyo y Ezequiel Monti

*Facing Myself: Answers to Natalia Scavuzzo,
Alejandro Guevara Arroyo and Ezequiel Monti*

Verónica Rodríguez-Blanco*

Recepción: 20/02/2021

Evaluación: 25/02/2021

Aceptación final: 25/02/2021

Resumen: en este ensayo, respondo a una serie de comentarios y críticas a mi artículo “Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el ‘sentido y propósito’ de la acción humana en el derecho” formulados por Natalia Scavuzzo, Ezequiel Monti y Alejandro Guevara Arroyo. Los autores discuten y formulan preguntas importantes en relación a la naturaleza y carácter de la acción humana y la metodología de la filosofía del derecho.

Palabras clave: teoría de la acción humana, Wittgenstein y la naturaleza del Derecho, metodología del caso central, H. L. A. Hart, John Finnis y Elizabeth Anscombe.

* Catedrática de Filosofía Política, Moral y Legal, Centro de Filosofía del Derecho, University of Surrey, Guildford, Reino Unido. Correo electrónico: v.rodriguez-blanco@surrey.ac.uk. El material de este trabajo se basa en mi artículo “Tracing Finnis’s criticism of Hart’s Internal Point of View: Instability and the ‘Point’ of Human Action in Law”, en *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, forthcoming. Mi pro-fundo agradecimiento a Nelson Tepedino y Gabriela Scataglini por la cuidadosa traducción del presente texto.

Abstract: I advance a number of responses to Natalia Scavuzzo's, Alejandro Guevara Arroyo's and Ezequiel Monti's comments and criticisms on my paper "Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el 'sentido y propósito' de la acción humana en el derecho". The authors raise important questions on the nature of human action and the methodology of legal philosophy.

Keywords: theory of human action, Wittgenstein and the nature of law, central case methodology, H.L.A Hart, John Finnis and Elizabeth Anscombe.

Es un placer haber leído las críticas tan sutiles e inteligentes de jóvenes investigadores, quienes prometen llevar la filosofía del derecho en Argentina y el mundo a una nueva era de altura intelectual. Me siento, pues, muy privilegiada de estar en este espacio y haber aprendido tanto. No hay mejor manera de honrar el pensamiento que imbuirse en una conversación crítica en busca de la verdad.

Trato de responder y reflexionar sobre los puntos y argumentos más importantes esgrimidos por Natalia Scavuzzo, Ezequiel Monti y Alejandro Guevara Arroyo, pero mis respuestas son deficientes en ocasiones, pues es claro que se abren puertas muy interesantes para indagar más profundamente sobre puntos álgidos y desacuerdos sustantivos.

1. Respuestas a las críticas formuladas por Natalia Scavuzzo

Scavuzzo hace una interesante exploración con relación a la conexión entre la teoría hartiana de la práctica social y la teoría wittgensteiniana de la filosofía del lenguaje. Como ella misma lo señala, no es del todo clara la influencia que tuvo Wittgenstein sobre Hart y esta es un área con una multiplicidad de interpretaciones e interesantes controversias. Hay una serie de contribuciones significativas con relación a esta coyuntura, pero, a mi parecer, un análisis justo y balanceado al respecto, iría más allá del ámbito de la presente discusión.

En la segunda parte de su artículo, Scavuzzo analiza mi artículo “Peter Winch and HLA Hart: Two Concepts of the Internal Point of View” (Rodríguez-Blanco, 2007a), en el cual señalo, que debemos distinguir entre el punto de vista del participante, y el punto de vista práctico. Así, si hablamos de razones para la acción, pareciera que el punto de vista del participante no es lo suficientemente robusto como para establecer la conexión necesaria entre el agente y las razones para la acción. Como lo demuestro en mi libro *Law and Authority Under the Guise of the Good* (Rodríguez-Blanco, 2014 [2017]), las razones para la acción pertenecen al ámbito de la razón práctica y la teoría de la acción. Teorías adecuadas en ambos campos nos ayudan a esclarecer cómo las razones prácticas operan en la deliberación del agente y permiten la multiplicidad de acciones que ejecutamos en el ámbito del derecho. En el citado artículo (Rodríguez-Blanco, 2007a), señalo que Hart yerra en explicar el carácter de las razones para la acción en el ámbito jurídico. Sin embargo, Scavuzzo señala que identifico la falla de Hart como una falla en términos de una explicación de la obligatoriedad. Señala:

(es)... extraño sostener que “falla”, es decir que tiene la intención de hacer cierta cosa o alcanzar cierto resultado pero no logra hacerlo. Los autores (Rodríguez-Blanco, Perry, Raz, Dworkin) parecen asumir una intención no expresada por Hart de resolver el conocido problema de si hay o no una obligación de obedecer el derecho (Scavuzzo, 2021, sección 5).

En mis obras, he dejado en claro, en numerosas ocasiones, que mi estudio sobre la razón práctica en el derecho no se centra en la importante pregunta sobre la obligatoriedad del derecho. Quizás, debo admitirlo, hay una cierta ambigüedad en mis primeros artículos. Sin embargo, en mi obra posterior, se deja claro que la pregunta por la normatividad del derecho debe conectarse a una explicación relacionada con las razones para la acción y la razón práctica, pero tales explicaciones no nos conducen a inferencias con respecto a la noción de la obligatoriedad del derecho.¹

¹ Recientes contribuciones sobre la obligatoriedad del derecho, incluye la obra de Stefano Bertea (Bertea, 2019). Nótese que mi rechazo a la idea de inferir un concepto de obligatoriedad a partir de la teoría de la acción de Anscombe y de la razón práctica tiene su raíz

Comparto con Scavuzzo la idea de que la práctica social es fundamental para comprender el punto de vista interno, o más bien, lo que yo llamo el punto de vista de quien delibera o el de la primera persona. Scavuzzo nos reitera que el contexto de la práctica es esencial para comprender el punto de vista interno. Estoy de acuerdo con ella, pero también necesitamos precisar y analizar lo que entendemos por práctica social y por punto de vista interno.

A mi juicio, debemos resistir la tendencia de pensar que cuando presento mi análisis de la primera persona o de quien delibera, y del punto de vista práctico, y el fin de la acción como “características de lo bueno”, v. g. lo valioso, lo que vale la pena, estamos refiriéndonos a algo que puede fácilmente representarse y articularse claramente. Es decir, que tenemos ideas preconcebidas y claras sobre lo bueno y valioso, que las mismas son objetivas. Por el contrario, aprendemos de ellas en los juegos de lenguaje y las formas de vida imbuidas de valor, de algo que “vale la pena”. Esta característica institucional y social es explicada con gran riqueza en el artículo “On Brute Facts” escrito por Elizabeth Anscombe (Anscombe, 1958b) y el cual Zambrano y yo utilizamos para mostrar cómo lo inteligible, lo bueno, lo que vale la pena está inmerso en nuestras prácticas sociales (Rodríguez-Blanco, 2018). Sin embargo, el hecho de que lo inteligible, lo bueno, lo que vale la pena esté inmerso en nuestras prácticas sociales no lo hace una mera convención o un mero acuerdo. Más aún, tampoco lo hace un hábito, una simple repetición de acciones, una práctica sin reflexión o pensamiento.² También creo que hay que evitar la idea de que cuando actua-

en la pregunta: ¿cómo concebir la noción de obligatoriedad bajo teorías de inspiración Aristotélica como la de Anscombe? La pregunta es importante, pero es un territorio delicado que requiere de un análisis cuidadoso y detallado. Véase la obra de Bernard Williams (Williams, 1993), quien se esfuerza en distinguir la moralidad kantiana con un fuerte énfasis en la noción de obligación y la ética Aristotélica, con énfasis en lo ‘bueno’ y valorativo. Véase también Anscombe (1958a).

² En el pensamiento de Cavell (1979) se ve claramente este punto de vista. Cavell nos dice que el gran mensaje de la obra *Investigaciones filosóficas* (Wittgenstein, 1953 [2009]) es que debemos evitar la idea de que detrás del uso de las palabras que denotan lo mental como ‘intención’, ‘creer’, hay un evento privado que solo el hablante puede conocer y acceder. Esta es la fantasía del lenguaje privado. Pero el rechazo de esta fantasía, no nos lleva a decir que el significado de tal vocabulario mental es determinado por un acuerdo, o una convención

mos de conformidad con una característica de lo bueno, de lo valioso, de lo que vale la pena, esta caracterización sea de conformidad con un objetivo último y claro. También debemos resistir la idea de que estamos eligiendo, en el sentido volitivo por un lado, o reflexionando y sopesando por otro, previo a la elección. Me he afanado en evitar la idea de que poseer razones es un acto de sopesar. Por el contrario, poseer razones para la acción y, por lo tanto, considerar que algo ‘vale la pena’, o tiene una característica de lo bueno, puede originarse en *la manera de interactuar social* que aprendemos no solo como niños, sino *constantemente*. Pero ello no implica que sea un mero hábito y que no haya pensamiento que actúa como una comadrona en el proceso de deliberación de la acción práctica. La razón práctica no es un “*know how*” como se ha entendido con connotación habitual y sin representación. Verdaderamente, no hay una representación teórica, pero hay pensamiento sobre lo que deseamos, sobre lo bueno, lo valorativo.

Así, voy a intentar una nueva estrategia para clarificar lo que quiero expresar. Aristóteles usa la analogía del arte u oficios manuales o prácticos a fin de explicar la deliberación práctica, y su relación con el deseo, y lo valorativo. Imaginemos, pues una carpintera “Aurora”, quien desea hacer una mesa. Las técnicas de carpintería las aprendió en su infancia, con su madre, y después las perfeccionó haciendo muchas mesas con su propia manera de entender la decoración en madera, las diferentes formas de mesa, los detalles y acabados finales. En una ocasión específica, Aurora piensa qué mesa ha de hacer. El cliente ha expresado su preferencia por una mesa redonda y grande para usar con amigos, pero también versátil para poder trabajar. Aurora piensa sobre el material adecuado, para hacer la mesa cómoda, no costosa y versátil. Diseña la mesa con unos detalles apropiados, compra y elige la madera perfecta, comienza a trabajar y piensa cómo refinar su técnica para hacer una mesa de conformidad con lo deseado y exigido. Si seguimos la estructura de la razón práctica, no diríamos que en cada movimiento físico de su acción, Aurora piensa en las características de lo

o el mero uso. Ciertamente, la riqueza del pensamiento que incorpora un vocabulario mental, se apoya en significados compartidos y aprendidos, pero eso no quiere decir que no hay algo que podríamos llamar ‘mi pensamiento’ y mis maneras de comprenderme, y formas de tratar de que los otros me reconozcan, o me evadan. Son los juegos del lenguaje que Cavell llama “*acknowledgement and avoidance*”.

bueno, pero si *imaginariamente* alguien le preguntara, podríamos decir que ella podría articular por qué hace lo que hace. No es que la estructura de la razón práctica se revele a través de la reflexión y articulación, pero se afirma que ella sabe lo que hace y por qué. Esto sustituye la inteligibilidad y la finalidad de su acción de hacer una mesa. Podemos encontrar una característica de lo bueno que da inteligibilidad a las acciones de Aurora. Recordemos: esto es solo una analogía. Las acciones humanas *intencionales* confrontan múltiples situaciones de gran complejidad, pero la posición que deseamos ilustrar es que causamos nuestras propias acciones intencionales porque sabemos, de manera transparente, qué y por qué estamos haciendo lo que efectivamente estamos haciendo. No decimos que la acción de Aurora, vista desde la perspectiva de la tercera persona es una interpretación. Más bien decimos que posee una estructura que se nos es inteligible porque compartimos una forma de vida.

Vamos a retornar al Hart de Scavuzzo, quien asevera que para Hart hay una práctica intersubjetiva, pues hay una práctica común y pública. Sin embargo, cuando me refiero al modelo hartiano en términos de actos mentales, no rechazo la posibilidad de intersubjetividad. La intersubjetividad es el resultado de creencias comunes con relación a la aceptación de las normas/reglas. He demostrado en mi libro (Rodríguez-Blanco, 2014 [2017]), a través de un análisis textual de la obra de Hart, que las creencias son entendidas como estados mentales. ¿Cuál sería pues la interpretación alternativa? Scavuzzo parece indicarnos que la noción wittgensteiniana podría dar anclaje a una visión alternativa. Mi duda en emplear el andamiaje wittgensteiniano se fundamenta en la idea de que la noción hartiana de “aceptación” pierde toda fuerza. Aceptación *à la* Wittgenstein se revela en la acción, en el seguir la regla y en el estar inmerso en los juegos de lenguaje. Como Stephen Mulhall (2001) lo ha demostrado en su interpretación de la obra de Wittgenstein (1953 [2009]), en Wittgenstein no hay interpretación, ni estado intermediario. Pero el actuar mismo, bajo esta interpretación del modelo wittgensteiniano, es precisamente aceptación. ¿Por qué Hart, si este es el modelo adecuado, se refiere explícitamente a una “aceptación”? Más aún, ¿por qué la “aceptación” es necesaria solo para algunos, los oficiales, y no para todos los ciudadanos si es un juego de lenguaje compartido? Todo el aparato hartiano pierde sentido bajo este esquema.

Más aún, si simplemente participamos de los juegos de acción y lenguaje, entonces no se puede hablar de intersubjetividad, pues ello nos llevaría de nuevo al modelo de estados mentales. Ha de haber una subjetividad para encontrar intersubjetividad, diría yo, ¿o no?

2. Respuestas a las críticas formuladas por Alejandro Guevara Arroyo

Guevara Arroyo nos señala que “la metodología de la teoría del derecho trata sobre los procedimientos y criterios por medio de los cuales se logra que una cierta propuesta de concepto de derecho pueda ser considerada correcta o adecuada” (2021, sección 2). A partir de esto, Guevara Arroyo traza la subyacente concepción metodológica propuesta en mi artículo “Is Finnis Wrong?” (Rodríguez-Blanco, 2007). Así, en el mismo se explica el “caso central” o “foco central” como una metodología que intenta demarcar entre casos marginales del derecho y casos no-marginales o centrales. Correctamente, Guevara Arroyo señala que en mi obra el caso central es el punto de vista del agente práctico que delibera, quien ve el fin de la acción como algo valioso, que vale la pena, o algo bueno. En otras palabras, lo ve bajo la “aparición del bien”. Así, apelo a la filosofía de la acción de Anscombe (1957 [2001]) para explicar este punto de vista central o focal. Guevara Arroyo elabora una reconstrucción meta-teórica sobre el concepto de derecho propuesto en mi obra. El punto de partida de Guevara Arroyo es que hay dos elementos en todo concepto, los cuales son intensión y extensión. La primera se define por un conjunto de propiedades y relaciones, la segunda por aquello que cae bajo el concepto. Guevara Arroyo también nos dice que la corrección o validez de un concepto científico clasificatorio puede ser analizado desde la perspectiva de dos aspectos centrales: el problema del realismo de las propiedades, y el de la arbitrariedad de la clasificación. El primer problema se relaciona con las propiedades señaladas en la intensión del concepto las cuales están presentes en los individuos que pertenecen al conjunto de la extensión. El aspecto crucial que Guevara Arroyo desea establecer se ejemplifica en el siguiente párrafo:

para sustentar su corrección, validez o adecuación material, los conceptos necesariamente han de apelar a teorías e hipótesis que no son ni conceptos clasificatorios ni sistemas clasificatorios. Las relaciones metodológicas que se presentan entre las teorías e hipótesis explicativas y los mentados conceptos son variadas, pero aquí lo que quiero dejar sentado es que la corrección material de los conceptos clasificatorios parece parasitaria del estatus epistémico de teorías y modelos explicativas que son mucho más que aquellas (Guevara Arroyo, 2021, sección 4.2)

A partir de este marco, Guevara Arroyo formula dos preguntas centrales, (a) ¿Es que acaso hay una analogía entre el concepto de derecho y los conceptos científicos clasificatorios entendidos en su específica relación con las teorías explicativas? (b) ¿Cómo mi metodología puede justificar la adecuación material de un cierto concepto de derecho? El autor ve la justificación epistémica como fundamental. Acertadamente, Guevara Arroyo señala que los participantes de la práctica no siempre comparten todas las propiedades de la intensión del concepto (Rodríguez-Blanco, 2007). Sin embargo, asevera que estos conceptos son efectivamente conceptos clasificatorios; no obstante, el problema genuino emana con la corrección material del concepto.

Más aún, Guevara Arroyo sugiere los siguientes comentarios críticos. Para él, existe una tensión entre mi artículo “A Defence of Hart’s Semantics as Non-Ambitious Conceptual Analysis” (Rodríguez-Blanco, 2003) y mi obra posterior. En ese artículo interpreto que el método utilizado por Hart es el de análisis conceptual no ambicioso. Me apoyo en la concepción de Jackson con relación a una aproximación al análisis conceptual, la cual se vislumbra como más fructífera. Así, el teórico puede desarrollar un concepto basado en las intuiciones y teorías “folk” de los hablantes, sin embargo, esta es una aproximación modesta, pues solo esculpe un aspecto metafísico del concepto. El análisis conceptual encuentra un límite y consideraciones empíricas pueden jugar un rol importante a fin de revisar nuestro análisis conceptual inicial. De conformidad con Guevara Arroyo, hay una tensión entre este artículo y su posición con respecto al análisis conceptual no ambicioso y mi obra posterior. Sin embargo, en el artículo mencionado solo reconstruyo la metodología de Hart y sugiero una interpretación que considero más fructífera y con mayor poder explicativo. Mi

obra posterior, especialmente mi libro (Rodríguez-Blanco, 2014 [2017]), intenta avanzar una teoría de la normatividad y autoridades jurídicas, y la metodología del caso central se asume como implícita, pero se elabora de manera más sofisticada y detallada que en la obra de Finnis, pues hay un desarrollo completo de la noción de razón práctica que corre paralela a las ideas de intención y razones para la acción.

Guevara Arroyo insiste en el problema de la corrección del concepto, que a mi parecer es una pregunta importante. Sin embargo, la manera en que se formula su solución me parece problemática. La solución de Guevara Arroyo sería la siguiente:

... se formula una potente teoría explicativa, llamémosle ϵ , que establece sólidas leyes sociales sobre el funcionamiento del Derecho en buena parte del mundo. Esta utiliza un concepto γ de Derecho, bastante distinto α_1 . Como si fuera poco, la existencia de las propiedades señaladas en la intención de γ puede ser explicada a partir de potentes programas científicos δ , conectándolas con propiedades más profundas del mundo (v.g. mecanismos neuro-psicológicos presentes en los humanos) (Guevara Arroyo, 2021, sección 5).

Se llama α_1 el concepto propuesto por mi metodología, es decir, la metodología del caso central o focal, el cual es el caso en el que el agente se imbuje en la deliberación práctica. Los otros casos son identificados con relación a este caso central o focal a manera de “ semejanza ” (Rodríguez-Blanco, 2007). Para Guevara Arroyo, no podemos justificar la aseveración de que el nuevo concepto de derecho γ no ha superado los problemas y limitaciones del concepto propuesto por mi metodología, α_1 . El nuevo concepto γ no es arbitrario y sus propiedades existen realmente. Así, nos reitera Guevara Arroyo, no tenemos ninguna ventaja al insistir que α_1 resulta en conformidad con la naturaleza del derecho. ¿Por qué no decir que tal teoría ϵ ha revelado el verdadero concepto de derecho? ¿Por qué no es una respuesta sólida a qué es el derecho? Guevara Arroyo acepta que la metodología finniciana (Finnis, 1980) y mi propia propuesta (Rodríguez-Blanco, 2007) revelan cosas interesantes del mundo social, pero asevera que no es solo a través de este concepto que se da respuesta al problema de la naturaleza del derecho.

Creo que hay una equivocación con la formulación de Guevara Arroyo con respecto al proyecto trazado tanto por mí, como por Finnis. La propuesta es la siguiente. El método del caso central no es el único método y concepto para desentrañar la naturaleza del derecho. He argumentado en mi libro (Rodríguez-Blanco, 2014 [2017]) que el punto de vista de la razón práctica provee una prioridad conceptual y lógica, a partir de la cual cualquier otra explicación del derecho ha de depender. Me he referido a esta posición en términos de una concepción “*naïve*”, en oposición a una posición teórica, epistémica, ontológica o científica. Si hay explicaciones científicas *no reductivistas* y exitosas, las mismas han de explicar nuestras prácticas, las cuales he tratado de demostrar son inevitablemente valorativas. En otras palabras, la compleja fenomenología de lo que hacemos en las prácticas normativas características del derecho, que van desde encarcelar a presos, proteger derechos humanos, reformular conceptos de libertad, permitir y proteger nuevas prácticas sexuales, permitir y proteger nuevas prácticas de posesión de nuestro cuerpo, por mencionar a unas pocas, son la fenomenología esencial que debemos comprender, para poder continuar haciéndolas, mejorándolas, comprendiéndolas, explicándolas. Por supuesto, si la explicación es científica y reductivista, entonces nuestras concepciones máspreciadas, por ejemplo la de que el agente ‘x’ es responsable por el asesinato de tal persona y ha de ser castigado, pierden todo sentido. Esto no quiere decir que no hay espacio para nuevos descubrimientos neurocientíficos que nos fuercen a re-evaluar nuestras prácticas y lo que consideramos valioso y bueno. Sin embargo, como lo han demostrado filósofos en el área (Pardo, 2015), estos descubrimientos dependen de cómo demarcamos las prácticas. Hay espacio para una visión no reductivista, pero lo único que he tratado de argumentar es que no podemos perder de vista la fenomenología primaria de cómo vivimos nuestras prácticas sociales. En el nuevo mundo teórico de Guevara Arroyo queda la duda si la explicación es identificable como una explicación de la acción *humana*.

3. Respuestas a las críticas formuladas por Ezequiel Monti

Monti comienza su reflexión con una pregunta clarificadora que me ayuda a esclarecer mi motivación y el argumento central esgrimido en mi artículo “Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el ‘sentido y propósito’ de la acción humana en el derecho” (Rodríguez-Blanco, 2021). Monti expresa sus dudas de que mi crítica a Hart esté conectada con la crítica formulada por Finnis en el capítulo primero de su libro *Natural Law and Natural Rights* (Finnis, 1980). Para Monti, la crítica de Finnis a Hart se limita a establecer la idea de que la teoría de Hart, y específicamente el llamado “punto de vista interno”, no puede demarcar un límite al tipo de punto de vista interno, al cual el participante de la práctica jurídica toma como central. Así, una vez que aceptamos que el participante de la práctica jurídica asume el punto de vista interno, pareciera, de conformidad con Finnis, arbitrario señalar que el punto de vista interno no puede ser moral. En otras palabras, la crítica de Finnis se limitaría a decir: “al decir que hay un punto de vista interno, admitimos que puede haber una multiplicidad de puntos de vista internos, y por supuesto el más importante de todos, sería el punto de vista ético”. La siguiente metáfora nos ilumina el punto: si usted deja salir al genio de la botella, no puede controlar su rol. En este caso el genio de la botella sería el “punto de vista interno”. Entiendo que la crítica de Finnis se centra en la vaguedad y la necesidad de aclarar el “punto de vista interno”. Es un punto iluminador, sin embargo, el mismo Finnis, no desarrolla detalladamente y propiamente una teoría³ que nos permitiría entender *qué* es el punto de vista interno y *por qué ha de expandirse a un punto de vista ético*. Asumir que la crítica es simplemente un problema de hasta dónde podemos extender lo “interno” nos llevaría a argumentos *petitio principii*. Así, los hartianos afirmarían que el punto de vista interno adquiere forma y significación dentro de la práctica jurídica misma. Los teóricos no-hartianos, como Finnis, afirmarían que se trata de incorporar la dimensión evaluativa y de cómo la incorporamos (Dickson,

³ En una serie de importantes ensayos escritos a lo largo de su carrera académica explora qué es la intención y la noción la aplica a problemas álgidos como la teoría de la responsabilidad extracontractual (véase especialmente la parte tercera de sus obra editada [Finnis, 2011]).

2001). En el caso de los primeros, se está asumiendo que el derecho es fundamentalmente una práctica social, en el caso de los segundos, se está dado por sentado que el derecho ha de incorporar una perspectiva ética. A mi juicio, esta simplificación del argumento no nos llevaría a ningún progreso teórico. En contraste, veo mi contribución como una expansión de la crítica de Finnis a fin de evitar argumentos *petitio principii*, es decir, caer en la falacia de tomar como punto de partida precisamente la premisa que queremos demostrar. En Rodríguez-Blanco (2021) deseo mostrar que debemos recurrir a la teoría de la acción a fin de elucidar la manera como actuamos y como seguimos las normas jurídicas, y de esta forma elucidar qué exactamente debemos entender por el llamado “punto de vista interno”. La idea es que reflexiones y escudriñamientos sobre las teorías de la acción, nos hagan explícito lo que está implícito en la obra hartiana y la crítica de Finnis. Mi esperanza es que al final de la reflexión, el lector haya adquirido claridad sobre por qué el “punto de vista interno” no puede dar estabilidad y por lo tanto el participante de la práctica jurídica, armado con el punto de vista interno hartiano, no puede distinguir entre sistemas jurídicos benevolentes y malvados, algo que todos nosotros podemos hacer ordinariamente y sin ningún esfuerzo.

Así, asumo que la defensa de una teoría de la acción adecuada nos puede mostrar que cuando actuamos siguiendo una norma jurídica, cuya estructura es sostenida por razones para la acción, estamos actuando de conformidad con una descripción de lo bueno o valorativo, visto desde el punto de vista del agente que realiza la acción. Esta perspectiva es primaria y primitiva, de conformidad con la fenomenología y lenguaje de nuestras acciones intencionales. De conformidad con Monti, mi argumento se puede reducir a lo siguiente: “El punto de vista hartiano sería inestable porque solo accidentalmente puede conducir a comprender el propósito o sentido de las acciones en el contexto jurídico. Esto, a primera vista, no tiene mucho que ver con la inestabilidad que denuncia Finnis” (Monti, 2021, sección 2). Si el “punto de vista interno” *à la* Hart es una aceptación formulada como un conjunto de creencias concebidas como estados mentales, entonces se podría concluir que la dimensión valorativa, *v. g.* lo bueno, lo correcto, lo valioso, lo malévolo, lo pernicioso, en tales creencias no juegan *ningún rol* en la determinación de la regla a seguir y sus razones

subyacentes. Es por eso que Finnis afirma que el participante hartiano no puede distinguir un régimen benevolente de un régimen malévolo, pues para Hart, señalo en mi artículo (Rodríguez-Blanco, 2021), la aceptación de la regla desde el punto de vista interno, es simplemente una creencia y por tanto, un estado mental que el teórico de la acción *atribuye* al participante.⁴ Por supuesto, afirmo en mis estudios sobre el tema, esta explicación teórica juega un rol importante, y Monti también lo reconoce, sin embargo no es una función central o primaria. Tampoco, a mi juicio, es “complementaria”, como Monti asevera. Mi argumento es que la explicación de la acción en términos de la primera persona o la perspectiva deliberativa es *primaria o central*. Quiero decir, las razones para la acción, para el agente que delibera, están concatenadas con otras razones, y al final de este proceso deliberativo, el agente encuentra su acción inteligible debido a que ve el fin de la acción como algo “bueno” o “valioso”. Así, lo valorativo está en el centro de la acción y juega un rol central. Este fin disfrazado como algo “bueno” que ve el actor da inteligibilidad a toda la acción. Así, por ejemplo, el agente al parar su vehículo frente al semáforo rojo, presiona el freno *a fin de* parar el vehículo, y para el vehículo *a fin de* obedecer la señal de tránsito, y obedece la señal de tránsito *a fin de* no chocar con otros vehículos

⁴ Es interesante que Monti utiliza una combinación de la metodología anscombiana de la pregunta “por qué” para elucidar la estructura de la acción intencional. Pero, por otro lado, confusamente, acepta la teoría davidsoniana de la acción, en términos de creencias vistas como estados mentales. Nótese que para Davidson (Davidson, 1963) la manera de elucidar la acción intencional es a través de la interpretación caritativa. Así, asumimos que los actores son racionales y les atribuimos deseos y creencias como razones primarias para la acción. En otras palabras, para Davidson, es desde el punto de vista teórico o de la tercera persona que atribuimos al agente la descripción intencional de la acción.

Lamentablemente, Monti no aclara por qué se desvía de la manera davidsoniana de entender y atribuir estados mentales. A mi juicio, aceptar la metodología anscombiana de “por qué”, nos lleva a un territorio distinto del de la explicación teórica, pues nos adherimos a la explicación del agente que delibera. También he de aclarar que su propuesta de una teoría de los estados mentales que no es causal me parece interesante, pero no desarrollada, y por razones comprensibles debido al espacio limitado de la presente discusión. Si no es causal, entonces ¿cómo los actos mentales producen el movimiento de mi cuerpo? Podríamos decir que la conexión es racional, pero ahora nos estamos acercando a la teoría de la acción de Anscombe, por no mencionar a Kant. Más aún, ¿por qué insistiríamos en llamarlos estados mentales si la conexión es racional? Las ventajas empíricas de la teoría davidsoniana se perderían.

o atropellar a los peatones que cruzan la calle. Este último fin “visto como bueno” ilumina y da sentido al resto de las acciones, es decir al presionar el freno, parar el vehículo, etc. ¿Por qué el rol de esta descripción es primaria y no complementaria?, se puede preguntar el lector. Lo cóncavo y lo convexo son complementarios, porque al combinar una figura cóncava con una figura convexa podemos observar que hay un enaltecimiento de las características de cada figura geométrica, la cóncava y la convexa. Por el contrario, he intentado demostrar, que la explicación de la acción en términos de la “aparición del bien” es primaria y *naïve* con respecto a la explicación teórica, por lo siguiente. La explicación teórica debe *rastrear* la estructura de concatenación de las razones como son vistas y descritas por el agente, si tal explicación desea capturar la acción intencional del participante jurídico, quien sigue las normas jurídicas. La prueba del éxito de la explicación teórica es si refleja, o más bien es un espejo o representación certera de lo que agente hizo *tal y como como es concebido por ella*. La explicación teórica explica lo que el agente hizo, pero lo que el agente hizo es determinado por lo que ella deliberó y la manera como ella concibe la acción. Aclaremos este punto con el ejemplo dado por Monti. Así, Juan se aterroriza y sale de la habitación corriendo al ver una serpiente. Sus amigos se ríen, nos dice Monti, pues no es una serpiente real, es simplemente un juguete. Monti nos dice que durante la cena Juan explicó que confundió la serpiente de juguete con una serpiente real. Monti añade:

Ahora supongamos que queremos explicar por qué Juan salió corriendo sin comprometernos con la existencia de la serpiente. Entonces, nuevamente, no nos queda otra opción que explicar su acción en virtud de sus creencias y actitudes antes que en virtud de como él mismo hubiera explicado su acción en el momento en que estaba realizándola, esto es, en términos de serpientes en lugar de creencias acerca de serpientes. Esto podría explicar por qué Hart, cuya pretensión consistía en construir una teoría del derecho que haga justicia tanto al punto de vista externo como al interno, se limita a explicar las acciones en el contexto jurídico en términos de estados mentales (Monti, 2021, sección 3.4)

Pero ¿por qué hemos de explicar la acción de Juan sin comprometernos con la existencia de la serpiente? Juan diría: “salí corriendo porque había una serpiente, las serpientes son venenosas y les tengo miedo”. En su deliberación, es valioso preservar la vida, evitar cosas peligrosas. Por supuesto, después de salir corriendo y al ver que era un juguete, puede decir: “Ah, me equivoqué en mi acción, pues la serpiente era realmente un juguete”. *No es cierto que su intención es equivocada*, al actuar intencionalmente trataba de evitar la mordedura de la serpiente. Su error no es en la intención, sino en las circunstancias de la acción. Pero no necesitamos el marco de la teoría de los estados mentales para comprender la inteligibilidad de la acción de Juan y su error. Si siempre racionalizáramos las acciones en términos de estados mentales y las capturáramos como racionalizaciones, no habría espacio para el error, el perdón, la culpa, el arrepentimiento. Precisamente, la existencia de la serpiente, apreciada como real y peligrosa, nos permite decir que la acción fue intencional. La premura de Juan en salir del cuarto no fue algo meramente accidental y el modelo de la “apariencia del bien” nos hace tal acción inteligible y los errores palpables a efectos de la responsabilidad y culpabilidad. Si Juan destroza la serpiente-juguete podemos comprender por qué lo hizo y podemos excusarlo o justificarlo.

Pero imaginemos un escenario alternativo. Juan sabía que la serpiente era un juguete y sale corriendo, durante la cena nos cuenta que lo hizo para que sus amigos se rieran. Pero imaginemos que como filósofos le atribuimos una racionalización *entre el* tiempo de la acción y antes de cenar, cuando la información sobre la intención de Juan se nos hace palpable. Explicamos la acción a través de la atribución de la creencia de estar en presencia de una serpiente y el deseo de evitar ser mordido por la serpiente. Sin embargo, sabemos que esta no era la intención de Juan. ¡Su intención era gastarnos una broma! Así, el modelo de atribución de estados mentales falla si ignora el punto de vista del agente o de quien delibera.

En algún punto, Monti argumenta que la tesis de la acción en términos de la apariencia del bien es primaria, pero nos dice, que la explicación en términos de estados mentales compite con la misma, pues al utilizar la explicación en términos de creencias, no perdemos nada en la traducción (Monti, 2021, sección 3.5). En su ejemplo, Juan pagó el alquiler porque es bueno cumplir con las promesas, pero también podemos decir Juan pagó la

renta porque “cree que debe cumplir sus promesas y cree que ha hecho una promesa”. Sin embargo, argumento, precisamente, la explicación última es inteligible *porque depende de la primera*, es decir, sabemos que Juan pagó el alquiler para cumplir su promesa y cumplir promesas es algo bueno *para Juan*. Este punto confirma la primacía del modelo de la “apariencia del bien”. Debemos señalar, que este no es explicativo como el modelo mental o teórico, pero más bien es *naïve* o primitivo porque se centra en la inteligibilidad desde el punto de vista del agente que delibera. Es primitivo en el sentido básico de cómo experimentamos nuestras acciones en el mundo.

Supongamos el siguiente ejemplo. No sabemos nada sobre Juan. En la noche temprano, estamos sentados frente al edificio donde vivimos, Juan es nuestro vecino y vemos su figura en la noche. Observamos que coloca un cheque por debajo de la puerta de la encargada del edificio, quien colecta las rentas cada mes. Precisamente, es el día del pago mensual de la renta por parte de todos los inquilinos. Davidson nos dice que a fin de entender la acción debemos presumir la racionalidad caritativa y atribuir al agente creencias y deseos que van a explicar la acción. Así, inferimos que Juan paga la renta porque “cree que ha prometido pagar la renta cada mes”, y “desea cumplir con sus promesas”. Sin embargo, Juan sufre de sonambulismo y esa noche al entregar el cheque lo hizo como sonámbulo. El resultado es que la acción atribuida como estado mental no corresponde a la acción intencional. El argumento es que solo al indagar sobre su acción desde el punto de la primera persona como agente que delibera podemos hacer inteligible la acción de Juan y entender que no actuó intencionalmente, más bien estaba en estado de sonambulismo. El modelo anscombiano nos permite delimitar acciones intencionales y no intencionales, pero también nos permite darle inteligibilidad a la acción, *v. g.*, nos es inteligible que Juan paga la renta y cumple su promesa porque *él* lo ve como algo valioso o bueno.

Finalmente, he de señalar, que en ninguna parte asevero que de lo bueno se sigue lo obligatorio. A Monti le preocupa lo siguiente con respecto a lo valorativo y lo obligatorio:

Ella sostiene, correctamente, que para que una persona guíe su conducta en virtud de reglas jurídicas debe considerarse que es bueno o valioso actuar conforme a ellas. Sugiere además que ello

implica que las reglas son obligatorias, en la medida en que lo son, porque es bueno o valioso actuar como requieren. Esto, empero, no se sigue. Es posible, en efecto, que las reglas sean obligatorias en virtud de otras consideraciones, que no tienen nada que ver con que sea bueno o valioso realizar la acción requerida (Monti, 2021, sección 5).

Sin embargo, he de aclarar que ni en mi libro, ni en mi artículo objeto de discusión, asumo que de lo valioso se infiere lo obligatorio. Más aún en un *symposium* publicado sobre mi libro, donde autores comentaron sus argumentos, Webber se pregunta si a partir de mis argumentos se puede inferir la obligatoriedad. En mis réplicas rechacé de manera categórica la conexión.⁵

Considero que la pregunta sobre lo obligatorio en el ámbito del derecho es central y muy importante, pero no creo que una teoría de la acción con relación a 'la apariencia' del bien sea lo suficientemente iluminadora al respecto.

Creo que Monti y yo estamos de acuerdo en un número sustantivo e importante de puntos y argumentos. No obstante, he querido enfatizar las diferencias con la esperanza de continuar la discusión entre ambos, pero también para invitar a otros interlocutores a continuar indagando en estos temas.

⁵ En el *symposium* de mi libro *Law and Authority Under the Guise of the Good*, cuyo título es: "The Why-Question Methodology, The Guise of the Good and Legal Normativity" (Rodríguez-Blanco, 2017), le respondo a Webber de la siguiente manera: "*Law and Authority* does not aim to show the way law is connected to the common good generating the obligatoriness of law. This has masterfully been done by John Finnis's *Natural Law and Natural Rights*. The aim of the book was to focus attention on the structure of practical reason and to engage in an analysis of *how* the law intervenes and participates in the practical reasoning and action of the addressees of the law when *it already does so*. I argue that an explanation of how this happens is an explanation of the normativity of law. The normativity of law is an explanation of how we engage and use reasons for actions and I try to show that reasons for actions are necessarily connected to values and are the grounding of legal directive and legal rules. I do not engage in an explanation of legal obligation and the word 'obligation' does not appear in the entire text, apart from some occasions, where I discuss what other authors have said about it, e.g. Austin, Hart, Raz".

Bibliografía

- Anscombe, E. (1957 [2001]). *Intention*. Oxford: Blackwell.
- Anscombe, E. (1958a). Modern Moral Philosophy. *Philosophy*, 33(124), 1-19.
- Anscombe, E. (1958b). On Brute Facts. *Analysis*, 18(3), 69-72.
- Berteaux, S. (2019). *A Theory of Legal Obligation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cavell, S. (1979). *The Claim of Reason: Wittgenstein, Scepticism, Morality and Tragedy*. Oxford: Oxford University Press.
- Davidson, D. (1963). Actions, Reasons and Causes. *The Journal of Philosophy*, 60(7), 685-700.
- Davidson, D. (1973). Radical Interpretation. *Dialectica*, 27, 314-28.
- Dickson, J. (2001). *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart.
- Finnis. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Finnis, J. (2011). *Intention and Identity*. Oxford: Oxford University Press.
- Guevara Arroyo, A. (2021). Naturaleza y concepto de Derecho a los ojos de Rodríguez-Blanco: un análisis naturalista de su propuesta metodológica. *Discusiones*, 26(1).
- Monti, E. (2021). Rodríguez-Blanco sobre el carácter inestable del punto de vista interno. *Discusiones*, 26(1).
- Mulhall, S. (2001). *Inheritance and Originality*. Oxford: Oxford University Press.
- Pardo, M. S. (2015). *Minds, Brains and, Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*. Oxford: Oxford University Press.
- Rodríguez-Blanco. (2003). A Defence of Hart's Semantics as Non-Ambitious Conceptual Analysis. *Legal Theory*, 9(2), 99-124.
- Rodríguez-Blanco. (2007). Is Finnis Wrong? *Legal Theory*, 13, 257-283.
- Rodríguez-Blanco, V. (2007a). Peter Winch and H.L.A Hart: Two Concepts of the Internal Point of View. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20(2), 453-473.
- Rodríguez-Blanco, V. (2014 [2017]). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Oxford: Hart/Bloomsbury Publisher.
- Rodríguez-Blanco, V. (2017). "The Why-Question Methodology, The Guise of the Good and Legal Normativity". *Jurisprudence*, 8(1), 127-142.

- Rodríguez-Blanco, V. (2021). Rastreado las críticas de Finnis al punto de vista interno de Hart: inestabilidad y el ‘sentido y propósito’ de la acción humana en el derecho. *Discusiones*, 26(1).
- Rodríguez-Blanco, V. y. (2018). One Myth of the Natural Law Theory: Reflecting on the ‘Thin’ View of Legal Positivism. *Ratio Juris*, 31(1), 9-32.
- Scavuzzo, N. (2021). Hart y el “sentido y propósito” del punto de vista interno. *Discusiones*, 26(1).
- Williams, B. (1993). *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press.
- Wittgenstein, L. (1953 [2009]). *Philosophical Investigations* (4th Edition ed.). Oxford: Blackwell.

Sección II

**DISCUSIONES:
CORTES**

David Aven y otros v. Costa Rica: reflexiones sobre el interés (global) del medio ambiente en disputas de arbitraje de inversión

*David Aven y Otros v. Costa Rica: Reflections on
the Environmental (Global) Interest in Investment
Arbitration Disputes*

Tomás Restrepo Rodríguez*

Recepción: 05/10/20

Evaluación: 03/11/20

Aceptación final: 25/11/20

Resumen: Este análisis aborda el caso de arbitraje de inversión internacional *David Aven y Otros v. Costa Rica*. Tras describir a manera de introducción los aspectos relevantes de la controversia, se resalta el problema jurídico que representa en esta decisión la tensión entre el deber del Estado Anfitrión de proteger los intereses del inversionista y el deber de proteger el interés (global) público del medio ambiente. Posteriormente, se evalúa la postura del Tribunal consistente en dar primacía al interés global público del medio ambiente a través de la predilección de la teoría de los poderes de policía y la aplicación del derecho internacional del medio ambiente; para rematar concluyendo que la decisión responde acertadamente al reclamo de la academia sobre la necesidad de rebalancear el equilibrio entre la protección a la inversión y la protección del medio ambiente.

Palabras clave: Derecho de inversión, arbitraje de inversión, medio ambiente, relajación regulatoria.

* Docente-Investigador, Facultad de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo electrónico: tomas.restrepo@uexternado.edu.co

Abstract: This analysis addresses the international investment arbitration case of *David Aven y Otros v. Costa Rica*. After describing as a way of introduction the most relevant aspects of the dispute, it is emphasized that the legal issue of the case embodies the tension between the Host State's duty to protect the investor's interest against the duty to protect the (global) public interest of the environment. Subsequently, it is evaluated the position of the Tribunal that gives preference to the (global) public interest of the environment by means of adopting the *police-power doctrine* and the application of international environmental law; in order to conclude that the Decision answers to the call from the academia to re-balance the equilibrium between the protection to the investments and the protection to the environment.

Keywords: Investment Law, Investment Arbitration, Environment, Regulatory Chill.

1. La controversia

La disputa surge alrededor de un grupo de inversionistas estadounidenses que adquirieron los permisos y licencias necesarios para desarrollar un complejo turístico en la Costa del Pacífico Central de Costa Rica: el “Proyecto Las Olas” (*David Aven y Otros v. Costa Rica*, 2018, párr. 6, de ahora en más “*DA v. CR*”). Este proyecto —que ocupaba una porción de 37 hectáreas— fue suspendido por órdenes administrativas y judiciales cuando ya se encontraban en curso actividades de desarrollo, comercialización y venta (*DA v. CR*, 2018, párr. 6).

El motivo de la suspensión del “Proyecto Las Olas” fue el hallazgo de que la operación del complejo amenazaba humedales y terrenos forestales (*DA v. CR*, 2018, párr. 6). El demandante se opuso a la suspensión alegando que los estudios para otorgar la concesión del área y los permisos ambientales no contemplaron *ab initio* que los humedales y terrenos forestales se encontraran en riesgo. En este sentido, aquel alegó que la orden de suspender —a pesar de que el proyecto contaba con todos permisos nacionales y locales requeridos— era una medida “absoluta e imprevista” (*DA v. CR*, 2018, párr. 6) que causó la destrucción de la inversión (*DA v. CR*, 2018, párr. 6).

Concretamente, el demandante presentó reclamo en arbitraje internacional por considerar que la suspensión constituía violación de los artículos 10.5 y 10.7 del DR-CAFTA (Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana) que corresponden a los estándares de trato justo y equitativo y de expropiación, respectivamente (*DA v. CR*, 2018, párr. 20). El monto de las pretensiones fue de aproximadamente 95.4 billones de dólares por daños y perjuicios (*DA v. CR*, 2018, párr. 184).

Por su parte, Costa Rica aseguró que el DR-CAFTA no solo contempla la protección del medio ambiente, sino también la subordinación de la conducta del inversionista extranjero a la normatividad ambiental del Estado Anfitrión (*DA v. CR*, 2018, párr. 8). Así mismo, el demandado afirmó que las medidas que tomó estaban fundamentadas en las leyes costarricenses (*DA v. CR*, 2018, párr. 8) y en normas internacionales sobre el medio ambiente que son obligatorias para Costa Rica (*DA v. CR*, 2018, párr. 385).

La defensa del demandado pone especial énfasis en el artículo 10.11 DR-CAFTA, según el cual, aquello que se disponga en el capítulo del tratado destinado a la protección de la inversión extranjera no debe interpretarse como un obstáculo para que el Estado Anfitrión tome medidas de protección del medio ambiente (*DA v. CR*, 2018, párr. 385).

Además, Costa Rica invoca el artículo 17.1. DR-CAFTA, que reconoce el derecho legítimo del Estado Anfitrión para adoptar políticas y legislación de tipo ambiental; y el 17.2. DR-CAFTA, que reconoce al Estado Anfitrión el ejercicio de la discrecionalidad razonable para regular, fiscalizar y presentar acciones ante los tribunales relacionadas con los recursos ambientales (*DA v. CR*, 2018, párr. 409).

Cabe resaltar que Costa Rica no solo se limitó a solicitar la declaración de la falta de jurisdicción del Tribunal y la ausencia de responsabilidad, sino que solicitó que se declarara responsable al demandante por los daños ambientales causados por el “Proyecto Las Olas” (*DA v. CR*, 2018, párr. 185).

El Tribunal encontró serias incongruencias y contradicciones entre los documentos de distintas autoridades nacionales y locales relacionados con permisos y autorizaciones, así como ambigüedades en las declaraciones de estas sobre la existencia de los humedales y la tala de árboles (*DA v. CR*, 2018, párrs. 95-97).

Por ejemplo, dentro del expediente se pudo verificar, por un lado, la existencia de un concepto favorable al proyecto que era una falsificación supuestamente proveniente de la autoridad nacional de conservación —SINAC— que aseguraba la viabilidad ambiental del proyecto (*DA v. CR*, 2018, párr. 116) y; por otro lado, existían conceptos verídicos de la autoridad técnica nacional ambiental —SETENA— afirmando que la operación del proyecto no se encontraba dentro de un Área Silvestre Protegida (ASP) (*DA v. CR*, 2018, párr. 114).

También se pudo comprobar que, mientras la municipalidad confirmó la existencia de humedales, tala de árboles y calles pavimentadas sin autorización (*DA v. CR*, 2018, párr. 123), se mantuvo vigente el Permiso Viabilidad Ambiental (VA) del proyecto, otorgado por la autoridad técnica nacional ambiental —SETENA (*DA v. CR*, 2018, párrs. 161-162)—. Además, se decretaron medidas cautelares de suspensión por parte de un juez penal, el Tribunal Ambiental de Costa Rica —TAA— y la autoridad nacional de conservación —SINAC (*DA v. CR*, 2018, párr. 165)—.

A pesar de los equívocos que pudiesen surgir de los actos de las autoridades costarricenses, el Tribunal no halló responsable al Estado Anfitrión de compensar daños al inversionista (*DA v. CR*, 2018, pág. 263). Esta decisión se fundamentó en la verificación de que en el área del “Proyecto Las Olas” sí existían humedales y bosques protegidos (*DA v. CR*, 2018, párrs. 506, 518); en el incumplimiento de la carga que tenía el inversionista para identificar los riesgos ambientales al presentar su solicitud de Viabilidad Ambiental a las autoridades (*DA v. CR*, 2018, párrs. 552-553); en el análisis según el cual, si el inversionista hubiera identificado los riesgos a los humedales y bosques en su solicitud, se habría concedido una viabilidad en otros términos que permitirían desarrollar el proyecto sin dificultades (*DA v. CR*, 2018, párr. 558); en el argumento de que el demandante no podía pretender excusar su omisión en las supuestas fallas de inspección de las autoridades ambientales costarricenses (*DA v. CR*, 2018, párr. 559); en la mala fe del inversionista al fraccionar el área cubierta por la solicitud de Viabilidad Ambiental con el fin de evitar reportar la existencia de humedales y bosques (*DA v. CR*, 2018, párr. 564), y; en el daño causado a los humedales y bosques (*DA v. CR*, 2018, párrs. 585-586).

En relación con la demanda de reconvención presentada por Costa Rica, aunque el Tribunal no encuentra en líneas generales razones para no aceptar la jurisdicción, decidió desestimar aquella por el incumplimiento de los requisitos de los artículos 20 y 21 del reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI (*DA v. CR*, 2018, párrs.749)—. Específicamente, no se explicaron con detalle los hechos que fundamentan la reconvención ni la reparación que se pretendía (*DA v. CR*, 2018, párr.747).

La controversia que origina la Decisión *DA v. CR* pone de presente la tensión que puede surgir entre la necesidad —local y global— de proteger el medio ambiente y la protección otorgada a los inversionistas extranjeros a través de los tratados internacionales de inversión y los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio (2). Más aún, las consideraciones del Tribunal sobre la aplicación directa del derecho internacional del medio ambiente a las disputas de arbitraje de inversión, la consagración de la obligación internacional del inversionista de respetar el medio ambiente y la aceptación de jurisdicción de demandas de reconvención por daños al medio ambiente, representan novedades en la práctica del derecho internacional de inversión que cabe destacar (4). La aproximación del Tribunal sobre estos temas, sumado a su predilección por la *doctrina de los poderes de policía* (3), evidencia un rebalance —que viene reclamando la academia— de los poderes regulatorios del Estado Anfitrión en asuntos ambientales y del interés global del medio ambiente con la protección del inversionista extranjero (5).

2. La tensión entre el interés (global) del medio ambiente y la protección del inversionista

El Tribunal plantea de entrada en el encabezado que denomina “El enfoque del Tribunal” la tensión que emana en esta controversia entre el deber del Estado anfitrión de proteger el interés del medio ambiente y el deber de proteger los derechos del inversionista según el tratado:

El Tribunal de Arbitraje se enfrenta a la necesidad de determinar si la protección otorgada en virtud del capítulo 10 del DR-CAFTA

otorgado a los inversionistas se encuentra subordinada a las leyes promulgadas por las partes del Tratado con el fin de proteger el medio ambiente, y en qué circunstancias puede un Estado que es parte del DR-CAFTA establecer leyes, políticas o adoptar medidas con dicho fin (*DA v. CR*, 2018, párr. 406)

Este problema jurídico (¿y político?) que señala la Decisión se enmarca dentro de uno de los grandes interrogantes —si no el más importante— que emerge en relación con el derecho de inversión internacional: ¿cómo lograr un balance entre el interés público del Estado y el interés del inversionista?

Uno podría decir que la mayoría de los artículos, tesis y decisiones de arbitraje sobre inversión internacional —de una manera u otra— intentan interpretar los tratados de inversión de forma tal que exista una relación equilibrada entre los poderes regulatorios del Estado Anfitrión y los derechos que surgen a favor del inversionista.

Cabe resaltar, los interrogantes que surgen de la tensión entre los intereses del Estado Anfitrión y del inversionista se agudizan aún más cuando entra en juego otra capa: los intereses globales públicos. Es decir, en una disputa de Arbitraje de Inversión pueden confluir distintos intereses públicos Estatales, intereses públicos globales e intereses del inversionista. Estos se alinean, superponen y enfrentan dependiendo del caso.

Algunas veces, en una disputa de inversión el interés público global se alinea con el interés público del Estado y otras veces se alinea con el interés privado del inversionista. Piénsese por ejemplo que, si bien el interés global del medio ambiente estaría orientado en el mismo sentido que el interés del Estado Anfitrión cuando este toma una medida regulatoria que afecta negativamente al inversionista para evitar daños al ecosistema; el interés del Estado sería contrario al medio ambiente cuando una medida administrativa cancela la operación de inversionistas en energías renovables. En esta última hipótesis, es el interés del inversionista y no el interés del Estado el que está orientado en el mismo sentido del interés público global. Ciertamente, en la mayoría de las disputas de arbitraje de inversión relacionadas con el medio ambiente es el interés del Estado el que se superpone con el interés global y no el del inversionista.

El caso de *DA v. CR*, es uno de aquellos casos donde la disputa gira alrededor de medidas regulatorias de interés público para la protección del medio ambiente que chocan con los intereses del inversionista, pero que están en consonancia con el interés público global del medio ambiente. Específicamente, nos referimos a los actos administrativos y judiciales de suspensión que tenían como finalidad la salvaguarda de los humedales y bosques ubicados en la zona del impacto del “Proyecto Las Olas”.

De hecho, se podría afirmar —de acuerdo con las consideraciones del Tribunal— que el afán de Costa Rica por proteger los humedales en este caso está en consonancia con la Convención de Ramsar sobre los Humedales de 1971 (*DA v. CR*, 2018, párr. 417), el Convenio sobre Biodiversidad de Río de Janeiro de 1992 (*DA v. CR*, 2018, párr. 418); la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (*DA v. CR*, 2018, párr. 443), la Declaración de Estocolmo de 1972 (*DA v. CR*, 2018, párr. 445).

Naturalmente, la búsqueda del equilibrio entre el interés del inversionista y el interés (global) público del medio ambiente no se puede resolver de forma matemática, luego las tendencias ideológicas y la lectura del contexto tienen un peso importante al tomar postura en esta disciplina.

Mientras aquel que cree en el discurso neoliberal de la década del noventa y comienzos del nuevo milenio tenderá a favorecer la posición del inversionista, quien siente que la globalización de las inversiones es nociva para el desarrollo económico, social y ecológico de los Estados propenderá por privilegiar los intereses no económicos; y dentro de estos extremos se podrá encontrar posturas intermedias que no ven la paleta en solo dos colores, que tratan de sacudirse de ideologías y leer el contexto junto con las particularidades del caso concreto.

La masificación en los últimos 30 años de los tratados de inversión revela que los Estados y operadores jurídicos confían en la protección al inversionista extranjero como instrumento para el crecimiento de la economía local y global (Manger, 2010, pp. 41-42). La lógica es que los tratados de inversión incentivan las inversiones desde Estados que tienen un superávit de capital hacia Estados que son importadores de capital, mediante un sistema que permite a los inversionistas extranjeros gozar de una protección especial y acudir a árbitros internacionales-neutrales en el evento que sus intereses sean pisoteados por el Estado anfitrión (Thunell, 1977, p. 4).

Sumado a dicha lógica, la narrativa que redondea los tratados de inversión es adornada con un *gana y gana* (*win-win situation*): ganan los Estados Anfitriones al recibir inversión extranjera —que le da dinámica y crecimiento a su economía; gana el Estado de origen de la inversión al momento en que se repatrian las utilidades y gana la comunidad internacional en general por el descubrimiento de nuevos mercados (Price, 2017, pp. 126-127)—.

Ahora bien, así como en el *mainstream* existe consenso sobre los beneficios para la economía de los tratados de inversión, también existe un consenso sobre una de las externalidades negativas de la protección internacional al inversionista extranjero: la relajación o enfriamiento regulatorio. Este fenómeno se refiere a la parálisis del Estado en la toma de acciones regulatorias para proteger intereses (globales) públicos, al vislumbrar la posibilidad de enfrentar una demanda en arbitraje de inversión internacional por tomar medidas en ese sentido (Schill, 2007, p. 470; Alschner y Tuerk, 2013, p. 222; Bankes, 2012, p. 498).

Las disputas de arbitraje de inversión suponen un riesgo económico significativo para los Estados-Anfitriones, no solo por las pretensiones multimillonarias de los reclamos —que pueden ser una porción relevante del gasto público— sino también por los costos procesales y de representación (Johnson, Sachs, Güven y Coleman, 2018). Se puede identificar distintos niveles de intensidad de la relajación regulatoria, que van desde el riesgo que supone la existencia del derecho de inversión en sí misma (*Internationalization Chill*); pasando por la materialización de ese riesgo en reclamos por parte de los inversionistas (*Threat Chill*); y llegan hasta las estrategias globales de las empresas multinacionales para sembrar deliberadamente miedo en los Estados Anfitriones al litigio en arbitraje de inversión en contra de aquellas (*Transboundary Chill*) (Tienhaara, 2018).

Efectivamente, decisiones que favorecen la protección al inversionista enaltecen la racionalidad del sistema de derecho de inversión, *i. e.* promueven el crecimiento y la fluidez de la economía; del otro lado, decisiones que favorecen elementos contra-rationales pueden servir para mitigar los efectos negativos que el derecho de inversión tiene sobre la capacidad del Estado Anfitrión para proteger intereses (globales) públicos, incluyendo el medio ambiente, *i. e.* disminuyen la relajación regulatoria.

El reto del Tribunal en *DA v. CR* es, entonces, moverse dentro de las dos variables que representan la tensión entre la protección al inversionista y la autonomía del Estado para regular; el reto es tomar una decisión entre la racionalidad del sistema y la relajación regulatoria. Si optase por reafirmar la racionalidad del sistema mediante la protección al inversionista, el Tribunal estaría incentivando el flujo transnacional de capitales; si le diera relevancia al riesgo de relajación estaría incentivando la protección del interés (global) público que pretende promover el Estado Anfitrión.

En el caso concreto la decisión parece estar orientada a darle mayor valía al interés del medio ambiente —sin decir con ello que la protección de la inversión quede totalmente relegada a un segundo plano—. Muestra de ello es la predilección del Tribunal por la *Doctrina de los poderes de policía*, así como el reconocimiento que este hace de la obligación a cargo del inversionista de respetar el medio ambiente y de la procedencia de demandas de reconvencción por daños al medio ambiente.

3. La predilección por la *doctrina de los poderes de policía*

En relación con el equilibrio de los intereses del inversionista y los intereses (globales) públicos, el Tribunal toma una postura que se podría clasificar dentro de una tendencia que favorece el poder regulatorio del Estado Anfitrión en materia ambiental y el interés global del medio ambiente sobre la protección a la inversión. Ahora bien, la posición del tribunal no tiene la vocación de anular de forma absoluta la protección al inversionista, pues somete las medidas ambientales del Estado a ciertos requisitos para que pueda prosperar como defensa.

De forma explícita la Decisión establece que el mandato del artículo 10.11 DR-CAFTA, consistente en no interpretar las normas que protegen la inversión extranjera como impedimento para que el Estado tome medidas de tipo ambiental, no implica una subordinación absoluta del inversionista a estas medidas (*DA v. CR*, 2018, párr. 412). Tampoco —según el Tribunal— implica una subordinación absoluta del inversionista a la regulación ambiental del 17.2. DR-CAFTA, que reconoce la discrecionalidad del Estado Anfitrión para regular, fiscalizar y presentar acciones ante

los tribunales relacionadas con los recursos ambientales (*DA v. CR*, 2018, párr. 413).

Ahora bien, la Decisión aclara que si bien el artículo 10.11 DR-CAFTA no supone que se puedan ignorar las normas que establecen estándares de protección al inversionista, sí entraña “dar preferencia a los estándares de protección ambiental que fueron declarados de interés para las Partes del tratado al momento de su firma” (*DA v. CR*, 2018, párr. 412).

Valga anotar, los artículos 10.11 y 17.2 DR-CAFTA no expresan abiertamente que las medidas ambientales justifiquen la vulneración de los intereses del inversionista y tengan como consecuencia la ausencia de responsabilidad.

En lo que respecta al texto del artículo 10.11, si bien este establece que la protección de la inversión no se debe interpretar como impedimento para la protección del medio ambiente, limita la efectividad de este artículo a que las medidas ambientales sean “[...]por lo demás compatible[s]” con las obligaciones a cargo del Estado establecidas en el capítulo sobre inversión (art. 10.11 DR-CAFTA). En este sentido, la ambigüedad del texto podría dar origen a una interpretación contraria a aquella del Tribunal, según la cual en todo caso la acción ambiental del Estado debe estar conforme con los intereses del inversionista.

También el artículo 17.2. podría dar lugar a una interpretación distinta a aquella del Tribunal, pues podría entenderse que su objeto es ratificar la autonomía del Estado Anfitrión para tomar medidas de tipo ambiental y reafirmar la idea de que el debilitamiento de las normas ambientales no debe ser un elemento para atraer la inversión; pero de ninguna forma podría interpretarse que el artículo establece una excepción a la responsabilidad del Estado por acciones de tipo ambiental. De hecho, se podría argumentar en este sentido que la protección al inversionista no envuelve un abandono de la autonomía para regular, sino que sencillamente establece el deber de indemnizar en caso de incumplimiento (débito secundario), luego técnicamente no implica una restricción a su libertad de tomar acción en interés público.

En vista de que pueden existir interpretaciones contrarias a las del Tribunal y que los textos del tratado no son directos en establecer las medidas ambientales como una excepción a la responsabilidad del Estado Anfitrión

por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el DR-CAFTA, se puede decir, sin miedo a la equivocación, que el Tribunal tomó una postura —dentro de la discrecionalidad que le corresponde— para favorecer el interés del medio ambiente sobre el interés del inversionista.

Ahora bien, el Tribunal se encarga de aclarar que la preferencia por las medidas ambientales encuentra límites en la justicia, la buena fe, la no discriminación y el debido proceso (*DA v. CR*, 2018, párrs. 412-413). Es decir, cualquier medida ambiental del Estado Anfitrión que sea injusta, contraria a la buena fe, discriminatoria y/o violatoria del debido proceso, no será tenida como fundamento para eximirlo de responsabilidad en arbitraje de inversión. En dicho caso, la protección al inversionista prevalecería sobre la protección al medio ambiente.

La preferencia que el Tribunal le da en este caso al medio ambiente parece evocar la *doctrina de los poderes de policía*. Valga anotar, el Tribunal no afirma esto expresamente pero su razonamiento parece compaginar con dicha doctrina.

Según la *doctrina de los poderes de policía*, las medidas regulatorias del Estado que son en el interés público no son susceptibles de violar las obligaciones del tratado de inversión. Esta teoría, que tiene su origen en la interpretación del estándar de expropiación (indirecta) —y posteriormente se extiende a otros estándares de los tratados de inversión— ha sido propuesta por varios autores como forma de equilibrar el interés del medio ambiente con el interés del inversionista y medio para disminuir la relajación regulatoria (Baetens, 2010; Schill, 2007; Viñuales, 2015).

La *doctrina de los poderes de policía*, además, tiene antecedentes en la práctica de los Tribunales de inversión. El caso de *Methanex v. USA* es tal vez el más citado como ejemplo de la *doctrina de poderes de policía* (*Methanex Corporation v. United States of America*, 2002). Este caso se refiere a la prohibición de producir *éter butílico terciario de metilo* en California por riesgos para el medio ambiente, con el resultado de perjudicar a un inversionista canadiense que usaba este insumo para producir metanol. La tesis del Tribunal de *Methanex* en relación con la prevalencia del interés público del medio ambiente es que no se violaba el estándar de expropiación porque “generalmente en derecho, una regulación no discriminatoria en el interés público [...] no se considera expropiatoria o sujeta a compensación

[...]” (*Methanex Corporation v. United States of America*, 2002, Part iv, párr. 7, traducción mía).

Análogamente a lo establecido por el Tribunal en *DA v. CR*, la tesis de *Methanex* ha sido compartida por algunos Tribunales sujeta a las condiciones que la medida regulatoria sea en interés público, de buena fe y no discriminatoria (*Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, 2000, párr. 96; *S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada*, 2002, párrs. 281-283; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, 2006, párr. 255).

Valga anotar, hay otras decisiones que adoptan la *doctrina de los poderes de policía*, limitada por más requisitos a los establecidos por la línea de *Methanex*. En estas decisiones se ha agregado la necesidad de requerir que la medida del Estado Anfitrión sea proporcional y razonable (*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United States of America*, 2003, párr. 122). Esto implica un test más estricto para que la acción ambiental del Estado Anfitrión califique como fundamento suficiente para eximirlo de responsabilidad. También es importante resaltar, que la *doctrina de los poderes de policía* se opone a la *doctrina de los efectos* —tesis que ha sido adoptada por algunas decisiones—. Según esta, para la configuración de expropiación indirecta solo se necesita que la medida regulatoria haya destruido el valor de la inversión, ignorando el carácter de interés público de la medida (*Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, 2000, párr. 103; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, 2006; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, 2000; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, 2012, párrs. 443-456; *Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica*, 2012, párrs. 205 y 257).

En este orden de ideas, se debe concluir que el Tribunal en *DA v. CR* tomó posición por la postura que —dentro de las posibilidades que surgen de la práctica de los tribunales de inversión— otorga mayor espacio regulatorio al Estado Anfitrión en asuntos ambientales y maximiza la protección del interés global de medio ambiente.

4. Consideraciones sobre la aplicación del Derecho Internacional del Medio Ambiente

Para el Tribunal parece no existir duda sobre la relevancia del derecho internacional en la controversia (*DA v. CR*, 2018, párr. 411). No podría ser de otra manera, pues el artículo 10.22.1. DR-CAFTA hace referencia a las “normas aplicables del derecho internacional” como aquellas que gobiernan la disputa (*DA v. CR*, 2018, párr. 411). A este respecto cabe diferenciar cuando el Tribunal está interpretando el texto del tratado conforme al contexto del derecho internacional y cuando está aplicando directamente el derecho internacional ambiental como fuente de obligaciones para el inversionista.

La primera aproximación del Tribunal sobre la aplicación del derecho internacional a las disputas de arbitraje de inversión está sustentada en los principios de interpretación de los tratados establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) (*DA v. CR*, 2018, párr. 411). De ahí que, el derecho internacional sea concebido por el Tribunal como un instrumento para interpretar dentro de un contexto el sentido estricto de las disposiciones del DR-CAFTA (*DA v. CR*, 2018, párr. 411). En otras palabras, bajo esta perspectiva el Tribunal no busca aplicar directamente normas del marco legal internacional del medio ambiente. Más bien parece atribuirle a este cuerpo normativo una función meramente interpretativa, que asiste al operador jurídico en desentrañar el significado del texto del tratado conforme al contexto del que hace parte.

En consonancia con los lineamientos de la CVDT, la Decisión hace un barrido por distintos instrumentos que integran el marco legal internacional del medio ambiente con el objeto de interpretar el texto DR-CAFTA dentro del contexto del derecho internacional y determinar hasta dónde el marco normativo de Costa Rica se acompasa con este. Destacan dentro de los instrumentos citados por el Tribunal, la Decisión de la Convención de Ramsar sobre los Humedales de 1971 (*DA v. CR*, 2018, párr. 417); el Convenio sobre Biodiversidad de Río de Janeiro de 1992 (*DA v. CR*, 2018, párr. 418); la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (*DA v. CR*, 2018, párr. 443), la Declaración de Estocolmo de 1972 (*DA v. CR*, 2018, párr. 445).

En relación con la demanda de Reconvención presentada por el Estado Anfitrión, el Tribunal acoge la tesis del demandado sobre la admisión de la jurisdicción (*DA v. CR*, 2018, párr. 728). Tras afirmar que “no cabe duda” que la intención de las partes del tratado —expresada en el artículo 10.28 DR-CAFTA en concordancia con los artículos 10.26.1 y 10.26.28— es que el demandante solo puede ser el inversionista, el Tribunal asegura que el DR-CAFTA también concibe la reconvención (*DA v. CR*, 2018, párr. 732).

Adiciona el Tribunal que, como el DR-CAFTA contempla esencialmente obligaciones para el Estado Anfitrión y, en principio, no concibe obligaciones a cargo del inversionista, valdría la pena preguntarse cuál es la obligación cuyo incumplimiento sustentaría la reconvención. En otras palabras, el Tribunal acepta que pareciera difícil concebir una demanda de reconvención por incumplimiento de obligaciones a cargo del inversionista si no existen estas obligaciones en el texto del tratado (*DA v. CR*, 2018, párr. 731).

Para resolver el interrogante de cómo fundamentar una demanda de reconvención sin obligaciones explícitas en el tratado a cargo del inversionista, el Tribunal afirma que existen obligaciones implícitas en el DR-CAFTA y, dentro de estas, obligaciones de tipo ambiental. La decisión señala que aquellas obligaciones implícitas derivan de los artículos 10.9.3 y 10.11. (*DA v. CR*, 2018, párrs. 732-733):

Artículo 10.9.3. Requisitos de Desempeño [...] (c). Siempre que dichas medidas [del Estado Anfitrión] no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, los párrafos 1(b), (c) y (f), y 2(a) y (b) [sobre los Requisitos de Desempeño que debe cumplir el inversionista] no se interpretarán en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:(i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean inconsistentes con este Tratado; (ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o (iii) relativas a la preservación de recursos naturales vivos o no vivos agotables.

Artículo 10.11: Inversión y Medioambiente. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

La tesis del Tribunal es que los artículos citados elevan las obligaciones de carácter ambiental establecidas en la legislación de Costa Rica a cargo del inversionista de un nivel local a un nivel internacional (*DA v. CR*, 2018, párr. 734). Más aún, el Tribunal remata diciendo que el incumplimiento de estas obligaciones constituye una violación internacional que impide al inversionista eximirse de los daños ocasionados al medio ambiente (*DA v. CR*, 2018, párr. 734).

Sobre el reconocimiento a nivel general de demandas de reconvencción por incumplimiento de normas ambientales en el sistema de derecho de inversión, el Tribunal es cauto al advertir que la tendencia general de la práctica de los Tribunales es no permitir la reconvencción en las disputas donde no está establecido en el tratado dicha posibilidad (*DA v. CR*, 2018, párr. 736). No obstante, el Tribunal cita como antecedentes de demandas de reconvencción los casos de *Burlington v. Ecuador* y de *Urbaser v. Argentina*, haciendo claridad que en el primer caso la aceptación de la jurisdicción deriva del acuerdo expreso de las partes de la disputa y, en el segundo caso, deriva de lo establecido en el tratado de inversión entre España y Argentina y el Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados —CIADI— (*DA v. CR*, 2018, párr. 736).

Al citar a *Urbaser* como un modelo de aceptación de jurisdicción sobre reconvencción, el Tribunal incluye como fuente de dicha aceptación, además del tratado de inversión entre España y Argentina y el CIADI, “el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional general, con inclusión de los principios generales del derecho internacional” (*DA v. CR*, 2018, párr. 737).

En este orden de ideas —sin negar que en el caso concreto las obligaciones ambientales derivan del DR-CAFTA— el Tribunal aprovecha lo dicho en *Urbaser* para reconocer la existencia de obligaciones ambientales sustentadas por fuera del texto del tratado y su aplicación directa a la

relación entre las partes como fuente de demandas de reconvencción: el Tribunal afirma que las obligaciones medioambientales son del interés de todos los Estados y que tienen el carácter de *erga-omnes* (*DA v. CR*, 2018, párr. 738). Esto constituye una innovación sin precedentes en la práctica de los Tribunales de arbitraje de inversión internacional.

Reconocer la obligación de respetar el medio ambiente sustentada directamente en normas de derecho internacional y darle a esta el carácter de *erga-omnes*, dentro del ámbito del derecho de inversión y a cargo del inversionista, va mucho más allá de la interpretación del texto del tratado de acuerdo con la CVDT.

Es distinto interpretar el texto a partir del contexto de derecho internacional, que aplicar la ley internacional directamente como fuente de una obligación. Lo primero, es una práctica frecuente en el derecho internacional de inversión —tal como sucede con tratar de interpretar la obligación de trato justo y equitativo a cargo del Estado conforme al principio internacional de buena fe o al estándar consuetudinario de trato mínimo internacional— lo segundo, es raramente aceptado en derecho internacional y no tiene precedentes como fundamento de responsabilidad del inversionista.

Ciertamente, dentro de las Decisiones de arbitraje de inversión anteriores al caso en comento, sí existen algunos casos donde se ha reconocido deberes a cargo del inversionista. En especial hago referencia al evento en donde se acude a los principios de derecho internacional de abuso del derecho, el abuso del proceso, la buena fe y, en general, al orden público internacional como fuente que origina el deber del inversionista de no explotar su inversión de forma fraudulenta (*Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, 2016, párrs. 493-528). Sin embargo, este deber opera más como una carga para el reconocimiento de la protección a la inversión que como una obligación en sentido estricto.

El incumplimiento del deber del inversionista de no cometer fraude en la explotación de su inversión tiene como efecto el fracaso del reclamo por falta de jurisdicción —bajo la lógica que el tratado de inversión no protege inversiones fraudulentas— o el fracaso de la reclamación por el hecho de la víctima o la negligencia concurrente —pues se imputa el daño al fraude del demandante y no a la violación de un estándar del tratado por parte del Estado Anfitrión (*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, 2014, párrs.

1615, 1777)—. En este orden de ideas, estos deberes no se conciben como un poder del Estado Anfitrión que constriñe al inversionista al cumplimiento de la prestación y cuyo incumplimiento genera responsabilidad.

Las consideraciones sobre la aplicación directa del derecho internacional a las disputas de derecho de inversión en *DA v. CR* se extienden más allá del surgimiento de un deber o una carga para el inversionista. La obligación de no dañar el medio ambiente como *erga-omnes*, teniendo como fuente el derecho internacional, se concreta en una prestación de no hacer en —sentido técnico-jurídico— que constriñe al inversionista a su cumplimiento y puede dar origen a la responsabilidad de este.

Cabe anotar, resulta dudoso el surgimiento en sentido técnico de una obligación internacional de respetar el medio ambiente a partir del texto del DR-CAFTA pues los artículos citados por el Tribunal para sustentar el surgimiento de la supuesta obligación —10.11 y 10.9.3— no dicen textualmente que el inversionista esté obligado. La interpretación del Tribunal parece un poco forzada, pues aquello que establecen dichos artículos es que la protección de la inversión del tratado no se debe interpretar en el sentido de impedir que el Estado Anfitrión haga cumplir sus leyes ambientales. En este orden de ideas, estos artículos consagran la autonomía del Estado Anfitrión para regular el medio ambiente y —por mucho— la posibilidad de excluir dichas medidas regulatorias como fuente de responsabilidad para el Estado Anfitrión.

A la interpretación forzada parece añadirse algo de ambigüedad en la decisión. Esto se debe a que, aunque según lo descrito en el párrafo anterior el Tribunal encuentra que los artículos 10.11 y 10.9.3 imponen obligaciones de forma implícita al inversionista, casi al final del texto de la decisión el Tribunal llama la atención sobre el hecho de que esas disposiciones, tal como están redactadas, “no imponen —en sí mismas— ninguna obligación afirmativa a los inversionistas” (*DA v. CR*, 2018, párrs. 743).

Ahora bien, aquello que sí representa un salto gigantesco y que no necesita recurrir a interpretaciones forzadas del texto, es aceptar que en derecho de inversión pueden existir obligaciones *erga-omnes* a cargo del inversionista cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidad a través de una demanda de reconvencción —o, ¿por qué no?, a través de una demanda independiente sin que sea necesariamente de reconvencción—.

Otra consecuencia, también novedosa, de la imposición de la obligación internacional al inversionista se puede percibir desde el punto de vista del tópico de los sujetos de derecho internacional. La práctica del derecho de inversión ha sido en general reacia a reconocer obligaciones a cargo del inversionista por considerar que este no es en principio un sujeto de derecho internacional. A este respecto, el Tribunal establece de forma tajante que “ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad porque no son sujetos de derecho internacional” (*DA v. CR*, 2018, párr. 738).

Si bien al final de cuentas el Tribunal declara que la demanda de reconvencción que presentó Costa Rica no es procedente por defectos en la forma, sus consideraciones sobre el reconocimiento del inversionista como sujeto de derecho internacional y la posibilidad de declarar la responsabilidad del inversionista por incumplimiento de la obligación *erga-omnes* de respetar el medio ambiente, supone un giro sin precedentes en el derecho de inversión que favorece la posición del Estado Anfitrión, disminuye la relajación regulatoria y protege el interés global del clima. Un rebalance entre los intereses del inversionista, del medio ambiente y del Estado Anfitrión que parece necesario.

5. Conclusión: la necesidad de rebalancear el interés del medio ambiente con la protección del inversionista

Los estudios críticos del derecho internacional coinciden en señalar que el derecho de inversión tiene un desbalance genético a favor del inversionista (Miles, 2013). Un reflejo de esto es que los tratados en general solo establecen obligaciones a cargo del Estado Anfitrión y no establecen obligaciones a cargo del inversionista; o que solo pueda ser el inversionista quien convoque un Tribunal de Arbitraje.

Además, la asimetría en el poder negocial entre las partes de los tratados de inversión podría llevar a afirmar que el derecho de inversión reproduce patrones imperialistas de dominación del hemisferio norte sobre el hemisferio sur; de países desarrollados sobre países en vías de desarrollo (Miles, 2013, p. 10). Uno de estos patrones imperialistas es la mercantili-

zación del medio ambiente que favorece a grandes corporaciones (Miles, 2013, pp. 3, 10). En este escenario, el resultado más probable de cualquier disputa de inversión cuando entran en conflicto intereses del inversionista con el interés (global) público del medio ambiente es la primacía de aquel sobre este.

Un sistema de derecho de inversión cuyo centro de gravedad es la protección de la inversión requiere ser rebalanceado con la finalidad de otorgar a los intereses no-económicos —como el medio ambiente— un valor superior o equivalente al dado a los intereses del inversionista. Para ello es necesario que los Tribunales y tratados incorporen elementos contra-razionales que hagan efectiva la protección de los intereses (globales) públicos no económicos. Se ha llegado a decir que el sistema de derecho de inversión requiere desarrollar un “*desagrado contra sí mismo*” para reflexionar sobre su propia racionalidad e implementar correctivos para remediar dicho desequilibrio genético (Franzki y Horst, 2016, p. 358).

DA v. CR, no solo asume el reto de reflexionar sobre el desequilibrio entre el interés del inversionista y el interés del medio ambiente, sino que adopta consideraciones que estimulan el rebalance entre estos intereses y disminuyen la relajación regulatoria de los Estados Anfitriones en materia ambiental. Por un lado, el Tribunal interpreta lo referente al incumplimiento de las obligaciones del tratado a cargo del Estado Anfitrión bajo la perspectiva de la *doctrina de los poderes de policía*. El resultado de esto es la primacía del interés (global) del medio ambiente sobre el interés del inversionista, cuando la medida ha sido tomada de acuerdo con el interés público, de buena fe, sin discriminación y respetando el debido proceso. Por otra parte, el Tribunal concibe el surgimiento de una obligación de respetar el medio ambiente a partir de la aplicación directa del derecho internacional del medio ambiente. Todavía más, el Tribunal califica esta obligación como *erga-omnes* y afirma que su incumplimiento puede derivar en responsabilidad del inversionista en arbitraje de inversión.

El modelo de equilibrio que plantea *DA v. CR* es exitoso al hallar canales de entrada para el medio ambiente, entendido como un interés público merecedor de una tutela especial dentro de un contexto global de devastación acelerada del ecosistema. Se espera que esta decisión sirva como inspiración a las decisiones de arbitraje de inversión internacional,

cuya interpretación no puede escapar a la preocupación común de toda la humanidad de preservar el medio ambiente, ni ignorar el marco legal internacional que protege y le da un lugar principal a este interés.

Bibliografía

- Alschner, W. y Tuerk, E. (2013). The Role of International Investment Agreements in Fostering Sustainable Development. En Baetens, F. (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (pp. 217-230). Cambridge University Press. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2295440>
- Baetens, F. (2010). Foreign Investment Law and Climate Change: Legal Conflicts Arising from Implementing the Kyoto Protocol Through Private Investment. En Cordonier Segger M., Gehring M.W. y Newcombe, A. (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law*. Kluwer Law International. CISDL. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=2117950>
- Bankes, N. (2012). Decarbonising the Economy and International Investment Law. *Journal of Eenergy & Natural Resources*, 30(4), 497-510.
- Franzki, H. y Horst, J. (2016). On the critical potential of law – and its limits: Double fragmentation of law in Chevron v. Ecuador. En Blome, K., Fischer-Lescano, A., Franzki, H., Markard, N. y Oeter, S. (eds.), *Contested Regime Collisions: Norm Fragmentation in World Society* (pp. 347-371). Cambridge: Cambridge University Press.
- Johnson, L., Sachs, L., Güven, B., y Coleman, J. (2018). Costs and Benefits of Investment Treaties: Practical Considerations for States. Columbia Center on Sustainable Energy. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3277965>
- Manger, M. S. (2010). Common Standards in a Bilateral Economy: a Political Economy Perspective on International Investment Law. *Japanese Yearbook of International Law*, 53, 41-95.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Price, D. (2017). Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment? *Asian Journal of International Law*, 7(1), 124-151.
- Schill, S. W. (2007). Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change? *Journal of International Arbitration*. 24(5), 469-477.
- Thunell, L. H. (1977). *Political risk in International Business: Investment Behaviour of Multinational Corporations (Praeger special studies in international business, finance, and trade)*. New York: Praeger Publisher.
- Tienhaara, K. (2018). Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. *Transnational Environmental Law*, 7(2), 229-250.
- Viñuales, J. E. (2015). *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Anexo jurisprudencia citada

- Azurix Corp. v. The Argentine Republic (2006). ICSID Case No. ARB/01/12, 14.05.2006
- Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia (2016). ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40.
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (2000), ICSID Case No. ARB/96/1, 08.06.2000
- David Aven y Otros v. Costa Rica. (2018). ICSID Case No. UNCT/15/3.
- Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica (2012). ICSID Case No. ARB/08/1, 16.05.2012
- Methanex Corporation v. United States of America. (2002). UNCITRAL, 07.08.2002.
- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador (2012). ICSID Case No. ARB/06/11, 5.10. 2012
- Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada. (2000). UNCITRAL, 26.06.2000.

S.D. Myers Inc. v. The Government of Canada. (2002). UNCITRAL, 21.10.2002.

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic. (2006). UNCITRAL , 17.03.2006.

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United States of America. (2003). ICSID Case No. ARB (AF)/00/2).

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (2014). UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, 31.07.2014.

Sección III

**DISCUSIONES:
LIBROS**

La Corte Genaro Carrió: una nueva mirada sobre la producción de la Corte Suprema

“The Genaro Carrió Court”: A New Look at the Production of the Supreme Court

Magdalena Inés Álvarez*

Recepción: 16/03/21

Evaluación: 20/04/21

Aceptación final: 27/04/21

Resumen: El trabajo somete a análisis crítico tanto el argumento desplegado para justificar el enfoque tradicionalmente aplicado al estudio de la producción de la Corte Suprema, como su réplica. Presenta, a continuación, los textos que conforman La Corte Genaro Carrió. Concluye que, si bien cada texto es independiente, se enlazan entre sí a partir de una línea argumentativa común centrada en el momento histórico en el que le toca actuar al tribunal y la preocupación por sentar las bases de una cultura del argumento para una sociedad democrática.

Palabras clave: Presidencia de la Corte Suprema; inestabilidad democrática; restablecimiento del orden constitucional; cultura del argumento.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Magister en Derecho y Argumentación (UNC). Profesora de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Correo electrónico: magdalenaines@gmail.com

Abstract: This paper submits to critical analysis both the argument used to justify the traditional approach to the study of the Supreme Court’s production and its retort. Next, the paper presents the texts that conform “*The Genaro Carrió Court*”. It concludes that, while each text is independent, they share a common argumentative line centered on the historical moment in which the court has to act as well as the concern to lay the foundations of a culture of argument for a democratic society.

Keywords: Supreme Courts Presidency; democratic instability; constitutional order reestablishment; argumentative culture.

1. Presentación

Hablar de *La Corte Genaro Carrió* requiere ubicar la obra en el contexto de un proyecto de investigación más amplio, titulado “La Corte y sus presidencias”,¹ del que constituye la primera publicación.

El proyecto —dirigido por Paula Gaido y Laura Clérico— se propone someter a estudio crítico la principal producción del tribunal, a partir de la reinstauración de la democracia (1983), utilizando como criterio de clasificación las presidencias del cuerpo.

Este enfoque —explican Gaido y Clérico— si bien es utilizado en otras prácticas jurídicas como la norteamericana, resulta novedoso en Argentina, donde la mayoría de los estudios que abordan la problemática lo hacen a partir de la relación del tribunal con quien desempeña el Poder Ejecutivo Nacional.

La razón por la que no se aplica en Argentina el enfoque seguido en el país del norte —advierten las directoras— se vincularía con la ausencia de liderazgo desarrollado por los presidentes del tribunal argentino. Gaido y Clérico cuestionan este diagnóstico por entender que se asienta en una reducción de la capacidad de “liderazgo” del presidente de la Corte a su poder de incidencia sobre la agenda del Poder Ejecutivo Nacional.

En lo que sigue, me propongo discutir tanto el argumento identificado como justificación del enfoque tradicional como la réplica efectuada por

¹ Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Proyecto DeCyT 2020-2022. Código DCT 2017.

Gaido y Clérico. Intentaré demostrar que la visión clásica que guió los estudios de la producción de la Corte Suprema de Justicia argentina, si bien pudo estar condicionada por características propias de la práctica constitucional local, estuvo determinada por el contexto de inestabilidad democrática en el que se insertó dicha práctica entre 1930 y 1983 (2). La situación cambia cuando se restablece el orden constitucional y se logra cierta continuidad democrática. Es en esta etapa en la que se inserta la investigación propuesta por Gaido y Clérico (3). Una vez zanjada esta cuestión, me concentraré en presentar *La Corte Genaro Carrió*. Al hacerlo sugeriré seguir una dirección de lectura ligeramente distinta a la propuesta por Clérico y Gaido, para —a continuación— presentar cada uno de los nueve textos que conforman el cuerpo principal de la obra (4). Concluiré que, si bien cada texto es independiente de los demás, se enlazan entre sí a partir de una línea argumentativa común, centrada en el momento histórico en el que le toca actuar a la Corte Carrió y la preocupación del tribunal por sentar las bases de una cultura del argumento para una sociedad democrática (5).

2. El enfoque tradicional

¿Por qué no han prosperado en Argentina las investigaciones sobre la Corte Suprema enfocadas en quien ejerce la presidencia del cuerpo?

La respuesta que Gaido y Clérico encuentran a esta pregunta sostiene que quienes han presidido el tribunal no desarrollaron un “liderazgo” que justifique enmarcar los estudios desde esta perspectiva.

Gaido y Clérico rechazan este diagnóstico por entender que se basa en una reducción de la capacidad de “liderazgo” del presidente de la Corte Suprema al poder de incidencia en la definición de la agenda política del Poder Ejecutivo Nacional, lo cual opaca otras aristas relevantes a ese efecto.

Tanto la respuesta como su réplica demandan un análisis más profundo. Conforme señala Vallefín (2015), los factores que han impedido que la presidencia de la Corte le imprima a esta características que permitan asociar cada etapa de la vida del tribunal con el juez que la presidió son plurales y diversos (p. 568).

Entre dichos factores cabe investigar cómo juegan la forma en que se designa al presidente del cuerpo y el tiempo por el que permanece en el cargo.

Desde esta perspectiva, si se compara la Corte Suprema argentina con su par norteamericana se advierte que, conforme la práctica del país del norte, el *Chief Justice* es designado, como tal, por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por el tiempo que mantiene la investidura de juez (Vallefn, 2015, p. 571). Esto explica que solo diecisiete personas hayan presidido la Corte desde su instalación en 1789 (Federal Judicial Center), con un promedio de 13,5 años de ejercicio por cada presidencia.²

En Argentina, en cambio, el presidente del cuerpo fue nombrado por el Presidente de la Nación hasta el año 1930, fecha a partir de la cual comenzó a serlo por el propio tribunal.³ En lo que atañe a la permanencia en el cargo, la presidencia tuvo carácter vitalicio hasta el año 1947⁴, momento a partir del cual pasó a ser trienal (Vallefn, 2015; Benedetti, 2019b). En total treinta y una personas han encabezado la Corte Suprema argentina desde su instalación en 1863 (Santiago, 2014, p. 2029), con una duración promedio de cinco años por cada presidencia.

Si bien los factores comentados pueden haber contribuido para que el presidente del tribunal argentino no desarrolle su “liderazgo”, no sirven para justificar la perspectiva de análisis de los estudios tradicionales en tanto toman como clave la relación del cuerpo con el Poder Ejecutivo Nacional.

En este marco, adquiere relevancia una tercera diferencia entre la práctica constitucional argentina y la norteamericana. Me refiero al tiempo que permanecen en el cargo los magistrados que integran la Corte. Desde esta perspec-

² Conforme señala Vallefn (2015), la relevancia de quien ejerce la presidencia del tribunal se explica, no tanto por las funciones que le asignan las normas sino en la potencialidad extralegal con la que lo ejerce (p. 572).

³ La nueva modalidad se implementa tras el golpe de estado encabezado por el general Urriburu que destituye al presidente Hipólito Yrigoyen. Es, en consecuencia, un presidente de *facto* el que “prescinde” de hacer la designación que hasta entonces hacía el presidente de la Nación y reconoce a la Corte la facultad de designar a su propio presidente en ejercicio de atribuciones propias (Vallefn, 2015, p. 566)

⁴ Ello explica que las presidencias más extensas se den en este período. En orden decreciente: Antonio Bermejo (24 años), Roberto Repetto (14 años), José Benjamín Gorostiaga (10 años), Benjamín Paz (10 años). Francisco de las Carreras (7 años), Salvador María del Carril (7 años), Benjamín Victorica (5 años).

tiva, si bien en ambos sistemas constitucionales la designación es efectuada con carácter vitalicio,⁵ si se comparan los últimos cien años, se advierte que, mientras un juez norteamericano dura en el cargo un promedio de dieciséis años, en Argentina solo lo hace por el término de siete (Castagnola, 2020, p. 52).

La desemejanza se explica porque, conforme la práctica constitucional argentina, a partir del año 1947, el recambio institucional no se produce regularmente por causas naturales —como muerte o renuncia por enfermedad o edad avanzada—⁶ sino que suele ser el resultado de la manipulación que ejerce el Poder Ejecutivo sobre los magistrados que integran el tribunal, con el fin de producir vacantes que permitan designar a jueces afines (Helmke, 2017; Pérez-Liñan y Castagnola, 2017; Castagnola, 2020).⁷

En Argentina la subordinación de la justicia al poder político remonta sus orígenes al golpe militar de 1930 cuando la Corte Suprema, sin que mediara un caso o controversia judicial, reconoció al gobierno provisional surgido de la “revolución triunfante” mediante acordada de fecha 10 de septiembre de 1930 (Cayuso y Gelli, 1988; Nino, 1992, pp. 130-131; Pellet Lastra, 2001, pp. 57-72); y se reprodujo, trece años después, cuando la legitimidad de un nuevo gobierno de *facto* fue reconocida por acordada emitida el 9 de junio de 1943 (Pellet Lastra, 2001, pp. 82-94; Castagnola, 2020, pp. 64-65).

Restablecido el orden constitucional, bajo la presidencia de Juan Domingo Perón, se produjo la primera destitución masiva de miembros del tribunal cuando, cuatro de sus cinco ministros y el Procurador General de la Nación, fueron sometidos a juicio político.⁸ Como resultado, fueron removidos el Procurador General y tres de los cuatro jueces enjuiciados (Pellet Lastra, 2001, p. 133; Abásolo, 2013, p. 483).

⁵ Constitución Estados Unidos de América, artículo III, sección 1. Constitución Nacional, artículo 110.

⁶ El recambio natural sí operó, en cambio, entre los años 1863 y 1947 (Santiago, 2013, p. 6).

⁷ Conforme Castagnola (2020) en Argentina, entre los años 1930 y 2014, de un total de 86 jueces que se han desempeñado en el cargo, 52 (60 %) fueron inducidos al retiro. La mayoría de esos retiros forzados tuvieron lugar después de un cambio de régimen (62 %), mientras que el resto devino como resultado de procesos de juicios políticos (19 %), retiros inducidos amigables (11 %), y como manipulación política de la justicia (8 %) (p. 57-58).

⁸ El pedido de juicio político, presentado por el diputado Rodolfo Decker, solo excluía del proceso de remoción al juez Tomás Darío Casares. En cambio, incluía a Roberto Repetto aun cuando ya había renunciado al cargo y la renuncia le había sido aceptada por el Poder

Mas el juicio político sustanciado en el año 1947 no constituyó la única purga que sufrió la Corte Suprema argentina. A partir de este hecho la posibilidad de designar más de la mitad de los miembros del cuerpo dentro de un mismo gobierno, como resultado de retiros inducidos⁹, se reprodujo en ocho oportunidades más: 1955, 1960,¹⁰ 1966, 1973, 1976, 1983, 1990 y 2003-2006 (Castagnola, 2020, pp. 61; García Mansilla, 2020; Pellet Lastra, 2001).

La doctrina especializada advierte que el recambio judicial de los tribunales superiores puede ser explicado aplicando el concepto de “eventos en serie”. Estos son “respuestas recurrentes entre los actores políticos para relocalizar el poder, produciendo interrupciones cíclicas en el *status quo*” (Pérez-Liñan y Castagnola, 2017, p. 54).

Explican Pérez-Liñan y Castagnola (2017) que las purgas reiteradas a las que se ven sometidos los tribunales superiores revelan una batalla entre quienes detentan el poder para asegurar el dominio político sobre el Poder Judicial. En esta batalla se disputan bienes tangibles —los asientos del tribunal— y cada respuesta produce una redistribución del poder para ejercer la revisión judicial (p. 55).

La reiteración de los eventos se explica por la articulación de dos lógicas diferentes: la primera sostiene que existen factores latentes de riesgo constante que generan la posibilidad de que surjan estos eventos.¹¹ La segunda destaca que el riesgo aumenta en forma creciente a medida que se reiteran los episodios.¹² De allí que cuantos más episodios se concatenan,

Ejecutivo. El Senado, finalmente, resolvió excluir Roberto Repetto por entender que, al haberse aceptado la renuncia con anterioridad al inicio del procedimiento, ya no estaba sujeto a la jurisdicción del tribunal (Pellet Lastra, 2001, p. 112; Abásolo, 2013, p. 483).

⁹ Las tácticas a la que recurren los poderes políticos para manipular la integración de la Corte van desde el juicio político, la remoción por decreto de gobiernos de *facto*, la designación de nuevos magistrados cuando se restablece el orden constitucional, pasando por la ampliación del número de miembros del tribunal, hasta estrategias informales, como amenazas y persecución política (Castagnola, 2020, p. 60).

¹⁰ En 1958 la estrategia incluyó la confirmación de dos de los jueces designados por la Revolución Libertadora y la ampliación del número de ministros que conforman el tribunal por Ley 15.271 sancionada en el año 1960 (Pellet Lastra, 2001, pp. 209-211 y 233-236).

¹¹ Como la inestabilidad institucional recurrente o las reformas reiteradas de la Constitución.

¹² La razón de que ello ocurra se relaciona con la pérdida de legitimidad del tribunal que produce cada purga y la conformación de tribunales partidistas, todo lo cual incentiva volver a

mayores son las probabilidades de experimentar el mismo evento nuevamente (Pérez-Liñan y Castagnola, 2017, pp. 57-58).

Desde esta perspectiva, el hecho de que cada gobierno que asume se sienta habilitado para recurrir a estrategias de manipulación para contar con una Corte amigable, constituye un factor de peso que incide en los investigadores al momento de decidir el enfoque a partir del cual estudiar el funcionamiento y producción del máximo tribunal.

3. La pertinencia del nuevo ángulo de análisis

Cabe observar que, conforme explican Pérez-Liñan y Castagnola (2017), la cíclica reproducción del recambio judicial no constituye un legado inevitable ya que el riesgo que enfrenta el tribunal de sufrir manipulaciones cambia a partir de la modificación del contexto político (p. 68).

Estudios recientes afirman que, a partir del año 1983, cuando Argentina comienza a actuar conforme a reglas de juego democráticas, estas prácticas sufren una desaceleración¹³ debido a que el costo político y social asociado con la manipulación pasa a ser más alto que el beneficio obtenido por los poderes políticos al instrumentarla (Pérez-Liñan y Castagnola, 2017, pp. 68-69. Castagnola, 2020).

Esto justifica que, a partir de 1983, las investigaciones basadas en la relación de subordinación judicial al Ejecutivo reduzcan su atractivo y adquieran relevancia otras miradas.

La investigación dirigida por Gaido y Clérico se inserta en esta concepción en tanto toma como punto de partida el inicio de la recuperación democrática, momento a partir del cual —afirman— les interesa producir

alterar su integración cada vez que cambia la titularidad del Poder Ejecutivo (Pérez-Liñan y Castagnola, 2017, p. 68).

¹³ Esto no significa que la manipulación desaparezca por completo. En Argentina, una vez reinstaurada la democracia, se presentaron dos casos exitosos de manipulación (Menem, 1990 y Kirchner, 2003-2006). A ello se agrega la amenaza de Eduardo Duhalde de someter a juicio político a los integrantes del tribunal (2002) que, si bien no tuvo éxito, incidió en la subordinación del tribunal al Poder Ejecutivo.

herramientas que, desde la teoría, sirvan para la construcción de una mejor práctica jurídica (Gaido y Clérico, 2019, p. 16).

La propuesta resulta novedosa no solo porque estructura el estudio de la producción del tribunal a partir de quien ejerce su presidencia, sino también porque atribuye especial relevancia a la reconstrucción del contexto político-social en el que le toca actuar a cada Corte y amplía la mirada para abarcar tanto la producción jurisprudencial como las acordadas y resoluciones emitidas bajo cada presidencia.

Este último material —señalan Gaido y Clérico— constituye un ámbito de estudio no explorado en forma sistemática, cuya revisión es de utilidad para identificar rivalidades internas; tensiones hacia adentro del Poder Judicial; relaciones entre poderes; vínculos con organismos internacionales, medios de comunicación e —incluso— con la comunidad. De esta manera, se busca identificar todas aquellas aristas que confieren relevancia a la figura del presidente del tribunal que quedaban opacadas con el enfoque tradicional.

Finalmente, cabe destacar que el abordaje se efectúa a partir de una mirada interdisciplinaria y se instrumenta como trabajo colectivo mediante el diálogo constante entre autores, editores y directores.

4. El contenido de *La Corte Genaro Carrió*

La Corte Genaro Carrió comienza con una presentación del proyecto de investigación “La Corte y sus presidencias” que expone y justifica el enfoque que Clérico y Gaido dan a la investigación.

En dicha presentación, sin embargo, no se abordan aspectos que pueden resultar relevantes para apreciar esta mirada. Esto no significa que Clérico y Gaido no adviertan la necesidad de trabajar estas cuestiones; mas difieren su tratamiento.

Con el fin de orientar al lector, sugiero anticipar la lectura del trabajo elaborado por Miguel A. Benedetti, titulado “Los otros presidentes: designación y duración de la presidencia de la Corte Suprema Argentina (1863-2018)”, que se publica al final de la obra bajo el título “Anexo”.

Allí encontrarán una interesante y medulosa reflexión, acerca de los sistemas de designación y de duración de los presidentes de la Corte

Suprema en el cargo, ensayados desde mediados del siglo XIX hasta la actualidad; y la influencia que estos sistemas tienen en la importancia que fueron adquiriendo los presidentes del alto tribunal.

Como explica el autor, si bien en el pasado el cargo de presidente no se correspondía con una gran carga de trabajo, esto cambia a medida que se acrecienta el rol que desempeña la propia Corte quien, por medio de acordadas, va atribuyendo al presidente distintas tareas que se suman a las que le asigna el legislador ordinario.

De esta manera, concluye Benedetti, el rol de *primus inter pares* que tradicionalmente desempeñaba el presidente del tribunal se va transformando hasta convertirse en *primus sobre pares*.

Dado que *La Corte Genaro Carrió* no se estructura en capítulos, en lo que sigue presentaré los textos que conforman el cuerpo principal de la obra identificándolos por su título y autor.

4.1. “*La Corte Genaro Carrió: hacia una cultura del argumento para una sociedad democrática*”. Laura Clérico y Paula Gaido

El primer texto presenta la mirada que atraviesa toda la obra: me refiero al análisis de la producción de la Corte Carrió en el contexto del restablecimiento de la democracia, que es considerado por Clérico y Gaido como ineludible ángulo de lectura.

El trabajo expone las razones que tornan insoslayable terminar con la Corte de la dictadura y proceder a la integración de un nuevo tribunal comprometido a enfrentar el pasado reciente.

Destaca también la relevancia que atribuye la Corte Carrió a los derechos y garantías, cuyo control desarrolla no solo indagando si el acto que restringe derechos respeta el principio de legalidad, sino dando especial trascendencia al análisis de si existen razones que justifiquen su eventual restricción.

Estas dos miradas explican la selección de los “focos jurisprudenciales” que se analizan en la obra: los dos primeros (justificación de la justicia civil para juzgar a los militares y ruptura con la doctrina de *facto*) responden a la urgencia de dar respuestas al pasado dictatorial, mientras que los tres res-

tantes (“Arenzón”, “Poncetti de Balbín” y “Fiorentino”) reflejan la clave argumentativa que la Corte quiso instalar en materia de derechos y garantías.

Para Clérico y Gaido, la Corte Carrió inaugura un período en el que se sienta una “jurisprudencia de oro” en materia de derechos humanos y garantías; y las bases para la consolidación del Estado de derecho y la democracia.

Bajo la presidencia de Carrió —afirman— la agenda de la Corte plasmó la transformación de una cultura autoritaria en otra que exige a los poderes del Estado “dar razones”, “justificar” sus actos. Esta mirada se extendió, incluso, hacia el interior del propio tribunal, ámbito en el que Carrió imaginó una Corte que habla “con una sola voz y sin estridencias”.

En definitiva —concluyen las autoras— el diálogo, la deliberación y la cultura del argumento son los legados que dejó la Corte Carrió.

4.2. “El Poder Judicial en los primeros años de la democracia: prácticas cotidianas y rituales de cambio”. Leticia Barrera

En este texto Leticia Barrera se aproxima al campo jurídico desde una mirada que asume el derecho, no como un sistema cerrado y autónomo, sino como un campo en el que se expresa lo social y en el que confluyen intereses políticos, ideologías y moralidades.

Ello explica que proponga una interpretación contextualizada que se ocupa de dos aspectos del campo jurídico: por un lado, de los efectos simbólicos del discurso, los actos y las prácticas en relación a los reclamos de justicia y, por otro, de la política del nuevo gobierno democrático con relación al Poder Judicial.

La autora se detiene en el análisis de las formas jurídicas en las que se plasma la renovación de la Corte. Muestra cómo, despojadas de contexto, presentan los hechos en un marco de continuidad y regularidad. Esta lectura cambia cuando se los contextualiza y sitúan en el momento político determinado y crítico en el que se dan: el retorno al sistema democrático luego de siete años de dictadura.

En lo que atañe a la composición del Poder Judicial, explica Barrera, no estaba en la mente de Alfonsín dinamitarlo, pero tampoco mantener la integración que venía de la dictadura. Ello motivó la puesta en comisión

de todos los jueces y el requerimiento del acuerdo del Senado para continuar en el cargo. Como resultado, fueron confirmados la gran mayoría de los magistrados, excepto aquellos impugnados por causas de derechos humanos cuyos pliegos quedaron fuera de discusión al no ser propuestos por el Ejecutivo.

De allí que —concluye Barrera— durante los primeros años de la transición democrática se mantuvo estable la dinámica del funcionamiento del Poder Judicial, apoyada en la relación establecida entre agentes judiciales que trasciende a los gobiernos. De esta manera la función jurisdiccional, entendida como actividad técnica, se proyectó como continua y contrastó con la decisión del Poder Ejecutivo de darle un sentido marcadamente político a la designación de los miembros de la Corte.

La decisión del gobierno de tomar distancia del régimen precedente, por otra parte, marcó fuertemente el contexto político en el que se desempeñaba el Poder Judicial. Esta decisión se plasmó en actos con fuerte sentido simbólico, como la sanción de la Ley 23040, que declaró insanablemente nula la autoamnistía y negó su fuerza obligatoria desde el nacimiento; la reforma de los tribunales comprometidos con el juzgamiento de violaciones de derechos humanos; y —muy especialmente— el juicio a los ex comandantes de la junta militar.

De esta manera —concluye la autora— el carácter extraordinario del ritual de cambio entra en tensión con la continuidad de la práctica judicial. Mas, lejos de suprimirse recíprocamente, ambos coexisten en relación dialéctica, alimentando una dinámica propia de funcionamiento del Poder Judicial.

4.3. “Genaro R. Carrió”. Alberto Garay

Alberto Garay asume la tarea de proporcionar al lector una semblanza aproximada de Genaro Carrió.

Nacido en Concordia, provincia de Entre Ríos —explica Garay—, Carrió cursó sus estudios universitarios en la ciudad de La Plata, donde se vio deslumbrado por las enseñanzas de Carlos Cossio y Ambrosio Gioja. Una vez recibido, entrelazó el ejercicio profesional con la actividad académica, siendo fundamental las estancias que pasó en Estados Unidos (1954-

1956) y en Oxford (1964 y 1968-1969), en donde trabajó bajo la supervisión del filósofo Herbert L. A. Hart.

Para Garay, en el legado de Carrió, tan importantes son las obras de su autoría como las numerosas traducciones que hizo de autores de habla inglesa que, por primera vez, podían ser leídos en Argentina por un público al que —en la década del 80— le era difícil conseguir bibliografía actualizada.

En lo que atañe a la defensa de los derechos humanos, Garay destaca el paso de Carrió por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1972) —cargo al que renunció por la inacción de la Asamblea General de la OEA frente al caso chileno—¹⁴ y, particularmente, el patrocinio de *habeas corpus* de detenidos por el régimen militar argentino.

Restablecida la democracia, Raúl Alfonsín lo propuso como ministro de la Corte, siendo luego designado presidente del cuerpo por el voto de los jueces que integraban el tribunal. Mas la sobrecarga de tareas, la falta de acuerdo respecto de la forma en que debe trabajar un cuerpo colegiado y las enemistades internas hicieron que la permanencia de Carrió en el tribunal fuera breve.

El afectuoso retrato que pinta Garay de Genaro Carrió tiene la virtud no solo de acercar al lector a la imagen pública de quien califica como una de las mentes jurídicas argentinas más brillantes, si no que —a la vez— devela aspectos de su vida privada —por ejemplo, el vínculo que lo unió a su familia—, sus estados de ánimo —feliz en Oxford, extremadamente triste a su regreso, abatido y frustrado en su paso por la Corte— e, incluso, de su salud que se apagaba.

La Corte, explica Garay, no le brindó a Carrió la armonía que necesitaba para desarrollar sus capacidades. Renunció el 17 de abril de 1985, a los 63 años de edad. A partir de entonces —concluye Garay (2019)— Genaro Carrió “... nunca volvería a ser el de antes” (p. 77).

¹⁴ País al que la Comisión Interamericana concurrió para investigar denuncias por violaciones masivas de derechos humanos.

4.4. “Una reconstrucción (no jurisdiccional) de la Corte presidida por Genaro Carrió. Tras los rastros de las acordadas y resoluciones más significativas”. Miguel Benedetti

En cuarto lugar, se agrega un novedoso estudio en el que se analiza la llamada “actividad no jurisdiccional” del tribunal, expresión con la que se busca aprehender “una gama heterogénea y sub explorada de facultades constitucionales del tribunal como cabeza del Poder Judicial de la Nación que se ejercen por fuera de la actividad propiamente jurisdiccional que se manifiesta por medio de sentencias” (Benedetti, 2019a, p. 79).

Esta línea, precisa Benedetti, asume que las acordadas y resoluciones no solo abordan cuestiones burocráticas o de organización interna sino que se emplean como medio de intervención pública y expresión política del tribunal frente a la sociedad, los poderes políticos y el propio Poder Judicial.

En orden a la forma de abordar este material, el autor precisa que no es su intención efectuar un inventario de todas las acordadas y resoluciones investigadas. Se decanta, en cambio, por una lectura panorámica que —aclara— permite detectar más conexiones de las que se podría esperar.

Este análisis toma particularmente en cuenta la transición democrática de esos años —calificada por Nino como “única” y *sui géneris* (Benedetti, 2019a, p. 89)— como el gran marco contextual en el que se dan, en forma simultánea, otros procesos de transición más limitados, pero que también tienen su origen en el pasado dictatorial e impactan en las actuaciones no jurisdiccionales de la Corte Carrió.

A la hora de categorizar la problemática que debía abordar la Corte, el autor considera insuficiente la dicotomía “pasado-presente” y se decanta por la distinción entre problemas “residuales” y “emergentes”, utilizando las expresiones en el sentido propuesto por Williams (Benedetti, 2019 a, p. 91). Concluye que la Corte Carrió recurre a una tradición selectiva, mediante la inclusión y exclusión de prácticas que combinan precedentes de determinados períodos en los que el Poder Judicial recupera su dignidad y jerarquía, con innovaciones en múltiples temáticas, algunas de ellas bastante audaces para el momento que se atravesaba.

Finalmente, la aplicación de la hipótesis de lectura propuesta al material seleccionado lleva al autor a señalar que la Corte hizo un manejo prudente —

pero a la vez activo y alerta— de las facultades constitucionales como cabeza del Poder Judicial en relación a los otros poderes de la democracia recuperada; a la vez que dio respuesta a problemas “residuales” —como la cuestión de la “Morgue Judicial” o la ratificación y revisión de la situación de funcionarios judiciales designados durante el gobierno de *facto*— y atendió los asuntos “emergentes” —como la reorganización interna de la propia Corte; la adopción de sistema de concursos públicos para la designación de funcionarios judiciales que requieren título habilitante; el control reglamentario sobre la conducta de jueces y funcionarios; así como también las innovaciones (y reacciones) frente a distintas situaciones del personal judicial—.

De esta manera, concluye el autor, la polifacética actuación no jurisdiccional muestra cómo la Corte Carrió, a pesar de ser una de las más breves en la historia del tribunal, colaboró en la empresa de restablecer las instituciones del Estado de derecho.

4.5. “Justicia militar, justicia federal”. Leonardo Filippini

A continuación, la obra presenta el trabajo titulado “Justicia militar, justicia federal” en el que se aborda el primer “foco jurisprudencial” seleccionado por las editoras. Me refiero a la ubicación de la jurisdicción castrense en democracia.

Recuerda Filippini que, en diciembre de 1983, el Poder Ejecutivo convocó a sesiones extraordinarias para tratar un grupo de leyes entre las que se encontraba la reforma del Código de Justicia Militar. El proyecto original enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación reconocía la jurisdicción castrense para juzgar los hechos cometidos en el pasado, a la vez que atribuía a las Cámaras Federales de Apelaciones amplios poderes de revisión de las decisiones de aquella jurisdicción.

El Congreso de la Nación, al debatir el proyecto, le introdujo modificaciones relevantes, que —en palabras de Nino— “frustraba la estrategia de Alfonsín” quien, sin embargo, decidió no intervenir y aceptar la suerte del proyecto (Filippini, 2019, p. 128. Nino, 2015, p. 147.)

En definitiva, en lo que aquí interesa, la ley sancionada atribuyó a la jurisdicción castrense el conocimiento de los delitos cometidos con ante-

rrioridad a la vigencia de la ley, con un recurso ante las Cámaras Federales de Apelaciones. En caso de demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio, la Cámara podía también asumir el conocimiento del proceso, cualquiera fuera el estado en que se encontraran los autos.

Frente a la nueva ley, explica Filippini, la Corte Carrió se centró en definir el lugar de la jurisdicción castrense en democracia. Así: en “Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas” hizo una lectura estricta de lo que se entiende por “acto de servicio”; en “Gauna” limitó la intervención de la jurisdicción militar respecto de civiles y falló en “Giusti” a favor del imputado, a pesar de la interposición extemporánea del recurso, por considerar que el Consejo Supremo Militar había violentado la garantía de la *reformatio in peius*.

En lo que atañe a la adopción de mecanismos específicos para abordar crímenes de la dictadura, al resolver los casos “Competencia 40” y “Bignone”, la Corte contribuyó a llevar adelante el juicio a la junta militar al aceptar —en un primer momento— que sean realizados por tribunales militares conforme pretendía el poder político. Mas tarde, en “Videla”, avaló también la decisión del Congreso de asignarle a las cámaras federales la potestad de avocarse frente a la demora injustificada o negligencia en la tramitación del tribunal castrense.

El último caso, destaca Filippini, resulta particularmente relevante porque en él la Corte explicó el enfoque que asume sobre la interpretación constitucional. Al hacerlo, dio particular importancia al “contexto” que —explicó el tribunal— “no está integrado por palabras sino de ‘historia y finalidades’”. Desde esta mirada —agrega— cabe reconocer que los militares pueden invocar como jueces naturales a los tribunales castrenses para los delitos cuya modalidad autorice a incluirlos en la competencia castrense (Filippini, 2019, pp. 152-153).

Mas, precisa el autor, la Corte afirmó abreviar en su propia línea interpretativa para justificar la constitucionalidad de las restricciones impuestas por el artículo 10 de la Ley 23049 a las atribuciones conferidas al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.

Para Filippini, la transición democrática marcó el tono dramático del grupo de decisiones sobre jurisdicción militar. Los jueces, señala el autor, estaban persuadidos del contexto en el que se toman las decisiones y acom-

pañaron a la administración en el experimento de condenar el pasado, pero sin poner en cuestión al futuro.

En este marco, concluye el autor, la Corte produjo decisiones originales que buscaban legitimar en líneas argumentales ya desarrolladas por el tribunal en torno a principios basales de la Constitución. De esta manera, la Corte colaboró en romper con el pasado inmediato, pero sobre la base de referencias tangibles a principios anclados en la memoria colectiva de libertades constitucionales, plegándose a la idea de la época según la cual se había extraviado el camino de civilidad al que se podría retornar.

4.6. “Normas de *facto*/normas de *iure*: la influencia filosófica en la Corte Carrió”. Gustavo Beade, Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo

El segundo “foco jurisprudencial” se centra en la validez de las decisiones emanadas de un gobierno de *facto* y es abordado por Gustavo Beade, Camila Petrone y María de los Ángeles Ramallo.

La problemática presentaba especial relevancia en 1983, no solo por la extensión de la interrupción del orden constitucional sino, por la decisión de la junta militar de otorgar una amplia autoamnistía. Esta ley constituía un obstáculo para los juicios de abusos a los derechos humanos toda vez que, aun cuando se la derogara, ello no impedía su aplicación en virtud del artículo 2 del Código Penal, que garantizaba a los imputados el beneficio de la ley más favorable (Nino, 2015, p. 134).

Entre la convalidación plena y el desconocimiento global de la legislación de *facto* un grupo de académicos comprometidos con la transición democrática propuso una tercera alternativa: otorgarle una validez precaria, fundada en la necesidad y no en una presunción de justicia que emana del procedimiento de origen democrático.

Conforme esta alternativa, las normas de *facto* gozan de una validez *prima facie* que es determinada por consideraciones de paz y seguridad. De allí que sean obligatorias solo hasta que sea evaluada su adecuación axiológica. Los jueces tienen la obligación de valorar el contenido de las normas de *facto*. Dada la precariedad de estas normas, además, ellas no

generan derechos adquiridos antes que se haya corroborado su legitimidad (Nino, 1983; Nino, 1985).

Reinstaurada la democracia, la Corte decidió seguir la línea propuesta, abandonando la llamada “doctrina de *facto*” sostenida desde el golpe de 1930. Lo ocasión se presentó el 14 de febrero de 1984 cuando el tribunal resolvió el caso “Aramayo”. A este fallo le siguieron “Dufourq”, “Bosch”, “Gary”, “Buzzetti Thomson” y “Brieva”.

Beadé, Petrone y Ramallo advierten que los comentaristas suelen sostener que las decisiones adoptadas en todos estos casos constituyen un grupo uniforme en los que el tribunal construye una doctrina sobre el problema. Los autores no están persuadidos por esta afirmación. Entienden, en cambio, que se trata de problemas distintos que el tribunal presenta, en forma insatisfactoria, como uno solo.¹⁵

En “Aramayo” el actor, que había sido designado como juez por el gobierno democrático anterior y removido por el gobierno de *facto*, solicitó que se lo restablezca en el cargo. El planteo fue rechazado por la Corte. Para así resolver, el tribunal afirmó que la restitución del orden constitucional requiere que los poderes del Estado nacional o de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen explícita o implícitamente los actos del gobierno de *facto*. Dejó, de esta manera, de lado explícitamente la validez de las normas dictadas durante la dictadura militar y las condicionó a la decisión que tome el Estado.

Como observan Beadé, Petrone y Ramallo, el criterio transcrito no justifica por sí solo la decisión a la que llegó el tribunal en “Aramayo”. Ello toda vez que el reclamante había sido designado por un gobierno democrático y removido por un gobierno de *facto*. De allí que, si las normas de *facto* no son normas válidas, una decisión apoyada en este argumento le habría permitido a Aramayo retornar al cargo. Esto los lleva a buscar otros

¹⁵ Destacan que, mientras el primer caso trata sobre un juez designado por un gobierno de *iure* que es destituido por el gobierno militar, los restantes se refieren a: a) jueces y/o funcionarios judiciales designados por el gobierno democrático ratificados por la dictadura que luego no son confirmados al reinstaurarse la democracia (“Bosch” y “Brieva”); b) jueces y/o funcionarios judiciales directamente designados por el gobierno de *facto* que no son confirmados por el gobierno de *iure* (“Dufourq”, “Buzzetti Thomson”, “Gary”).

fundamentos que —afirman— son los que inclinan la balanza de razones en contra de la pretensión del actor.

En “Dufourq” y “Buzzetti Thomson” la Corte agregó que un gobierno de *facto* puede sancionar normas válidas para el futuro, pero no integrar poderes de *iure*, que solo puede ser hecho conforme a la directiva del art. 86 inc. 5 de la CN (texto 1853-60). Este argumento justifica que los jueces designados durante la dictadura no gocen de la garantía de la inamovilidad.

En “Bosch” y “Brieva” —siguiendo el presente sentado en “Sagasta” (1958)— precisó que también carecen de la garantía de la inamovilidad aquellos jueces que, si bien fueron nombrados con anterioridad al gobierno de *facto*, fueron puestos “en comisión” y confirmados por este.

Si bien Beade, Petrone y Ramallo consideran que la doctrina sentada por la Corte Carrió es correcta, cuestionan el alcance que se les otorga. En tal sentido están de acuerdo con que un gobierno constitucional tiene que poder designar a sus propios jueces. Mas —afirman— el argumento no funciona en los casos “Aramayo”, “Bosch” y “Brieva”.

En este marco, se preguntan si es posible identificar un fundamento común a la resolución de estos casos que justifique las decisiones adoptadas. Lo encuentran a partir de algunas nociones de ética normativa. Sostienen que la Corte —particularmente en “Aramayo”— construyó un concepto de seguridad jurídica basado en principios utilitaristas. Dicho concepto demanda preservar la regularidad de la transición democrática a la vez que evitar la proliferación de reclamos que podría haber dado lugar resolver el caso de manera diferente. Esta construcción —agregan— es la que permite que la seguridad jurídica siempre se imponga en la ponderación de los derechos alegados por los demandantes.

Mas allá que se pueda estar de acuerdo con la naturaleza utilitarista del argumento empleado por el tribunal para justificar la decisión adoptada en “Aramayo”, su extensión a “Bosch” y “Brieva” resulta —al menos— discutible. Ello pues estos casos presentan propiedades relevantes que los asemejan a “Dufourq” y “Buzzetti Thomson”, a la vez que los distinguen de “Aramayo”. Si bien el título de “Bosch” y “Brieva” provenía originalmente de un gobierno de *iure*, la posterior puesta “en comisión” por el gobierno de *facto* privó al cargo de la garantía de la inamovilidad conferida por el art. 96 de la Constitución Nacional (texto 1853-60). La nueva designación

por el Ejecutivo de *facto*, al no ser efectuada conforme lo reglado por el art. 86 inc. 5 de la Constitución Nacional (texto 1853-60), no purgó el vicio. Tampoco lo hizo el artículo 10 del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional cuya validez, a lo sumo, alcanza al período de la dictadura.

Esto no significa desconocer que de un argumento por analogía no deriva certeza. La conclusión, en consecuencia, no pretende cerrar el debate sino reabrirlo hacia un nuevo intercambio de razones que permita evaluar la fuerza de los argumentos en pugna.

4.7. “Razonabilidad, igualdad y educación en escena: el caso ‘Arenzón’”. Liliana Ronconi, Victoria Fiorotto y Martina Galli

En lo que sigue la obra se concentra en tres sentencias de la Corte Carrió especialmente seleccionadas por las editoras por considerar que constituyen ejemplos paradigmáticos de la clave argumentativa que el tribunal quiso implementar en materia de derechos y garantías.

El primer trabajo, titulado la “Razonabilidad, igualdad y educación en escena: el caso ‘Arenzón’”, aborda la sentencia dictada por el tribunal en el caso identificado por Petracchi (1988) como “el caso del profesor petiso”.

En él, la Corte trató una acción de amparo interpuesta en contra de la decisión de la Dirección de Sanidad Escolar de negar el certificado de aptitud psicofísica para ingresar al profesorado de matemática y astronomía a una persona que no reunía el requisito de altura —1,60 m— requerido por la resolución 957/81-.

Ronconi, Fiorotto y Galli observan que, el contexto político y social en el que se dicta la resolución, apareció en forma clara en el voto concurrente firmado por los ministros Petracchi y Belluscio que afirmó que la Corte no puede prescindir del hecho de que “la exigencia ha sido establecida por una autoridad de *facto*, lo que exige una revisión judicial honda y puntual”. Advierten que el voto comentado tomó en cuenta también el contexto en el que se dictó la sentencia, en cuanto refiere a la incompatibilidad del requisito de la estatura mínima con “la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente” y que esta exigencia “mancha el ordenamiento jurídico argentino con valores éticos sustancialmente anacrónicos”.

Las autoras precisan que la Corte aplicó un método interpretativo que se relaciona con la visión sobre el papel de los jueces defendida por Ely (1997). Para dicho autor el control de constitucionalidad se ejerce para proteger el proceso democrático. Siguiendo este razonamiento, los jueces solo intervienen cuando las leyes se entrometen sospechosamente en derechos asociados al proceso democrático y atentan contra las minorías.

El fallo sostuvo que la negativa de extender el certificado de aptitud psico-física no guardaba relación razonable con el objetivo de estudiar el profesorado de matemática y astronomía; advirtió que la necesidad de la medida no pudo ser probada por el Ministerio y destacó que las circunstancias de que el Ministerio obrase en ejercicio de facultades discrecionales, no justificaba una conducta arbitraria, ya que es la razonabilidad con que se ejercen esas facultades lo que da validez a los actos de gobierno.

En orden al impacto de esta sentencia en decisiones futuras, las autoras proponen tres ejes que surgen de tres reglas implícitas que la Corte elaboró o dejó latente en su argumentación. Dichos ejes son:

- El ejercicio de facultades discrecionales de la Administración no puede ser arbitrario: toda medida debe guardar un vínculo de razonabilidad comprobable entre el medio elegido y el fin perseguido.
- La educación que sostiene una comunidad democrática es aquella en la que se brindan razones públicas y razonables en el proceso de enseñanza-aprendizaje.
- Toda distinción basada en la apariencia física o similar exige brindar razones objetivas y razonables para ser válida.

Esta última regla —afirman Ronconi, Fiorotto y Galli— se explica porque, si bien el fallo no trabajó en forma expresa el principio de igualdad, subyace a la argumentación desarrollada una concepción de igualdad que no se limitó a exigir un trato idéntico entre quienes caen dentro de la clasificación que realiza la norma y trato desigual respecto de quienes se encuentran fuera de esa clasificación, si no que empezó a preguntarse sobre la “razonabilidad de la distinción”. Comienza, en consecuencia, a exigir razones que hablen a favor o en contra del criterio utilizado por el legislador para clasificar.

Estas reglas son retomadas, sostenidas y reelaboradas a lo largo de las siguientes composiciones del tribunal, tal como lo demuestran Ronconi, Fiorotto y Galli en el trabajo que se comenta.

4.8. “El caso ‘Ponzetti de Balbín’: el choque entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad”. Hernán Gullco

A continuación, la obra presenta el trabajo titulado “El caso ‘Ponzetti de Balbín’: el choque entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad”.

El caso, originado en la demanda de daños y perjuicios iniciada por la esposa e hijo del Ricardo Balbín contra la Editorial Atlántida por la publicación de una fotografía del político radical cuando agonizaba en terapia intensiva, llegó al Corte vía un recurso extraordinario federal interpuesto por la parte demandada.

Para Gullco la importancia de la sentencia radica en que configura el primer análisis moderno efectuado por el tribunal respecto de la tensión entre libertad de expresión y el derecho a intimidad, entendidos ambos como derechos que emergen del texto constitucional (art. 14 y 19 CN).

Cabe prestar atención a un dato estructural de la decisión: se trata de una sentencia que, si bien es unánime en cuanto a lo que resuelve, no lo es en sus fundamentos toda vez que está conformada por tres votos concurrentes, cada uno de los cuales desarrolla su propia cadena argumentativa. Determinar qué argumentos tienen mayoría a fin de precisar la doctrina que emerge del fallo es una tarea que asume quien comenta la decisión.

El problema a resolver es identificado por Gullco a partir del voto suscripto por los ministros Carrió y Fayt, que destaca que, en el caso, no está en juego el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa (art. 14 CN) sino los límites al derecho a la información en relación directa con el derecho a la intimidad (art. 19 CN). En consecuencia, observa el autor, no se plantea una “restricción previa” al ejercicio de la libertad de expresión sino de una “restricción ulterior” (art. 13.2 Convención Americana de Derechos Humanos).

El autor resalta el reconocimiento que —al momento de resolver el caso— tenía la libertad de expresión en la jurisprudencia del tribunal, reco-

nocimiento que encuentra fundamento en la relación estrecha que guarda este derecho con la democracia.

Para justificar esta afirmación, Gullco cita el precedente “Abal” (1960) en el que la Corte afirmó:

(...) entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal” ... “está claro que la Constitución al legislar sobre libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.

Mas, la decisión en “Ponzetti de Balbín” se decantó por dar primacía — en el caso— al derecho a la intimidad respecto de la libertad de expresión.

Las razones que sustentaron la decisión son sintetizadas por Gullco en la siguiente forma:

- La libertad de expresión es un aspecto central de un estado democrático.
- El derecho a la intimidad, que también tiene fundamento constitucional, requiere una fuerte tutela judicial.
- La actuación pública o privada de los “personajes públicos” puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad siempre que lo justifique el interés general.
- El avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector de vida privada protegida de toda intromisión.
- Dado que la difusión de las fotografías no está justificada en un interés general, corresponde concluir que la publicación de la revista demandada no se encuentra tutelada por la libertad de expresión.

La doctrina suele destacar también otros argumentos desarrollados por la sentencia,¹⁶ mas, al carecer de apoyo mayoritario, estos argumentos no

¹⁶ Por ejemplo, el considerando 8 del voto firmado por Carrió y Fayt o la postura asumida por Petracchi en considerandos 16 y 17 que ubica bajo el amparo del artículo 19 de la CN no

se presentan como fundamento de la decisión, sino opinión de los jueces que los suscribieron. En lo que sigue, el trabajo señala las repercusiones favorables que tuvo el fallo en los comentaristas de la época y se concentra en la aplicación del precedente en casos posteriores, tanto por la propia Corte como por tribunales inferiores.

4.9. “Fiorentino’ y el derecho ‘nocturnal’: Una interpretación en clave de justicia transicional”. Margarita Maxit y Juan F. González Bertomeu

Las garantías en el proceso penal constituyen el último “foco jurisprudencial” analizado en la *La Corte Genaro Carrió*. La tarea queda en manos de Margarita Maxit y Juan F. González Bertomeu, quienes las abordan a partir del caso “Fiorentino”.

Los autores, lejos de limitarse a analizar los aspectos normativos de la decisión, indagan sobre su importancia específica en el contexto de la transición democrática, para finalmente abarcar los distintos fundamentos y el alcance de la regla de exclusión, y las implicaciones negativas que podría acarrear abandonar el criterio sentado en “Fiorentino”.

Al igual que en los trabajos anteriores, Maxit y González Bertomeu, comienzan por presentar los hechos del caso: en 1981 un joven es detenido por la policía cuando ingresaba con su novia en el edificio en el que vivía con sus padres. Al ser “interrogado” el joven habría reconocido “espontáneamente” poseer marihuana en su departamento y “autorizado” el registro domiciliario. Los padres, que se encontraban en la cocina al momento del ingreso al domicilio, no se habrían opuesto “de viva voz”.

Si bien la defensa cuestionó la legalidad del procedimiento, por ser contrario a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, el juez no le hizo lugar por entender que el allanamiento había sido “consentido”.

Llevadas las actuaciones ante la Corte, el tribunal se pronunció en una sentencia conformada por un voto mayoritario —suscripto por Caballero,

solo lo que acontece en el fuero íntimo de las personas sino también las conductas externas de los individuos.

Fayt y Belluscio— y un voto concurrente —firmado por Petracchi—. Ambos votos coincidieron en identificar los puntos a resolver y el tipo de respuesta que dieron. Mas difirieron en el nivel argumentativo que desarrollaron.

Siguiendo la postura de los firmantes, los autores identifican dos cuestiones a resolver:

- Si la vía recursiva ante la Corte podía abrirse para analizar la validez del allanamiento o si, por el contrario, se trataba de una cuestión procesal ajena al recurso extraordinario federal, como había sostenido el tribunal en “Gullo”.¹⁷
- Si debía desecharse la prueba obtenida en forma ilegal o podía ser considerada en el pleito a pesar de su ilegalidad de origen.

Como muestran Maxit y González Bertomeu, en “Fiorentino” el tribunal decidió expresamente separarse del precedente “Gullo” por entender que la sustancia del planteo lleva a determinar el alcance de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. En este marco, el tribunal efectuó una interpretación robusta en la que dio contenido a la garantía de la inviolabilidad del domicilio y enfatizó que esta debe ser respetada sin condicionamientos ni excepciones. Al hacerlo —agregan Maxit y González Bertomeu— no solo resolvió sobre la admisibilidad del recurso extraordinario, sino que “federalizó” la garantía lo cual —concluyen— tiene implicaciones normativas y remediales significativas.

Una vez resuelta la invalidez del registro, la Corte resolvió también la invalidez del secuestro practicado en esas circunstancias, siguiendo los precedentes sentados por el tribunal en “Charles Hnos” y “Montenegro”.

De la decisión del caso, Maxit y González Bertomeu extraen dos reglas:

- La validez de un proceso de allanamiento constituye cuestión federal suficiente, pues gira en torno a la definición del alcance de la garantía de inviolabilidad del domicilio.

¹⁷ Esta cuestión incluye una tercera: definir cuál es el alcance de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

- Un procedimiento de allanamiento es inválido, y debe desecharse la prueba que de él se obtenga, si aquél no cuenta con autorización judicial y no se da alguno de los supuestos que la exceptúa.

Destacan, no obstante, que en el fallo quedó abierta la cuestión respecto de cuáles son estos supuestos, mas allá de los contemplados en la ley procesal. El consentimiento libre —agregan— podría ser tomado como uno de ellos, lo que parece implícitamente aceptado en el voto mayoritario en “Fiorentino” y expresamente en el voto de Petracchi.

En lo que respecta a la relevancia que cabe asignar al caso en la reinstauración de la democracia, Maxit y González Bertomeu destacan que se trata de una decisión a favor de la protección de esta garantía en un momento del país en el que tenía importantes consecuencias. Recuerdan que la ilegalidad con la que se manejaron las fuerzas de seguridad durante la dictadura no se limitó a quienes fueron víctimas del terrorismo de Estado, sino que se hizo extensiva a la criminalidad ordinaria. De allí que, sostengan los autores, el fallo puede ser considerado como una herramienta de justicia transicional al poner en cuestionamiento la validez del accionar estatal desde el prisma constitucional. Desde un plano simbólico y expresivo, concluyen, el fallo marcó un quiebre con el pasado para abrazar la nueva legalidad.

En lo que sigue, Maxit y González Bertomeu pasan revista a los casos resueltos por el tribunal con posterioridad a “Fiorentino”. Muestran que, si bien las cuestiones constitucionales vinculadas a la inviolabilidad del domicilio fueron cambiando, el tribunal habilitó su intervención y resolvió en consecuencia, en los casos en que estuvo en juego la observancia de la doctrina sentada en “Fiorentino”.

Finalmente, en la última parte del trabajo, los autores amplían el ámbito de análisis para indagar el valor de la regla de exclusión en un nivel más general y explorar las consecuencias de adoptar algunas de sus posibles justificaciones.

5. A modo de cierre

El proyecto “La Corte y sus presidencias” inaugura un nuevo ángulo de análisis de la producción de la Corte Suprema de Justicia argentina que toma como criterio de clasificación sus propias presidencias. Dicho enfoque se caracteriza por la relevancia que atribuye al contexto político y social en el que actúa el tribunal y por ampliar la mirada para abarcar tanto la producción jurisdiccional como no jurisdiccional.

La Corte Genaro Carrió se presenta como el primer corte temporal en el que se aplican las herramientas metodológicas desarrolladas en aquella investigación.

El resultado es una obra colectiva y plural, entretrejida entre directores, editores y autores, en la que cada texto independiente se enlaza con los demás a partir de una línea argumentativa común, centrada en el momento histórico en el que le toca actuar al tribunal y la preocupación por sentar las bases de una cultura del argumento para una sociedad democrática.

Bibliografía

- Abásolo, E. (2013). La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1983). En Santiago, A. (dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina* (pp. 481-525). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Benedetti, M. (2019a). Una reconstrucción (no jurisdiccional) de la Corte presidida por Genaro Carrió. Tras los rastros de sus acordadas y resoluciones más significativas. En L. Clérico y P. Gaido (eds.), *La Corte Genaro Carrió* (pp. 79-121). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Benedetti, M. (2019b). Los otros presidentes: designación y duración de la presidencia de la Corte Suprema Argentina (1863-2018). En L. Clérico y P. Gaido (eds.), *La Corte Genaro Carrió* (pp. 259-290). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Castagnola, A. (2020). La trampa de la manipulación judicial: Un análisis histórico de la manipulación política de la Corte Suprema argentina. *Revista Uruguaya de Ciencias Políticas*, 29(1), 49-79.
- Cayuso, S. y Gelli, M. A. (1988). Ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de justicia de la Nación de 1930.

- Recuperado 29/01/2021 de http://www.derecho.uba.ar/investigacion/Cuadernos_de_Investigaciones1.pdf
- Clérico, L. y Gaido, P. (eds.) (2019). *La Corte Genaro Carrió*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza*. Santa Fe de Bogota: Siglo del Hombre Editores.
- Federal Judicial Center. *Supreme Court of the United States: Chief Justices*. Recuperado 29/01/2021 en <https://www.fjc.gov/history/courts/supreme-court-united-states-chief-justices>
- Filippini, L. (2019). Justicia militar; justicia federal. En L. Clérico y P. Gaido (eds.), *La Corte Genaro Carrió* (pp. 123- 157). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Garay, A. (2019). Genaro Carrió. En L. Clérico y P. Gaido, *La Corte Genaro Carrió* (pp. 63-77). Buenos Aires: Ad Hoc.
- García Mansilla, M. (2020). En Contra de otro ‘Court-Packing Plan’ Criollo. Recuperado 29/01/2021 de <http://endisidencia.com/2020/06/en-contra-de-otro-court-packing-plan-criollo/>.
- Helmke, G. (2017). Judicial Manipulation in Latin America. Recuperado 29/01/2021 de https://www.gretchenhelmke.com/uploads/7/0/3/2/70329843/judicial_manipulation_helmke.pdf.
- Nino, C. S. (1983). Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas de facto. *La Ley*, 1983-D, 935.
- Nino, C. S. (1985) *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. S. (2015). *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Pellet Lastra, A. (2001). *Historia política de la Corte (1930-1990)*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pérez- Liñan, A. y Castagnola, A. (2017). Los legados de la inestabilidad judicial en América Latina. *Perspectivas Revista de Ciencias Sociales*. 2(4), 52-73.
- Petracchi, E. (1988). La democracia y el Poder Judicial. *Lecciones y Ensayos*, 49, 301-309.
- Santiago (h), A. (dir.) (2013-2014). *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Vallefn, C. (2015). La presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la República Argentina (comentario desde la perspectiva de su par de los Estados Unidos de Norteamérica). En M. Carbonell Sánchez, H. Fix Fierro, y D. Valadés (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria* (pp. 563-573) México: UNAM.

Acordadas

Año 1930 – CSJN, Fallos 158:290.

Año 1943 – CSJN, Fallos 196:5.

Fallos

“Abal” – CSJN, Fallos 248:291.

“Aramayo” – CSJN, Fallos 306:72.

“Arenzón” – CSJN, Fallos 306:400.

“Bignone” – CSJN, Fallos 306:655.

“Bosch” – CSJN, Fallos 306:134.

“Brieva” – CSJN, Fallos 306:1644.

“Buzzetti Thomson” – CSJN, Fallos 306:1421.

“Charles Hnos” – CSJN, Fallos 42:157.

“Competencia N° 40” – CSJN, Fallos 306:303.

“Dufourq” – CSJN, Fallos 306:174.

“Fiorentino” – CSJN, Fallos 306: 1752.

“Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas” – CSJN, Fallos 306:271.

“Gary” – CSJN, Fallos 306:035.

“Gauna” – CSJN, Fallos 306:63.

“Giusti” – CSJN, Fallos 306:435.

“Gullo” – CSJN, Fallos 301:676.

“Montenegro” – CSJN, Fallos 303:1938

“Ponzetti de Balbín” – CSJN, Fallos 306:1892.

“Sagasta” – CSJN, Fallos 241-50.

“Videla” – CSJN, Fallos 306:2101.

¿Un normativismo “redondo”? El positivismo jurídico “interno” a examen

Is an All-Round Normativism Possible? ‘Internal’ Legal Positivism Under Examination

M. Victoria Kristan*
Alba Lojo**

Recepción: 09/03/21

Evaluación: 16/04/21

Aceptación final: 04/05/21

Resumen: El presente trabajo realiza un abordaje crítico sobre la obra “Positivismo jurídico ‘interno’” (2018) de María Cristina Redondo. Se analizan cada uno de los capítulos de la obra con exhaustividad y se presentan diversas críticas o problemas que la autora ha dejado sin resolver. También se pone en valor sus virtudes y el recorrido que esta obra ha tenido en la discusión iusfilosófica actual. El principal objetivo de este trabajo es facilitar la lectura de la obra, clarificando diversos temas que se dan por conocidos o desambiguando algunos de los argumentos de la autora. Finalmente se realiza un balance de la obra y se concluye asegurando que a la posición teórica defendida a lo largo de los cinco capítulos, el positivismo jurídico interno, le espera un estimulante porvenir.

* Investigadora predoctoral (PDI) del Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: mariavictoria.inostroza@upf.edu.

** Investigadora predoctoral (PDI) del Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: alba.lojo@upf.edu.

Agradecemos los comentarios recibidos de Lucila Fernández Alle, Carolina Fernández Blanco, Andrej Kristan, José Juan Moreso, Lorena Ramírez-Ludeña y un/a revisor/a anónimo/a a versiones previas de este trabajo. Este trabajo ha sido realizado gracias a las ayudas BES-2017-081308 y BES-2017-081610, y a los proyectos DER2016-80471-C2-1-R y DER2016-80471-C2-2-R del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España.

Palabras clave: positivismo jurídico; positivismo jurídico interno; ontología; normatividad; punto de vista interno/externo

Abstract: This paper critically engages with the book “Positivismo jurídico ‘interno’” (2018) by María Cristina Redondo. Each of the chapters of the work is analyzed in detail, presenting various criticisms or problems that the author has left unresolved. The merits of this work and its discussion in the current legal philosophical literature are also presented. The main aim of this paper is to facilitate the understanding of the work by clarifying various issues that are taken for granted or by disambiguating some of the author’s arguments. Finally, a balance of the work is drawn, and it is concluded that the theoretical position defended in the five chapters, internal legal positivism, has a stimulating future.

Keywords: legal positivism; internal legal positivism; ontology; normativity; internal/external point of view

1. Introducción

Positivismo jurídico “interno”, libro de autoría de María Cristina Redondo editado por Klub Revus en 2018, es una muy bienvenida contribución a varios de los problemas más discutidos en la teoría y filosofía jurídica contemporánea. Entre otros, se trata la ontología y normatividad de las normas jurídicas, los rasgos metodológicos esenciales del positivismo, la aplicación práctica de las teorías jurídicas, o cuáles son los valores últimos que estas deben alcanzar. Desde su publicación, se ha perfilado como uno de los libros con mayor impacto y discusión en el ámbito de la teoría del derecho iberoamericano. A modo de ejemplo, grupos de investigación de España, Argentina o Chile han organizado eventos para discutirlo, lo que ha motivado el posicionamiento de buena parte de la comunidad académica respecto de la posibilidad de un positivismo jurídico “*interno*”.

En su libro *Positivismo jurídico “interno”*, Redondo ofrece una poderosa serie de argumentos apoyados en la concepción del positivismo jurídico “interno” o normativista, que desafía tanto a las concepciones antipositivistas como a las visiones puramente empiristas del derecho, principalmente

el realismo jurídico. La autora afirma que el enfoque del derecho positivo interno es posible y, además, es superador de las concepciones mencionadas.

Redondo desarrolla su argumentación a lo largo de cinco capítulos. En los primeros cuatro, la autora aborda, desde la perspectiva del positivismo normativista, diversos problemas que han preocupado a la teoría jurídica en los últimos años. Estos capítulos funcionan como una suerte de introducción generosa para, en el quinto y último capítulo, defender explícitamente su positivismo jurídico “interno”. Los cuatro problemas que aborda son: (i) el problema ontológico relativo a la pregunta de qué son las normas jurídicas y el problema epistémico relativo a la posibilidad de su conocimiento objetivo; (ii) el problema de la normatividad de las normas del derecho; (iii) la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, y la aplicación práctica de las categorías de *Normative Systems* (1971) en relación a las propuestas de Eugenio Bulygin; y (iv) la tensión metodológica entre la “teoría antipositivista” de Fernando Atria (2016) y el positivismo jurídico. En tanto, en el capítulo quinto, la autora despliega su propia versión de un positivismo normativista defendiendo explícitamente un tipo de positivismo jurídico interno.

Redondo entiende que el positivismo jurídico interno ofrece la posibilidad de formular enunciados que, por un lado, refieren al contenido del derecho de forma puramente descriptiva y que, por otro, son expresados desde un punto de vista que no presupone su aceptación (Rodríguez, 2020). En consecuencia, la variante del positivismo normativista que asume tiene mayor alcance que las variantes del positivismo jurídico que no distinguen entre los distintos puntos de vista según se siga un enfoque ontológico o epistémico. Ello deriva de la amplitud con la que debe afrontarse el estudio del derecho y de las instituciones sociales (Redondo, 2018, p. 9). Así, Redondo presenta un pluralismo de enfoques metodológicos en el estudio del derecho, incluyendo los enfoques sostenidos por las teorías que ella ataca, y que sostienen la tesis de la imposibilidad de enfoques alternativos.

Tres elementos permiten poner de manifiesto las fortalezas del libro. En primer lugar, los problemas que aborda son de los más relevantes de la teoría jurídica contemporánea. Desde una perspectiva ontológica, epistémica y normativa, Redondo ofrece respuesta a críticas clásicas que el positivismo ha tenido que afrontar. Este, precisamente, es uno de los principales valores de la obra: a través de los distintos capítulos consigue plasmar, en un único

volumen, el desarrollo del pensamiento de la autora y cómo su novedosa teoría de la normatividad del derecho le permite posicionarse ante otros enfoques. En segundo lugar, hay una distancia temporal entre sus libros publicados en español “La noción de la razón para la acción en el análisis jurídico” (1996), “Conocimiento jurídico y determinación normativa” (2002), en colaboración con José Juan Moreso y Pablo Navarro, o, recientemente, “Orden jurídico: modelos y discusiones” (2017), que hace de la presente publicación una obra original, profunda y madura. En tercer lugar, *Positivismo jurídico “interno”* viene a complementar la relevancia general de la obra de la autora, lo que nos permite una visión más acabada de ella.

A pesar de todas esas virtudes, creemos que también pueden destacarse algunas debilidades. Por un lado, una crítica formal es la falta de equilibrio. En la organización de sus cinco capítulos, el capítulo primero abarca casi una tercera parte del total del libro. Por otro lado, al tratarse de una obra ambiciosa, que busca abordar muchos de los problemas básicos de la teoría del derecho, la estructura de los capítulos es tan diversa como sus problemáticas. Mientras que el capítulo uno, dos y cinco son propuestas teóricas propias de la autora, el capítulo tres y cuatro son críticas directas a obras consagradas de la filosofía del derecho hispana, como *Normative Systems* (Alchourrón y Bulygin, 1971) o *La forma del derecho* (Atria, 2016). Ello exige cierto esfuerzo a la hora de hallar el principal argumento de cada capítulo, aunque ayuda a completar la posición normativista de la autora. En lo que sigue reconstruiremos los argumentos centrales de cada capítulo, para después abordar críticamente cada uno de ellos.

2. Acerca del capítulo uno: “Sobre la existencia y el conocimiento de las normas”

2.1. Reconstrucción

En el primer capítulo, la autora nos propone adentrarnos en el problema ontológico, relativo a aquello en lo que las normas jurídicas consisten, y en el problema epistémico, relativo a la posibilidad de su conocimiento objetivo. Aunque la autora anuncia, en primer lugar, el problema ontológico y,

en segundo lugar, el problema epistémico, en el capítulo no siempre hay un abordaje independiente entre ellos.

En primer lugar, la autora reconstruye detalladamente algunas variedades del positivismo respecto de las proposiciones que expresan deberes (apartado 2). Así nos presenta, por un lado, (i) la posición escéptica del positivismo realista o no-normativista y, por el otro, (ii) el cognitivismo del positivismo normativista. En particular, Redondo trata las posiciones de Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni y Tecla Mazzarese en el primer grupo, y la de Eugenio Bulygin en el segundo. Su presentación y análisis le permite ofrecer varios elementos que conforman su propia variante del positivismo normativista. Entre ellos: (i) que la existencia de normas jurídicas es un hecho complejo; (ii) que su existencia depende de hechos empíricos, que les dan origen, pero no son reducibles a ellos; (iii) que una norma es una entidad ideal, esto es, un contenido de significado; (iv) que el conocimiento del significado no siempre está mediado por la interpretación; y (v) que la existencia y conocimiento de las normas jurídicas es la existencia y el conocimiento de un hecho institucional. Redondo defiende la idea según la cual los enunciados deónticos, o sea, los enunciados de deber jurídico como:

(1) “En Italia es obligatorio conducir por la derecha”

expresan *proposiciones* (entidades aptas para la verdad y falsedad) que hacen referencia a deberes jurídicos. Para defender esta idea, la autora identifica y rechaza seis grupos de argumentos que apoyan la tesis contraria, es decir, que los enunciados deónticos no expresan proposiciones que hacen referencia a deberes jurídicos.

Estos seis grupos de argumentos son tratados en el apartado 2 del capítulo comentado: (i) argumentos apoyados en la forma lógica de los enunciados, (ii) argumentos apoyados en consideraciones pragmáticas, (iii) argumentos apoyados en consideraciones semánticas y epistémicas, (iv) el carácter híbrido de las proposiciones normativas, (v) la innecesariedad de las proposiciones normativas, y (vi) la inexistencia de hechos normativos jurídicos. Mientras que los últimos tres provienen del positivismo normativista de Bulygin, los primeros tres provienen del positivismo empirista (en particular de Guastini, Chiassoni y Mazzarese, en este orden).

Antes de un análisis detallado de dichos argumentos, que aquí omitiremos, Redondo advierte (p. 15) que todos ellos podrían denominarse reduccionistas y no-descriptivistas, dado que reducen los enunciados deónticos o de deber jurídico o bien a *prescripciones* o sugerencias de conducta, o bien a *enunciados de validez* o existencia de normas. Para aclarar el argumento de la autora, es útil introducir dos ejemplos. Las prescripciones están ejemplificadas con (1'), mientras que los enunciados de validez están ejemplificados con (1''):

(1') ¡En Italia conduzca por la derecha!

(1'') La norma "obligatorio conducir por la derecha" es válida en Italia.

Ahora bien, Redondo intenta mostrar (pp. 49-50) que dicho reduccionismo está basado en una distinción inconducente y, para el positivismo normativista de Bulygin, hasta incomprensible. La autora se refiere aquí a la distinción entre enunciados sobre la validez o existencia de las normas, que aquí presentaremos como enunciados tipo (EV), y enunciados sobre el contenido de dichas normas, o el significado de las formulaciones normativas, que presentaremos como enunciados del tipo (EN):

(EV) La norma N1 es válida en el sistema X.

(EN) La formulación normativa FN del sistema X expresa la norma N1.

De acuerdo con la distinción, los dos tipos de enunciados se *refieren* a entidades distintas. Los del tipo (EV) a la validez de una norma y los del tipo (EN) a su contenido. Sin embargo, la separación de dos entidades distintas, afirma Redondo (p. 51), carece de sentido. Esto es así porque

[s]i algo es un contenido del derecho o el significado de una formulación normativa jurídica es porque constituye el contenido de una norma jurídicamente existente o válida – en alguno de los sentidos de este término. Es decir, existe un contenido del derecho sólo en la medida en que es el contenido de normas existentes o válidas (p. 51).

Después de rechazar la distinción entre el contenido de los enunciados tipo (EV) y el de los enunciados tipo (EN), Redondo introduce una aclaración respecto a dos tipos de prácticas que suelen presentarse como fundamento de la identificación de dichos contenidos. Esto es, entre la práctica lingüística o convención semántica, que condicionaría la identificación del contenido de los enunciados tipo (EN), por un lado, y la práctica propiamente jurídica de reconocimiento y aplicación de normas, que condicionaría la identificación del contenido de los enunciados tipo (EV), por otro.

Aunque pueden distinguirse dos tipos de práctica, una general de uso del lenguaje, y otra jurídica, afirma Redondo (p. 52) que “no es verdad que el significado o contenido de una formulación jurídica dependa de una y la existencia o validez de las normas, de la otra”. Según la autora (pp. 52-53), tanto el contenido como la existencia de normas jurídicas dependen, al contrario, de la práctica jurídica, la cual es “entre otras cosas, una práctica lingüística en la que ciertas palabras se usan con cierto significado”, o sea, “en la que se exhibe el seguimiento de ciertas reglas semánticas [que son] las únicas reglas semánticas relevantes para identificar un deber jurídico”. Por lo tanto, la remisión de la práctica jurídica a la práctica lingüística general es o bien innecesaria, o bien inadmisibles, aun cuando sea verdad que la mayor parte de las expresiones usadas en las formulaciones normativas tienen el mismo significado en la práctica jurídica que en la práctica lingüística general. La remisión, por tanto, “es innecesaria cuando la práctica jurídica coincide con la práctica general de uso del lenguaje y es inadmisibles cuando se aparta de ella” (p. 52). Así, Redondo niega que la práctica general de uso del lenguaje pueda tener alguna relevancia para la teoría del derecho y que los enunciados de validez tengan un contenido diferente del de los enunciados sobre el contenido de normas jurídicas o el significado de las formulaciones normativas.

En congruencia con lo dicho, Redondo precisa (pp. 53-60) que la identificación de un determinado deber o contenido jurídico o, añadamos, el establecimiento de la verdad de un enunciado del tipo (EN), no es otra cosa que la identificación de una norma jurídica existente o válida, o sea, el establecimiento de la verdad de un enunciado del tipo (EV). Las condiciones de verdad de dichos enunciados son relativas a una práctica jurí-

dica de reconocimiento y aplicación, pero no consisten en ella “porque los deberes no son reducibles a prácticas empíricas” (p. 55). En conclusión, la identificación de un deber jurídico, es decir, el establecimiento de la verdad de una proposición normativa, “presupone la existencia de una práctica, pero hace referencia al contenido de esa práctica: a la regla que en dicha práctica se sigue” (p. 57).

Después de haber fundado, entonces, en el apartado 3 la idea según la cual los enunciados deónticos como (1) expresan genuinas proposiciones normativas que hacen referencia a deberes jurídicos, Redondo explica en el apartado 4 cómo identificar dichos enunciados y, sobre todo, cómo puede determinarse su verdad o falsedad. La tarea de identificar enunciados deónticos es muy sencilla: basta fijarse en que se trate de (i) enunciados bien formados desde un punto de vista semántico y gramatical que, además, en su aspecto pragmático (ii) tengan una dirección de ajuste mente/palabra-a-mundo (p. 60). En cambio, la tarea de determinar la verdad o falsedad de dichos enunciados es mucho más ardua y teóricamente debatida.

En efecto, Redondo discute tres dificultades teóricas a fin de concluir, primero, que la verdad de los enunciados que identifican deberes no puede determinarse mediante interpretación ni mediante demostración, debido a un problema de regreso al infinito (pp. 61-63). Segundo, que tampoco sería correcto asumir que su verdad está determinada por el consenso o la práctica jurídica, debido a que ello genera un problema de circularidad (pp. 63-65). Lo que sí determina la verdad de los enunciados deónticos, según la autora (pp. 67-68), es la existencia del deber que intentan identificar. Sin embargo, quienes afirman la posibilidad de conocimiento objetivo de dicho deber, y, con ello, la posibilidad de determinar la verdad de los enunciados que intentan identificarlo, deben enfrentarse con una tercera dificultad teórica. Esta consiste en un problema de inconmensurabilidad de los valores (pp. 69-71), por el cual el acceso al conocimiento de los valores (incluidos los deberes) estaría limitado a quienes forman parte del grupo que los sostiene y, por tanto, pueden adoptar un punto de vista interno. Redondo rechaza la objeción basada en dicho problema al notar una falacia de afirmación del consecuente. En sus propias palabras, la autora dice: si bien “es claro que sólo quien está adiestrado en el juego puede adoptar el punto de vista interno [...] esto no permite hacer la afirmación inversa” (p.

70). Es decir, no solo quien adopta un punto de vista interno puede tener el dominio de la práctica que se requiere para el conocimiento de los valores (incluidos los deberes) que la subyacen. En efecto, sigue la autora (p. 71), dicho dominio puede adquirirse (a) indirectamente a través de la traducción de los conceptos imprescindibles para conocer las normas relativas a un grupo social, o (b) de modo directo a través de la introducción en una simulación o recreación imaginaria de la práctica en cuestión (lo cual es posible incluso si la práctica ya se ha extinguido).

Así, estas consideraciones fundamentan la posibilidad de identificar enunciados deónticos y determinar su verdad o falsedad mediante su conocimiento objetivo. Con base en ello, Redondo pasa a analizar, en el apartado 5 del primer capítulo, la existencia y el contenido de dichos deberes. Aunque en abstracto puede sorprender el tratamiento del problema epistémico antes del problema ontológico, este orden de análisis resulta justificado en la medida en que la existencia de los deberes jurídicos no tiene relevancia si ellos no pueden conocerse. Ahora bien, para caracterizar su concepción de los deberes jurídicos, Redondo introduce y problematiza, en el apartado 5, dos dicotomías que suelen usarse a este propósito. La primera es la dicotomía entre el realismo metafísico, con respecto a la existencia de los deberes, y su contrario, el anti-realismo (pp. 74-79). La segunda es la dicotomía entre la objetividad y subjetividad, tanto metafísica como no metafísica (pp. 79-87).

En cuanto a la dicotomía entre el realismo y el anti-realismo metafísico, la autora advierte que existe una ambigüedad por la cual algunas posiciones relativas a la existencia de deberes pueden ser calificadas como metafísicamente realistas o anti-realistas, dependiendo de la distinción (dummetiana o devittiana) que se asuma (p. 78). Se trata, más precisamente, de algunas posiciones (como las de Raz, Leiter o Dworkin) que asumen la noción de verdad por correspondencia. De lo que la autora nos dice en otro lugar (p. 14), este parece ser también el caso de su propia concepción, aunque luego, en las conclusiones del capítulo (p. 90), su modelo no nos obliga a adoptar el correspondentismo, pues le basta una noción de verdad (correspondentista o no) “que respete la distinción entre la cuestión ontológica acerca de la existencia de un deber y la cuestión epistémica acerca del conocimiento del valor de verdad de [enunciados deónticos que intentan o pretenden identificarlo]”.

Dicha distinción, entre la cuestión ontológica y la cuestión epistémica, se defiende detalladamente en la última sección del primer capítulo (pp. 74-87). Allí la autora analiza la dicotomía entre los conceptos de objetividad y subjetividad, para caracterizar con ellos su concepción de enunciados deónticos y deberes jurídicos que los primeros intentan identificar. En este contexto, Redondo subraya tres ventajas del análisis clásico de Searle quien, a diferencia de Leiter (pp. 82-85), define los términos “objetivo” y “subjetivo” en el ámbito de cuestiones ontológicas, de manera independiente de la distinción que traza entre ellos en el ámbito de cuestiones epistémicas (pp. 79-81). Las ventajas, expuestas en un orden diferente al de la autora (pp. 81-82), son las siguientes. Primero, el análisis de Searle permite separar entre (a) la existencia de una entidad (empírica o ideal) y (b) el modo de su existencia (objetivo o subjetivo). Por ello, es apto para detectar las posiciones reduccionistas que, en nuestro caso, niegan la existencia de “deberes jurídicos” como entidades conceptualmente autónomas. Además, nos permiten una división de las posiciones no reduccionistas en dos grupos: un grupo de quienes conciben los deberes jurídicos como entidades ontológicamente objetivas (o sea, como entidades cuyo modo de existencia no depende del ser aceptadas, sentidas o representadas por los individuos) y un grupo que los concibe como entidades ontológicamente subjetivas (eso es, como entidades cuyo modo de existencia es dependiente de algún estado mental de los individuos). Segundo, como ya hemos anticipado, el análisis de Searle permite mantener una distinción tajante entre las cuestiones ontológicas y las epistémicas. Este punto es de suma importancia para Redondo, porque le sirve de fundamento para defender la posibilidad de conocer objetivamente los deberes jurídicos sin tener que configurarlos como entidades ontológicamente objetivas. Tercero, en la medida en que la verdad de los enunciados deónticos dependa o no de los sentimientos, preferencias o actitudes del emisor o el receptor, el análisis de Searle (1995) permite calificar dichos enunciados, desde un punto de vista epistémico, como subjetivos u objetivos si son independientes de estos.

Ahora bien, estas consideraciones justifican la siguiente caracterización: los enunciados deónticos que identifican deberes son enunciados epistémicamente objetivos que se refieren a entidades ontológicamente subjetivas (p. 81). Dicho de otra manera, los enunciados deónticos son aptos para la

verdad en cuanto intentan o pretenden identificar deberes jurídicos. Estos pueden conocerse objetivamente a pesar de ser entidades ontológicamente subjetivas, o sea, entidades cuyo modo de existencia depende, al menos parcialmente, de los estados mentales de los individuos que conforman la práctica que exhibe dichos deberes.

2.2. Análisis crítico

En el apartado previo hemos explicado que Redondo intenta mostrar que la distinción entre enunciados sobre la validez o existencia de las normas (EV) y enunciados sobre el contenido de dichas normas o el significado de las formulaciones normativas carece de sentido (EN) (2018, p. 51). Sin embargo, cabe preguntarse, incluso para quienes aceptan el argumento de Redondo, cómo distinguir entonces entre normas válidas y normas inválidas pero aplicables. Si el significado de los enunciados tipo EV y los enunciados tipo EN es efectivamente el mismo, tal como sostiene la autora, parece que la distinción entre la validez y la aplicabilidad de las normas presenta, para su positivismo jurídico “interno”, un desafío que aún debe resolverse.

Tal como hemos mencionado anteriormente, Redondo adopta el análisis de Searle frente al análisis de Leiter (2018, pp. 79-87), por su aptitud para detectar las posiciones reduccionistas que niegan la existencia de “deberes jurídicos”. Sin embargo, analizar la existencia de deberes jurídicos en términos de otras entidades no implica necesariamente negar su existencia ontológica, sino su autonomía conceptual, lo que deriva en un punto problemático de la teoría de Redondo (2018, p. 74).

Dentro de la literatura, se han planteado diversas críticas a la autora por sus posiciones en este primer capítulo. Una primera crítica es planteada por Santiago Legarre (2020). Legarre critica a Redondo por el uso de la palabra *iusnaturalismo*. Según el autor, la caracterización que Redondo realiza de esta corriente del derecho omite distinguir dos modos de derivación de la ley positiva a partir de la ley natural —el derecho justo y el derecho injusto—. Sin embargo, encuentra un punto de contacto entre la posición sostenida por Redondo y la visión que él defiende del “verda-

dero iusnaturalismo”): este reside en la posibilidad de conocer los deberes jurídicos. Sin embargo, lo que Legarre no explicita¹ es que seguramente exista un desacuerdo previo para poder conocer los deberes jurídicos, y este desacuerdo radica en su determinación. Si bien el punto de discusión de Legarre es interesante, porque analiza una de las corrientes iusfilosóficas que Redondo rechaza,² este no es central respecto del objetivo del primer capítulo ni del libro. Esto es, el principal foco de discusión no es con el iusnaturalismo, sino con aquellos que sostienen una posición positivista como ella, pero que está parcialmente equivocada sobre varios aspectos. Se refiere entonces, principalmente, al positivismo escéptico, por un lado, y a los demás positivistas normativistas, por el otro.

Una segunda crítica la realiza Marcos Andrade (en vías de publicación). Andrade, analiza la propuesta ontológica de Redondo a la luz de los recientes aportes de Brian Epstein a la ontología social. Andrade contrasta la ontología de los hechos institucionales de Searle, en la cual se basa Redondo, con la ontología convencionalista de Lewis, adoptada por Vilajosana. Con base en ello, solicita a Redondo una clarificación acerca de por qué la ontología de los hechos institucionales de Searle sería adecuada para explicar la relevancia que la no reducibilidad de deberes jurídicos a hechos empíricos tiene para el derecho. También se pregunta el autor si una ontología convencionalista no lo explicaría mejor. Asimismo, Andrade sostiene que la propuesta ontológica de Redondo encajaría más adecuadamente dentro de una ontología social general como la de Epstein. Ello le permitiría conjugar varios aspectos valiosos, pero contradictorios, de la concepción del derecho que Redondo defiende. Ello dado que, como afirma el autor, “la fuerza persuasiva de sus argumentos debe medirse también en la capacidad de su teoría de abarcar y valorar la parte del acervo común que el positivismo jurídico como tradición supone”.

¹ Legarre (2020) explica que Tomás de Aquino también ha apoyado la posibilidad del conocimiento y seguimiento de reglas.

² La concepción normativista o “interna” de Redondo (2018) intenta “confutar un enfoque antipositivista, ya sea de carácter iusnaturalista o interpretativista” (Redondo, 2018, p. 9).

3. Acerca del capítulo dos: “Las normas en la perspectiva del positivismo jurídico”

3.1. Reconstrucción

En el segundo capítulo, Redondo trata un tema central de la teoría del derecho: la normatividad de las reglas jurídicas. En esta ocasión, la autora defiende un concepto de reglas genuinas que le permite responder tanto a la dificultad epistémica de conocer cuándo efectivamente se están siguiendo las reglas, como a la objeción de la racionalidad planteada desde la posición particularista. Para ello trabaja asumiendo cierta posición respecto a la fragmentación del razonamiento práctico³ y desde una perspectiva positivista.

Para Redondo (2018), una regla genuina es aquella “consideración normativa [que] establece un deber de actuar [...] si, y solo si, ella es *invariablemente relevante, de un modo característico*, en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el status deóntico de una determinada acción o situación” (p. 96, el énfasis es nuestro). Uno de los aspectos fundamentales que Redondo asigna a las reglas genuinas es que la asignación de dicha relevancia es una consideración subjetiva por parte de quienes las usan en el procedimiento de decisión: no depende ni del significado del enunciado, ni de la intención con la que es emitido (2018, pp. 96-97).

¿Qué alternativas tenemos para decir que el derecho funciona como razón para la acción y que, además, contiene reglas genuinas desde un punto de vista positivista? Redondo descarta que las normas jurídicas engloben razones motivacionales y estudia las posibilidades que nos ofrece entender las normas como razones justificativas. Así, por un lado, tenemos

³ Como Redondo (1996, pp. 239-240) explica en su primer libro, una de las tesis del positivismo jurídico consiste en afirmar que la justificación judicial es una justificación formal a partir de premisas jurídicas. Solo mediante el reconocimiento de la no unidad, o del fraccionamiento, del razonamiento práctico se puede relativizar el argumento del juez, exclusivamente, al ámbito jurídico. De lo contrario, se debería afirmar que las normas jurídicas no tienen en sí mismas capacidad para determinar conductas, i.e. fuerza vinculante o normatividad propias, ya que la unidad del razonamiento práctico entiende con prioridad absoluta a las razones morales (1998, p. 367). Redondo defiende que “hay diversos ámbitos

(i) razones justificativas sustantivas y, por otro, (ii) razones justificativas formales. Si entendemos que el derecho guía nuestras acciones mediante (i) y que, además, los sujetos las usan como reglas genuinas, nos enfrentamos a la crítica particularista:

la generalización propuesta por una regla no convierte en invariablemente relevantes las propiedades tomadas en cuenta [...] por ello toda generalización aparentemente normativa puede ser desplazada en el momento de su aplicación por razones cuya consideración introduce una excepción, y altera su identidad. [...] Las pautas jurídicas son siempre derrotables: no son normas genuinas. (2018, p. 94)

Sin embargo, también podemos entender que el derecho guía nuestras acciones mediante (ii) razones justificativas formales: las normas actúan como razones lógico-lingüísticas, como premisas de un razonamiento formal, a la hora de identificar las normas del derecho. Redondo (pp. 128-129) defiende esta segunda concepción perfilando que para que los comportamientos lingüísticos-formales tengan relevancia práctica, es decir, para que ejerzan un rol como razones dentro de un razonamiento práctico justificativo, se exigen dos condiciones de adecuación (pp. 128-129):

1. Un enunciado normativo expresará una regla genuina siempre que sea interpretado como un condicional universal estricto, es decir, indecible.

2. Se dé aceptación del compromiso pragmático por parte de quien invoca una consideración normativa general como justificación. Es decir, que tenga invariablemente en cuenta la misma razón en todos los casos en los que la norma es internamente aplicable y explicita las razones por las que no se aplica en caso contrario.

Con la primera consideración, consigue evitar que el contenido de la norma se reformule por vía interpretativa, en caso de discrepancia entre

prácticos que pueden, por sí mismos, ser relevantes en un balance unitario y global, se presupone que estos ámbitos prácticos pueden generar distintos tipos de auténticos deberes o razones que participan en el balance” (ídem).

lo requerido por la regla y lo requerido por su justificación subyacente⁴ o por otras razones (es decir, $(x) Cx \rightarrow Nx$). Con la segunda consideración, pone de manifiesto el carácter práctico general que se deriva del uso continuado de las consideraciones normativas, es decir, pone de manifiesto la generación de la expectativa del uso invariable. El efecto práctico del rasgo formal no lo convierte en una razón sustantiva, pero exige dar explicaciones cuando no se aplique a un caso igual.

Asimismo, podemos distinguir entre la derrotabilidad del peso de las razones en un procedimiento de toma de decisión, que se corresponderían con las razones sustantivas,⁵ y la derrotabilidad de los enunciados condicionales normativos en las razones formales.⁶ Solo esta última importará a la concepción propuesta por Redondo.⁷

Por tanto, Redondo propone un concepto de normatividad específicamente jurídico, donde los enunciados normativos actúan como razones formales lógico-lingüísticas en la identificación del derecho por parte de los operadores jurídicos (pp. 111, 135). Solo podrán tratarlos como reglas genuinas si configuran el condicional normativo de la razón formal como un condicional inderrotable. La normatividad residirá, además, en la relevancia práctica (p. 107) que claramente indica la segunda condición de

⁴ Las razones subyacentes son, según Schauer, las razones sustantivas que justifican la generalización contenida en una norma. Podremos saber si un agente toma o no una generalización como regla genuina si es seguida aun cuando la regla justifique casos que no lo estarían según su razón subyacente, y al revés, cuando la regla excluya supuestos que estarían incluidos por la razón subyacente (Redondo, 2018, p. 117).

⁵ La derrotabilidad de razones sustantivas refiere a la evaluación que las razones reciben en un procedimiento racional de toma de decisiones guiado por el modelo de balance de razones.

⁶ Los dos tipos de razones justificativas le permiten introducir una importante distinción que guiará el resto del capítulo: la derrotabilidad de las razones formales frente a la derrotabilidad de las razones sustantivas. Así, la derrotabilidad de las razones formales refiere a la identidad de las normas, o sea, al tipo de relación que se establece entre antecedente y consecuente, y a la posibilidad de obtener conclusiones sobre su base (2018, p. 108).

⁷ La autora profundiza en la distinción afirmando que “el hecho de que un enunciado normativo exprese una razón superable, insuperable o carente de fuerza no afecta a su status de razón-premisa” (2018, p. 105). Es decir, defiende una clara independencia conceptual entre las razones formales pertenecientes al razonamiento práctico justificativo en sentido lógico y las razones sustantivas propias del razonamiento práctico basado en modelos de decisión racional.

adecuación (cierta pretensión pragmática de actuar de una determinada manera y, en caso contrario, de aportar razones).

Esta propuesta le permite responder a dos de las principales críticas que ha recibido el concepto de reglas genuinas: la objeción epistémica y la objeción justificativa. Por un lado, le permite conocer si se sigue una regla genuina “a través de los argumentos justificativos que se exhiben en una determinada ocasión de decisión” (p. 131) y evitar la crítica epistemológica del seguimiento de reglas. En otras palabras, le permite demostrar si las razones formales han actuado efectivamente como premisas del discurso justificativo. Al atender a razones formales para verificar el seguimiento de las reglas genuinas en lugar de a razones sustantivas, evitamos los problemas de acceso a los estados mentales y procesos psicológicos de los individuos. Por otro lado, la objeción justificativa: en el procedimiento de toma de decisiones es irracional seguir una regla que excluye otras razones aplicables al caso. Redondo indica que la posición particularista defiende un modelo de decisión racional determinado, que consiste en tomar en consideración todas las razones aplicables al caso y evaluarlas todas en el mismo nivel. Por definición, toda aquella propuesta que no incluya evaluar todas las razones disponibles será necesariamente irracional. Sin embargo, existe otro modelo de decisión racional, el modelo del seguimiento de reglas, que consiste en privilegiar una razón respecto a las razones con las que se confronta independientemente de su contenido. Así, si el modelo definido como racional fuera el segundo, no se seguiría la objeción de la racionalidad (pp. 122-123). Redondo, al respecto, considera que el razonamiento psicológico no es relevante para el ámbito jurídico⁸ sino que “el seguimiento de reglas jurídicas implica un comportamiento lingüístico y formal en un discurso justificativo que nada dice acerca de las razones subjetivas que efectivamente conducen a la decisión en cuestión” (p. 133). Consecuentemente, no se opone a que el modelo de decisión racional desde un punto de vista psicológico sea el del balance de razones ni niega que las reglas del derecho puedan constituir razones sustantivas para la acción (p. 96). Únicamente clarifica que la tesis del carácter excluyente e invariable-

⁸ Especialmente “teniendo en cuenta la dificultad de su control empírico y el presupuesto de que el derecho intenta regular sólo conductas externas” (Redondo, 2018, p. 134).

mente relevante de las normas genuinas se aplica en fase de identificación, en tanto se interpretan las normas como inderrotables, como premisas que guían la justificación de su decisión; y se aplica en la fase de aplicación, en tanto se cumpla con la expectativa que la generalidad de la norma produce, es decir, usarla en todos los casos aplicables y mostrar las razones que prevalecen sobre ella en caso contrario (2018, pp. 134-135).

3.2. Análisis crítico

Para finalizar con el capítulo segundo, nos gustaría anunciar algunas clarificaciones y problemas con los que el/la lector/a se puede enfrentar en su análisis. Por un lado, este capítulo es la continuación del trabajo iniciado en el artículo publicado en *Analisi e Diritto* titulado “Reglas genuinas y positivismo jurídico” (1998a). El mismo recibió la crítica de Marisa Iglesias en un artículo titulado “¿Son genuinas las reglas genuinas de Cristina Redondo? Algunas observaciones a ‘Reglas genuinas y positivismo jurídico’”, donde cuestionaba, entre otros, cómo podemos caracterizar las reglas genuinas solo a través de la conducta externa de los agentes y sin analizar su elemento psicológico. En este sentido, consideramos que el trabajo actual sigue careciendo de una explicación acerca de la normatividad de las razones lógico-lingüísticas, es decir, de su capacidad de actuar como guía de conducta. Esta respuesta se enmarca en el bagaje teórico previamente ofrecido por la autora,⁹ pero puede que al lector/a no experto/a en normatividad le resulte difícil comprenderlo. También se echa en falta una explicación respecto a los sujetos que, en general, ponen en práctica esta normatividad y, en especial, cómo interacciona con los ciudadanos.¹⁰

En una línea similar, carece de adecuada explicación la importancia que Redondo otorga a la “relevancia práctica” de los argumentos formales, es

⁹ De nuevo, la autora reconoce una normatividad no regida exclusivamente por razones sustantivas morales. Ver su desarrollo teórico en (Redondo, 1996, 1998b).

¹⁰ Si efectivamente su propuesta también afectara a las capacidades normativas de los ciudadanos, el problema epistémico persistiría, ya que no tendríamos herramientas como la justificación interna de la sentencia, que nos permitiese evaluar el uso de las distintas razones jurídicas en el razonamiento.

decir, por qué los considera argumentos justificativos formales prácticos y no meramente teóricos,¹¹ así como la importancia que ello tiene a la hora de generar expectativas de uso entre la población.

La propuesta de Redondo ha recibido una interesante respuesta por parte de Ezequiel Monti (2020), el cual defiende un concepto de reglas genuinas basado en la concepción objetiva-sustantiva de la naturaleza práctica del derecho. Siguiendo el esquema de Redondo, Monti demuestra que de las razones sustantivas-objetivas no se sigue la objeción epistémica, pues hay evidencia ulterior para determinar si alguien actúa motivado por la regla o por otras razones (reacción frente a incumplimiento, lo que el agente dice o cree sobre su motivación, etc.); ni la particularista, pues no es cierto que seguir reglas requiera actuar en contra del balance de razones, sino que exige actuar en contra del balance de razones de primer orden y considerar razones de segundo orden.¹² Además, considera que entender las reglas jurídicas como razones formales solo atiende a la conducta de los jueces y no explica la capacidad del derecho de “hacernos responsables los unos frente a los otros”.

Por otro lado, la imposibilidad de inderrotabilidad de los enunciados normativos es una de las críticas habituales a las reglas genuinas: siempre es posible formular una razón que conduzca a la conclusión deóntica contraria a la indicada en el enunciado normativo.¹³ Redondo responde a ella con su modelo de normatividad jurídica basado en razones lógico-

¹¹ En *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* (1996), Redondo establece diversos criterios para diferenciar los argumentos formales justificativos teóricos de los prácticos. En el presente texto consideramos que se sigue la misma idea allí defendida, de calificar como argumentos prácticos aquellos que justifican una conclusión de deber (criterio estrictamente lingüístico basado en la dicotomía entre enunciados del ser/enunciados del deber ser, aceptando la existencia de significados proposicionales y no proposicionales y, por tanto, aceptando que el enunciado de deber puede ser una norma o una proposición). Así, este criterio de clasificación le permite individualizar un conjunto de argumentos prácticos dentro de la clase general de argumentos lógicos (1996, p. 112).

¹² La respuesta de Monti a este punto es mucho más desarrollada de lo que nos permite el espacio aquí, pues considera que Redondo engloba bajo el rótulo “particularista” distintas objeciones y a todas da respuesta.

¹³ Monti (2020) acepta la objeción y propone entender que el derecho pretende “que las reglas jurídicas sean razones sustantivas de un tipo característico, sin que lo sean invariablemente”, es decir, evitar restringir la noción de regla genuina.

lingüísticas. Sin embargo, tal como indica Araszkievicz (2015, p. 418), no debemos confundir el problema de la derrotabilidad de las normas con los problemas de interpretación de las condiciones de las normas. Este segundo es un problema meramente lingüístico que puede afectar a la determinación del contenido de una razón formal inderrotable, y que puede llegar a entenderse, erróneamente, como una estrategia de implementación de excepciones al seguimiento de dicha norma. Por ejemplo, ante la norma que prohíbe acceder vehículos a los parques infantiles, permitir el acceso en bicicleta no convertiría la regla en derrotable, sino que supondría una interpretación restrictiva del término vehículo. Es decir, no se trata de una excepción implícita, sino de la identificación de las propiedades semánticas del antecedente. Esta distinción se asume en el capítulo, pero es interesante resaltarla con el fin de identificar adecuadamente las problemáticas a las que las reglas genuinas sí tienen que ofrecer respuesta. Por ejemplo, la posibilidad de reglas con condiciones inderrotables y sin excepciones implícitas. Mientras que no les corresponde afrontar otro tipo de problemas como los derivados de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje natural.

4. Acerca del capítulo tres: “La teoría positivista de Bulygin. Un análisis crítico”

4.1. Reconstrucción

En el tercer capítulo, Redondo analiza algunos de los problemas que la aplicación práctica de la teoría conceptual expuesta en *Normative Systems* (1971), obra central de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, conjunto con el pensamiento posterior de Bulygin (2005, 2006) tienen que afrontar. En concreto, intenta responder al argumento del contraste con la práctica¹⁴ ubicando la tesis de la relevancia en un marco positivista excluyente: donde los criterios de identificación del contenido del derecho, que nos

¹⁴ La autora lo atribuye a J. C Bayón (2002), si bien este no refiere directamente a la teoría de Bulygin.

permiten identificar las propiedades descriptivas a las que refiere la tesis de la relevancia, se restringen únicamente a lo que el legislador estableció en las normas jurídicas. Así, “un tipo de positivismo excluyente constituiría el complemento adecuado para que las categorías de *Normative Systems* puedan ser aplicadas con estabilidad” (2018, p. 153).

El capítulo parte de uno de los problemas fundamentales de *Normative Systems* (NS): ¿Cómo podemos aplicar el mapa conceptual propuesto en NS, que ofrece una caracterización del derecho como un sistema deductivo, y en ese sentido, estático, al derecho entendido como ordenamiento normativo de un Estado contemporáneo y, por tanto, dinámico?

Siguiendo la distinción establecida por Hans Kelsen (1960) un sistema normativo será estático o dinámico de acuerdo con la naturaleza de su norma fundamental. Así,

un sistema de normas cuyo fundamento de validez y cuyo fundamento válido es derivado de una norma propuesta como norma fundante básica, es un sistema normativo estático. [...] la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez como también en cuanto a su contenido válido (1960, p. 203).

Mientras que “el tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que [...] una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica” (1960, p. 204). En otras palabras, la relación de derivación entre normas en el tipo estático se da cuando el contenido de las normas del sistema se deriva de la norma fundante básica frente a la derivación en el tipo dinámico, más compleja, donde la norma fundante indica la competencia y el procedimiento para dictar las normas del sistema.

Sin embargo, el propio Kelsen (1960, p. 205) no los considera tipos excluyentes ni Alchourrón (1996, pp. 332-333) incompatibles. Redondo, en cambio, reconstruye algunos de los problemas surgidos al aplicar el sistema estático de NS a un ordenamiento jurídico dinámico. Por ejemplo, “Bulygin nos pide que distingamos lo que el juez dice que hace de lo que realmente hace” (p. 141) especialmente ante aquellos casos de laguna

axiológica¹⁵ donde el juez dice aplicar propiedades descriptivas del sistema, cuando en realidad está aplicando propiedades que él considera prescriptivamente relevantes. El caso de reproche se da cuando “los jueces usan criterios morales para fijar el contenido del derecho [...] alejándose de aquello que está regulado a tenor del significado claro de las disposiciones jurídicas” (p. 140). Sin embargo, puede haber ocasiones donde “los órganos encargados de identificar el derecho no sólo dicen sino que sinceramente creen que las propiedades en cuestión forman parte del derecho” (p. 141). Lo cual implicaría que la posición de Bulygin se aleja de la práctica, tal y como sugiere el argumento del contraste con la práctica.

Redondo considera que Bulygin sortea esta crítica al admitir que las convenciones interpretativas imperantes pueden aceptarse para identificar el derecho (p. 144). Sin embargo, ello le genera otros problemas: ¿los desacuerdos propios de las convenciones interpretativas¹⁶ son compatibles con la distinción esencial de NS entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia?¹⁷ ¿pueden las propiedades descriptivas estar sujetas a desacuerdo?, ¿cómo conjugar estos dos elementos? La respuesta es clara: la tesis de relevancia de un sistema normativo no puede ser controvertida, por lo que estará formada por el núcleo de casos claros, es decir, por el conjunto de propiedades descriptivamente relevantes que es, en sí mismo, estable y no controvertido (2018, p. 146). Consecuentemente, si el sistema estático propuesto en NS quiere ser aplicado a los sistemas normativos dinámicos y, a su vez, responder al argumento del contraste con la práctica tendrá que aceptar las convenciones interpretativas como criterios de identificación, pero con restricciones que aseguren el núcleo duro. Es entonces cuando Redondo propone que Bulygin debería aceptar una tesis

¹⁵ Ver Alchourrón y Bulygin (1971, pp. 165-169). Redondo la define en su capítulo 2 como “un caso para el que el sistema prevé una solución, que se juzga inadecuada por no tener en cuenta la o las propiedad/es defendida/s desde una hipótesis de la relevancia” (2018, p. 111).

¹⁶ Puesto que las “convenciones profundas” permiten dar cuenta de la existencia de desacuerdos respecto del contenido del derecho (2018, p. 144).

¹⁷ En contraste con la tesis de relevancia, Redondo define la hipótesis de relevancia en su capítulo 2 como el conjunto de propiedades que, desde una posición externa al sistema, se juzga que deberían ser relevantes en él (2018, p. 111). Ver Alchourrón y Bulygin (1971).

positivista excluyente¹⁸ en donde “las convenciones interpretativas han de ser tenidas en cuenta sólo en la medida en que sirvan a captar el contenido de lo que, explícita o implícitamente, el legislador de hecho quiso o intentó legislar” (2018, p. 148, énfasis eliminado). De esta manera, se evita tener en consideración las contingencias de la práctica jurídica respecto a qué criterios de identificación del derecho seguir cuando se aceptan, sin límites, las convenciones interpretativas. Así, la tesis de relevancia, a la que se supone que los jueces están sometidos, no cambia de un momento t1 a un momento t2 (2018, p. 147).

4.2. Análisis crítico

El capítulo tres, por tanto, se caracteriza por ser un capítulo claro y ordenado, que busca presentar y resolver un aspecto crítico de la teoría presentada en NS, y que permite al lector/a conocer algunas de las principales preocupaciones que Redondo tiene en el debate entre positivismo incluyente-excluyente. Sin embargo, creemos que su propuesta ante la crítica del argumento del contraste con la práctica tiene ciertos puntos problemáticos. El desajuste entre práctica judicial y explicación teórica se mantiene al incorporar las restricciones exigidas por el positivismo excluyente, pues no se reconocen como válidos aquellos criterios de identificación del derecho creídos y usados por sus intérpretes que se aparten de la letra del legislador.¹⁹ Es decir, de aquellas convenciones interpretativas que no se dirijan más que a “captar el contenido de lo que, explícita o implícitamente, el legislador de hecho quiso o intentó legislar” (p. 148; énfasis eliminado). Redondo reconoce que esta renuncia tiene costos, pero que se ven justificados por el hecho de captar un rasgo esencial del concepto del derecho que

¹⁸ Tal y como hizo en “En defensa de El dorado. Respuesta a Fernando Atria” (2005), pero en contra de sus postulados de *El positivismo jurídico* (2006) según como reconstruye Redondo en su capítulo.

¹⁹ Por ejemplo, si como dice Redondo “los órganos encargados de identificar el derecho (...) comparten la idea de que el contenido del mismo no es sólo función del significado de los textos” (2018, p. 141).

se maneja en la práctica.²⁰ Habría entonces que sopesar qué aspecto es más representativo de la práctica: el ajuste a la práctica judicial y a sus criterios de identificación o la captación de su concepto de derecho. No obstante, como el propio Bulygin (2007) tuvo ocasión de replicar ante un argumento similar de Redondo, la tesis de la relevancia no alude al conjunto normativo que podemos identificar como derecho, sino a un conjunto de normas determinado, elemento mucho más factible de ser circunscrito. Además, y en consecuencia con la estaticidad del sistema de NS, Bulygin afirma que la autocomprensión de los participantes respecto al derecho no es su preocupación, dado que admite que sus creencias son falibles y a veces profundamente erróneas (2007, p. 202). Por lo que, ante la dicotomía dada entre tesis de relevancia determinada y desajuste con la práctica, o tesis de relevancia inestable o controvertida y ajuste con la práctica, parece claro que la primera opción sería la más ajustada a la posición teórica del autor.

Otro aspecto llamativo del capítulo es la introducción, por un lado, de la crítica genovesa o escéptica respecto de la objetividad de los significados y, por otro lado, de la crítica a la distinción entre casos fáciles y difíciles, es decir, la crítica a la falta de criterios sustanciales. Ambas son enumeradas como parte de los problemas de la aplicación de NS a sistemas dinámicos, pero no se desarrolla una respuesta a ellas de manera clara. Es cierto que con la respuesta ofrecida por Redondo puede reconstruirse una posición formalista que se enfrente directamente a las dos críticas mencionadas. Sin embargo, de nuevo, el propio Bulygin niega apoyar en exclusiva el método del significado literal (2007, p. 202) para evitar los anteriores problemas de interpretación. Y, en cualquier caso, ello no ofrece una auténtica respuesta a la posición escéptica y a su consideración de que cualquier interpretación consiste en la asignación de significado, por lo que no se puede rebatir la discreción judicial y, por lo tanto, no se puede distinguir entre tesis e hipótesis de relevancia.

Por último, el capítulo profundiza en diversos textos de Bulygin (1991, 2005, 2006) que precisan pero, a la vez, complican su posición teórica. Precisamente debido a la complejidad que ellos introducen, creemos que la propuesta de Redondo aborda el problema general respecto a los criterios

²⁰ En concreto la autora se refiere a la noción de autoridad.

de identificación del derecho, teniendo que dejar de lado otras respuestas igualmente estimulantes. Por ejemplo, si, como la autora explica (2018, p. 145), Bulygin introduce en 2005 (siguiendo a Rodríguez) la distinción entre dos tipos de relevancia descriptiva: las propiedades expresamente consideradas por el legislador y aquellas dependientes de las valoraciones implícitas que subyacen a su actividad, ¿cómo establecemos el núcleo de casos claros, con propiedades no controvertidas? Especialmente el segundo tipo de propiedades relevantes parece permitir la entrada de múltiples cuestiones, como así lo recoge la autora en su nota al pie 149. A saber, la crítica particularista que dice repeler (2018, p. 146) encontraría un amplio subterfugio en el conjunto de propiedades que subyacen a la actividad legislativa, independientemente de que las convenciones interpretativas capten exclusivamente la intención del legislador.

Finalizaremos la sección con una mención al reciente artículo de María Gabriela Scataglini (2020) donde responde a la pregunta que previamente formulamos, con respecto a si los desacuerdos propios de las convenciones interpretativas son compatibles con la distinción esencial de NS entre tesis de relevancia e hipótesis de relevancia. Scataglini defiende una postura distinta a la aquí explicada: los desacuerdos propios de las convenciones interpretativas son contingentes, pues son actos de identificación del contenido del derecho con una respuesta jurídica correcta, y, en cualquier caso, las convenciones interpretativas son compatibles con la distinción tesis/hipótesis de relevancia de NS, ya que reconstruyen lo que el derecho es a través de la “hipótesis de relevancia descriptiva” (concepto desarrollado por Rodríguez, 2020).

5. Acerca del capítulo cuatro: “La teoría antipositivista de Atria. Un análisis crítico”

5.1. Reconstrucción

El capítulo cuarto tiene como objetivo principal presentar algunas críticas a *La forma del derecho* (2016) de Fernando Atria. En concreto, la autora explora tres aspectos metodológicos en los que el positivismo y la teoría de Atria difieren completamente: cómo entender el valor de la teoría jurídica

respecto a su objeto, la relación entre tesis conceptuales e instituciones jurídicas existentes y la naturaleza de los conceptos jurídicos. Así, Redondo considerará que la metodología mostrada en *La forma del derecho* es “un ejemplo paradigmático de la tesis interpretativista” (2018, p. 158). Ahora veremos por qué.

En primer lugar, Atria asume una tesis acerca de la imposibilidad de una teoría puramente descriptiva del derecho. Dado que el Derecho es un objeto institucional,²¹ que depende de la actitud de aceptación y de las creencias de un determinado grupo social, no es independiente del modo en que las teorías lo conciben. Así, el autor afirma, en la obra que es objeto de crítica de Redondo, que “una descripción teórica del derecho no puede pretender dejar las cosas tal y como estaban” (2016, p. 89). Redondo reconstruye el argumento de Atria mostrando cómo, para el autor, la influencia de la teoría sobre las creencias de los participantes en la práctica no es meramente indirecta. En otras palabras, el discurso teórico guarda una relación interna respecto del derecho, afectando del mismo modo en que lo hacen las actitudes de los operadores jurídicos, a través de un discurso normativo/constitutivo (2018, pp. 167-168). Ante esta postura, Redondo responde que las teorías jurídicas no pueden ser entendidas como parte del conjunto de creencias que constituyen el derecho (2018, p. 169). Y aclara: ni de manera suficiente ni necesaria. No pueden ser una condición suficiente, pues las tesis teóricas no son teóricas con base en ser conjuntos de creencias de los teóricos sino por ser conjuntos de enunciados racionalmente sustentados²². Ni mucho menos pueden ser una condición necesaria, pues ello llevaría a Atria a postular que el derecho es una entidad teórica (y no social) constituida específicamente por la teoría jurídica (2018, p. 169-170). Además, otra de las consecuencias de la adjudicación del rol constitutivo a la teoría del derecho es que, si efectivamente la teoría es “concebida como un conjunto de enunciados exclusivamente normativos, o analítico/constitutivos”

²¹ Ambas teorías consideran que la existencia del derecho es un hecho institucional y, en este sentido, autorreferente (2018, p. 159).

²² De hecho, las teorías están conformadas por tesis independientemente de que un teórico las haya “descubierto” o no.

(2018, p. 171), parece excluir la posibilidad de que contenga enunciados descriptivos y, por lo tanto, de identificar objetos sociales sin constituirlos.

En segundo lugar, Redondo considera que Atria rechaza la autonomía que el positivismo reclama entre el concepto general del derecho y el contenido de un determinado ordenamiento jurídico. Así, a través del ejemplo del recurso “de casación en el fondo” que Atria utiliza (2016, p. 86-89),²³ Redondo reconstruye la postura del autor afirmando que “la teoría no sólo moldea el concepto general de derecho sino también las condiciones de verdad de las proposiciones acerca de lo que está permitido o prohibido en un momento y lugar determinados” (2018, p. 174). La autora, por el contrario, muestra que las tesis sobre el concepto de derecho pueden ser relevantes en el razonamiento práctico de los jueces, pero no son o implican tesis sobre los contenidos considerados válidos en un momento y lugar determinados (2018, p. 177). Para ello, demuestra cómo las circunstancias de hecho de cada ordenamiento y las dadas en cada caso son las que determinan que se sigan una u otras consecuencias prácticas de cada específica teoría del derecho.²⁴ En otras palabras, el contenido concreto de cada institución jurídica dependerá de los criterios de validez que acepte cada grupo social. Los criterios conceptuales que propone el positivismo jurídico son explicativos y buscan ofrecer rasgos generales que sirvan para identificar ejemplos (2018, p. 178).

En tercer lugar, Redondo analiza la teoría de los conceptos jurídicos que Atria presenta en el capítulo 7 “Conceptos jurídicos: entre función y estructura” de su obra. El autor comienza realizando una simplificación a la distinción de clases de Michael Moore, afirmando que podemos diferenciar entre clases nominales o naturales (2016, pp. 136-138). Las primeras permiten delimitar su objeto según se den ciertas características externas, por

²³ Su presentación requiere que la Corte Suprema de Chile considere que el tribunal que dictó sentencia firme haya actuado con “infracción de ley”. Esta determinación dependerá del contenido con el que dotemos a la ley y, según Atria, ello será consecuencia de la teoría de derecho o de interpretación que sigamos. Así, pone por ejemplo cómo aplicando la teoría de Hart o Dworkin los resultados serán distintos. Véase Atria (2016, pp. 86-89).

²⁴ Por ejemplo, si el derecho existente determina o no la aplicación de convenciones lingüísticas. En el ejemplo anterior, si así lo reconociese el derecho, se podría presentar el recurso “de casación en el fondo” en el caso de que sí existieran infracciones y sí se hubieran vulnerado.

ejemplo, por convención lingüística. Las segundas, en cambio, lo delimitan con base en cierta relación interna, es decir, reflejan su naturaleza a través, por ejemplo, de su función. En este último caso, se trataría de conceptos funcionales. Atria (2016, p. 142) considera que los conceptos institucionales solo pueden ser nominales o de clase funcional, y los conceptos jurídicos son conceptos funcionales estructuralmente mediados, es decir, que cada concepto jurídico funcional está mediado por una estructura, opaca respecto a la función,²⁵ que permite identificar a la institución y que hace probable su desempeño (2016, pp. 148-157).

Redondo reconoce que, si bien es cierto que el positivismo en ningún caso niega que las instituciones jurídicas desempeñen necesariamente alguna o varias funciones sociales, tampoco niega que sean desempeñadas por otras instituciones normativas con lo cual no constituyen un rasgo distintivo del derecho (2018, pp. 183-184).

Así, la concepción de Atria y el positivismo se ven, de nuevo, potencialmente enfrentadas. Sin embargo, parece que Atria quiere acercar posiciones: reconoce que, dado que el derecho es un sistema institucionalizado, lo cual genera autonomía entre estructura y función, es la estructura del concepto jurídico la que permite identificar a la institución y la que ofrece criterios de individuación, tal y como afirma el positivismo (Redondo 2018, pp. 185-186; Atria 2016, pp. 147-148).

Así, la teoría de Atria permite distinguir entre que “algo sea llamado X” y “ser X”: cumplir con las características externas en las clases nominales permite que “algo sea llamado X”, mientras que únicamente cumplir con las características internas, en concreto, con la función propia de esa institución (tal y como exige los conceptos jurídicos funcionales) nos indicará su naturaleza y, consecuentemente, le permitirá “ser X”²⁶

²⁵ Atria amplía esta condición afirmando “[q]ue sea opaca quiere decir que la relación de individuación es intransitiva: aunque la función identifica a la estructura, y la estructura a los miembros, de eso no puede concluirse que la función identifica a los miembros” (2016, p. 149).

²⁶ Atria expande la lógica de Capelleti (1989) respecto de la clase natural y estructural de los actos jurisdiccionales a todas las clases naturales, también a las funcionales: permiten distinguir aquello *que es* (y cumple con las exigencias internas de la clase) de lo que *parece ser o es llamado*, pero incumple con las exigencias. Véase Atria (2016, pp. 137-138).

Por consiguiente, según Redondo (2018, p. 186), la diferencia esencial entre el positivismo y la teoría de Atria consiste en “qué ha de entenderse por [tener un] concepto”: disponer de un conjunto de criterios de individuación (postura positivista) frente a disponer de una teoría que lo explique (postura de Atria); y no, en cambio, el criterio de individuación de los conceptos institucionales, pues lo comparten y es el basado en la estructura. Para Atria, es la función la que explica la ontología y permite hacer inteligibles a las instituciones, así como a la estructura escogida para “hacer probable” la función; por ello, afirma que los conceptos jurídicos son *en definitiva* funcionales (2016, pp. 146-149). Como explica Rodrigo Sánchez Brígido (2020) “la posibilidad de que algo sea llamado X, pero en rigor no sea X, es lo que distingue a las clases naturales de las nominales”.

Pero, además, esta teorización permite a Redondo presentar otra consecuencia: la teoría de los conceptos jurídicos de Atria, entendida a la luz de sus otras precisiones metodológicas, deviene necesariamente en un escepticismo acerca de los conceptos jurídicos. Recordemos que, según Atria, no es posible que el discurso de la teoría del derecho sea puramente descriptivo, sino que, esencialmente, es constitutivo de las creencias de los aceptantes. Por lo tanto, ¿cómo dirimir un desacuerdo entre teorías jurídicas respecto de la función de la institución, si no se puede distinguir entre enunciados que describan la función que la institución hace probable de aquellos que describan la que debería hacer probable? Siguiendo con su comprensión acerca de qué es tener un concepto, ¿cómo pueden hacer inteligible la institución si nos indican funciones distintas? y, finalmente, ¿cómo determinar cuál es la verdadera función?

Una posible solución sería aplicar el test de “las mejores razones”, pero Redondo considera que este no es suficiente en caso de empate racional (2018, p. 192). Si no se acepta la posibilidad de que las teorías utilicen enunciados descriptivos con los que indicar la verdadera función de las instituciones, asumiendo que los conceptos jurídicos son conceptos funcionales, no podremos saber qué teoría constitutiva es la correcta y “entonces el resultado escéptico es inevitable: cada teoría ofrece una propia cosmología inconmensurable respecto de la que ofrecen otras” (2018, p. 193).

En conclusión, en este cuarto capítulo Redondo plantea algunas críticas a la teoría de Atria focalizadas, principalmente, en la relación interna que

este defiende entre teoría y objeto de estudio, que, según la autora, converge en una metodología interpretativista. En los tres puntos presentados, Redondo critica esta actitud interna que el teórico parece asumir en su discurso, que configura su concepto del derecho y que dota de contenido al derecho mismo: a través de los enunciados constitutivos, de los conceptos funcionales y de las consecuencias prácticas de las teorías.

5.2. Análisis crítico

De la propuesta de Redondo podemos comentar algunos aspectos. Por ejemplo, respecto de la última crítica a los conceptos jurídicos funcionales de Atria, otro de los problemas que se derivan del punto de vista positivista que la autora quiere contraponer es la tensión interna que genera la distinción entre criterios de individuación y naturaleza de los conceptos jurídicos en Atria. Recordemos que para Atria los conceptos jurídicos son “en definitiva” funcionales: dado que el derecho es un sistema institucionalizado, los criterios de individuación de los conceptos jurídicos vienen dados por su estructura, aunque su naturaleza la determina su función. Además, considera que la función nos permite distinguir cuáles son las características estructurales decisivas de las marginales (Atria 2016, p. 148), lo cual genera una explicación teórica acerca de por qué consideramos ciertas características esenciales en una institución y no otras. Sin embargo, ello da lugar, como el propio autor reconoce (ídem) a que puedan darse estructuras disfuncionales, ya que las estructuras solo hacen más probable la función, no la aseguran. Por ejemplo, un testamento válido que no representase la última voluntad del difunto, por falta de forma de un testamento posterior, no cumpliría con la función propia del concepto jurídico. Consecuentemente, la distinción entre estructura y función puede llevar a casos en los que una institución sea reconocida como un ejemplo del concepto jurídico, por cumplir con los criterios de individuación acordes con la estructura institucional, pero que no concuerde con la naturaleza asignada por su clasificación funcional. ¿Seguiría en ese caso siendo un ejemplo del concepto jurídico?, ¿la opacidad y consecuente intransitividad buscada de la estructura respecto a los ejemplos permite seguir identificándolos cuando se dan estas disfuncionalidades?

Otro aspecto que comentar reside en la crítica que Redondo realiza a la relación que Atria defiende entre teoría y objeto de derecho. En primer lugar, por la importancia que este punto tiene en la construcción teórica de la teoría de Atria.²⁷ En segundo lugar, porque dada la concisión con la que el autor presenta su argumento, caben distintas interpretaciones. Atria afirma, por ejemplo, “[e]l teórico del derecho no puede entender su labor como la descripción de algo que existe con independencia de su descripción, y por eso lo normativo y lo descriptivo están, hasta cierto punto, mezclados” (2016, p. 89). Redondo considera que está reconociendo el discurso teórico como normativo/constitutivo y que dicha comprensión nos lleva a resultados absurdos, como entender el derecho como una entidad teórica. Sin embargo, también caben interpretaciones más amables. Quizás Atria refiere a esta amalgama entre lo normativo y lo descriptivo, precisamente, debido a las consecuencias prácticas, e incluso constitutivas, que se derivan de los discursos teóricos. Ello no significa que en sí mismo el discurso sea normativo/constitutivo, sino que su aplicación por parte de los operadores jurídicos tiene efectos constitutivos en la práctica. Por otro lado, puede que para ciertos aceptantes las teorías acerca del concepto del derecho tengan un sentido explicativo con efectos declarativos. Ello aun cuando la teoría describa la realidad, como afirman los positivistas, y los teóricos hayan procedido con la mayor diligencia en su afán por conseguirlo. Se vuelve, en estos casos, el cuento del huevo o la gallina: ¿qué fue antes, la teoría o la realidad jurídica que busca representar? Sin embargo, concordamos con Redondo en lo esencial pues, aún en estos casos, la capacidad constitutiva depende de la actitud que tomen los participantes respecto a la teoría y a su comprensión de la práctica, y no del discurso teórico. Es decir, no hay círculo vicioso en tanto son los participantes o los operadores jurídicos y no el discurso teórico, los que tiene la capacidad de constituir con sus acciones y creencias el hecho institucional jurídico.

Por último, en la literatura podemos encontrar el análisis que Sánchez Brígido (2020) realiza a este capítulo. En nuestro análisis, hemos presentado el papel que juega la función en la teoría de los conceptos jurídicos funcionales de Atria desde un punto de vista “neutral”, pero como Sánchez Brígido

desarrolla, también se puede interpretar que las instituciones jurídicas cumplen funciones moralmente valiosas, siguiendo una línea teórica iusnaturalista como la propuesta por Moore o Mark C. Murphy. En concreto, el autor defiende la tesis de la no neutralidad: “no podría entenderse cabalmente el modo en que el derecho desempeña una función sin entender adecuadamente la función misma [...] [si] esta función es moralmente relevante”. Por el contrario, nuestra decisión se basa en que ni Redondo ni Atria refieren directamente en los capítulos estudiados a una función “moral del derecho”.²⁸

6. Acerca del capítulo cinco: “La posibilidad de un positivismo jurídico interno”

6.1. Reconstrucción

En el quinto y último capítulo, Redondo precisa y defiende su propia versión del positivismo normativista. Esta se caracteriza por la tesis de que es posible identificar ya sea los conceptos institucionales (en la teoría general del derecho) o el contenido normativo del derecho (en la dogmática) sin comprometerse con ellos en términos prácticos, o sea, sin expresar su aceptación o justificación. A fin de establecer y fundamentar dicha tesis, la autora organiza el capítulo en cuatro secciones sustantivas, además de la introducción y las consideraciones finales.

Como recuerda Redondo en el apartado 2, la tesis opuesta a su tesis de la posibilidad²⁹ está defendida o aceptada explícitamente por algunos autores que adhieren ya sea al antipositivismo, ya sea al positivismo escéptico (pp. 196-202). Redondo explica brevemente los presupuestos conceptuales de ambas posiciones, notoriamente diferentes, para subrayar de qué tipo son las razones que justifican la tesis de la imposibilidad, “para así establecer de qué tipo han de ser aquellas que deben ofrecerse para refutarla” (p. 199). Según nos explica Redondo, para refutar una tesis que, como es el caso, está

²⁸ En nuestra línea, ver Ehrenberg, (2009).

²⁹ O sea, “la tesis de la imposibilidad” de describir un contenido normativo o un concepto institucional sin comprometerse con un conjunto de creencias que lo justifican.

basada en un marco conceptual y no en razones de carácter empírico, no basta demostrar su incompatibilidad con un marco conceptual alternativo. Lo que se requiere para refutarla, en cambio (pp. 200-201), es establecer *i*) que la tesis en cuestión contradice sus propios puntos de partida, *ii*) que es incompatible con conclusiones científicas o *iii*) que no permite resolver todos los problemas relevantes que en cambio sí permite resolver la tesis opuesta. Esta precisión (en particular, el punto *iii*) parece dar sentido a la organización del resto del capítulo en el cual la autora introduce su propio marco conceptual para luego compararlo con otros y mostrar su superioridad.

El marco conceptual del positivismo jurídico interno está expuesto en el apartado 3, donde la autora hace una doble distinción entre los enunciados relativos al derecho para así sustituir la bipartición (o tripartición) debatida en la literatura (post-)hartiana, por una cuatripartición. Dicha literatura distingue los así-llamados “enunciados internos” de los “enunciados externos” (y “moderadamente externos”). La autora explica que esta distinción es portadora de una ambigüedad, habiendo dos sentidos relevantes de cada una de esas expresiones. Para evitar el problema de la ambigüedad, Redondo analiza, en primer lugar, una distinción semántica entre los enunciados internos y enunciados externos (pp. 203-208) y, en segundo lugar, una distinción pragmática entre sus enunciaciones o proferimientos (pp. 208-216).

La distinción semántica alude a la referencia de dichos enunciados. Por ejemplo, incluso cuando un enunciado “interno” tenga por tema u objeto la misma institución que un enunciado “externo”, el segundo se referirá a sus “aspectos exclusivamente empíricos o comportamentales” (p. 203), como el enunciado (2) aquí abajo, mientras que el primero se referirá, como el enunciado (1), al “significado que dicha institución tiene para aquellos [...] que con sus comportamientos, creencias o actitudes la constituyen y la mantienen en vida” (p. 203):

- (1) “En Italia es obligatorio conducir por la derecha”
- (2) “En Italia te exigen que pagues 100 euros si conduces por la izquierda”³⁰

³⁰ Alguien podría decir que este ejemplo no es puramente empírico, sin embargo, aquí lo empleamos a los fines de aclarar el punto de la autora.

Esta distinción semántica de las nociones “enunciado interno” y “enunciado externo” permite identificar distintos tipos de discurso o de acceso epistémico al objeto de estudio que, sin embargo, son “igualmente descriptivos” (p. 205). Como hemos subrayado, la diferencia se encuentra en que el primero pretende identificar y usar los conceptos del grupo social relevante, mientras que el segundo se refiere a datos exclusivamente empíricos.

La distinción pragmática, en cambio, alude a la función expresiva o, a la fuerza ilocutiva con la cual los enunciados como (1) y (2) se proferen. En otras palabras, aunque la autora no lo precisó en estos términos, aquí se traza una distinción entre *enunciaciones de los enunciados*, realizadas desde el punto de vista “interno” de quien expresa una actitud práctica de aceptación o aprobación de lo dicho, y el punto de vista “externo” de quien no se compromete con lo dicho en términos de razón práctica. Redondo explica (p. 209) que tanto los enunciados “internos” como los enunciados “externos” pueden proferirse ya sea desde el punto de vista “interno”, ya sea desde el punto de vista “externo”. Para evitar la confusión debida a la ambigüedad de los adjetivos “interno” y “externo”, la autora los subcribe con los números 1 y 2, donde “interno₁” y “externo₁” indican el tipo de enunciado (discriminado por su referencia semántica a significados o datos empíricos), mientras que “interno₂” y “externo₂” indican el tipo de enunciación (discriminado por su expresión pragmática del compromiso práctico o teórico). De esta manera, Redondo logra distinguir cuatro tipos de discurso, teoría o enfoque metodológico, los cuales pueden resumirse así:

Función expresiva: Referencia semántica:	Compromiso práctico	Sin compromiso práctico
Significado	1	2
Datos empíricos	3	4

Donde:

1. enunciado interno₁, proferido desde el punto de vista interno₂;
2. enunciado interno₁, proferido desde el punto de vista externo₂;
3. enunciado externo₁, proferido desde el punto de vista interno₂;
4. enunciado externo₁, proferido desde el punto de vista externo₂.

Como se ha dicho antes, un enfoque positivista interno se sirve solo de los enunciados internos₁ (ya que es un tipo de normativismo), pero defiende la posibilidad de proferirlos tanto desde el punto de vista interno₂ como desde el externo₂. La actitud de compromiso práctico que distingue el primer tipo de proferimiento u enunciación del segundo se manifiesta en una presuposición de “la verdad de algún conjunto de creencias que [...] justifica” la institución a la que se refiere el enunciado en cuestión (p. 209). Dicha presuposición acompaña, por así decirlo, las enunciaciones de los enunciados internos₁, realizadas desde el punto de vista interno₂ (a diferencia de las que están realizadas desde el punto de vista externo₂).

Establecidas las distinciones semántica y pragmática de los adjetivos “interno” y “externo”, se abre el espacio para el positivismo jurídico interno, esto es, un discurso compuesto por enunciados internos₁ proferidos desde el punto de vista externo₂. En otras palabras, se trata de un discurso puramente descriptivo del estudioso que no propone ni presupone ninguna teoría que justifique el objeto normativo a la que se refiere. En cuanto a la aplicación en la teoría general del derecho, dejando de lado la dogmática, esta perspectiva emerge como una forma de entender los conceptos “aplicables a hechos, propiedades u objetos institucionales” (p. 227), que difiere de cómo los entienden Ross (pp. 216-221) o Dworkin (pp. 221-226). Más precisamente, un concepto institucional, para la autora, “no es, ni identifica, el contenido normativo de una específica institución” (como sostuvo Ross), “ni una teoría o conjunto de hipótesis que explican-justifican el contenido normativo de un conjunto de instituciones” (como lo consideraba Dworkin) (p. 227). El concepto institucional es un conjunto de propiedades (relevantes, especialmente interesantes o distintivas) que son “exclusivamente descriptivas” y “se verifican en toda instancia (o, al menos, en toda instancia paradigmática) que cae bajo su ámbito de aplicación” (p. 227).

Definiendo el concepto institucional de esta manera, Redondo pretende evitar la confusión entre los discursos sobre dos tipos de objeto de estudio de la teoría del derecho que, como demuestra la autora, las posiciones anteriores hacen colapsar (p. 228). Estos objetos de estudio son, por un lado, (i) el contenido conceptual de instituciones jurídicas específicas, o sea, los conceptos institucionales específicos (por ejemplo, el de Rey Felipe VI de España) y, por otro lado, (ii) los conceptos institucionales generales

(es decir, en nuestro caso, el concepto general de Rey). Aparte de estos dos objetos de estudio, Redondo trata el concepto general de institución (pp. 235-8), que no es un concepto institucional en ninguno de los tres sentidos mencionados (esto es, de Ross, Dworkin o la misma autora), sino que es

una noción teórica que, si identificada desde un punto de vista externo₂, indica un conjunto de propiedades descriptivas presentes en toda (o en todo caso paradigmático de) institución social y, si identificada desde un punto de vista interno₂, ofrece una explicación altamente abstracta que hace inteligible el contenido de cualquier institución social (p. 238).

Finalmente, al adentrarse en la indeterminación pragmática de los enunciados internos₁, Redondo se refiere a que el lenguaje puede estar siendo usado desde dos puntos de vista diferentes, por ello advierte, y defiende, la diferencia entre la posición de un aceptante y la posición de un teórico. Lo que diferenciará la posición de uno u otro será el punto de vista en el cual se coloque cada uno. Antes de proseguir, recordemos que la idea central del capítulo 5 es que “todo enunciado en el que se usan conceptos institucionales es un enunciado interno₁ que se profiere, indefectiblemente, o bien desde un punto de vista interno₂, o bien desde un punto de vista externo₂” (p. 239). Ahora bien, el aceptante ubicado en el punto de vista interno₂ y el teórico ubicado en el punto de vista externo₂ diferenciarán sus posiciones de acuerdo con quien utiliza ciertas reglas presuponiéndolas justificadas (aceptante) y quien las utiliza sin esta presuposición (teórico). La indeterminación del lenguaje antes mencionada conlleva que los enunciados proferidos contengan diferente información implícita, de acuerdo a si estos se formulan presuponiendo, desde un punto de vista interno₂ o desde un punto de vista externo₂, la verdad de las creencias que justifican la institución a la que refieren. Por ello, explica Redondo, para comprender y evaluar un enunciado institucional (un enunciado interno₁) es fundamental conocer desde qué punto de vista se ha proferido.

Dicho esto, debería quedar claro, como señala la autora en las conclusiones (pp. 244-246), que su propuesta no rechaza la posibilidad de proferir los enunciados internos₁ desde el punto de vista interno₂. Por lo tanto, Redondo no rechaza el enfoque metodológico que defienden los inter-

petativistas, aunque sí rechaza una de sus tesis, o sea, que el tentativo de identificar un concepto normativo necesariamente presupone su justificación. Por otro lado, la autora tampoco asume la necesidad de proferir los enunciados internos₁ desde el punto de vista externo₂, sino que se limita a defender su posibilidad. En este sentido, Redondo defiende un pluralismo metodológico: “[s]i las consideraciones presentadas en este capítulo son correctas, no hay un único método para afrontar el estudio del derecho” (pp. 245-246).

6.2. Análisis crítico

Una de las críticas que se puede realizar a Redondo, en cuanto a los aspectos formales, es que se echa de menos la presencia de ejemplos, especialmente cuando distingue entre tipos de enunciados y tipos de enunciación, para que un público más amplio pueda seguir el argumento.

Ahora bien, desde el punto de vista sustantivo, la autora, al aclarar que utiliza “la noción de presuposición en sentido pragmático” de Robert Stalnaker (1999), escribe: “Si una proposición A presupone pragmáticamente una proposición B, ello significa que B es necesaria para que A pueda ser verdadera” (p. 209, nota 217). Sin embargo, creeríamos, siguiendo al mismo Stalnaker, que ello no es así. Una proposición A puede ser verdadera incluso si su presuposición B (definida pragmáticamente) no lo es. He aquí un ejemplo: Olympia, al hablar en catalán, puede presuponer (y muchas veces presupone efectivamente) que su interlocutora, Anastazija, entiende catalán. Pero la falsedad de esta presuposición (eso es, la incapacidad del interlocutor de entender catalán), no afecta en absoluto el valor de verdad de lo dicho por la amiga. Esto es porque la concepción pragmática de presuposición desvincula por completo esta noción de las condiciones de verdad, como explica Stalnaker (1999, pp. 53-55). Así, la presuposición de un mismo enunciado (incluso un enunciado interno₁ como deja entrever la autora) puede cambiar de un contexto o una instancia de enunciación al otro (es decir, puede proferirse desde el punto de vista interno₂ o desde el punto de vista externo₂) sin que esto afecte al significado del enunciado en cuestión.

Por otra parte, este capítulo ha sido objeto de varias otras críticas. En particular y en referencia a la posición de aceptante y teórico, Pablo Rapetti (2021) critica a Redondo por la falta de un mayor desarrollo de la noción de “participante”, aunque, como él mismo indica, Redondo se ha ocupado de distinguir entre aceptantes y teóricos. Asimismo, Rapetti introduce una crítica más general al argumento de la autora, que consiste en presentar la incompatibilidad de la distinción entre interno/externo con una reconstrucción expresivista del lenguaje jurídico de primer orden. Rodríguez (2020), por su parte, reprocha a Redondo no haber fundado satisfactoriamente su “asunción pluralista”. Para hacerlo, trae a colación la crítica de Nino (1989) a Kelsen por la tolerancia de este último respecto de concepciones morales alternativas. Según Nino, un principio moral, como la exigencia de tolerancia característica del pluralismo, no puede derivarse sin premisas adicionales de una tesis metaética que no posee tal carácter. Rodríguez extiende el mismo reproche a la tolerancia que Redondo muestra frente a los enfoques metodológicos interpretativistas y escépticos. Si bien Redondo demuestra la posibilidad de un determinado enfoque metodológico y acepta la posibilidad de otros, estas posibilidades no significan que los enfoques en cuestión tengan valor.

7. Conclusiones

A lo largo de esta reseña crítica de la obra *Positivismo jurídico “interno”* de María Cristina Redondo hemos tratado de presentar al lector/a las principales ideas de una obra compleja, estimulante, profunda y novedosa. También nos hemos atrevido a sugerir algunos problemas que creemos pueden ayudar a la discusión y comprensión de la misma.

Como se ha dicho, la obra se compone de cinco capítulos, autónomos entre sí, pero que sirven a un mismo fin: presentar todas las aristas de la propuesta teórica propia de la autora, es decir, el positivismo jurídico interno. Así, de manera correlativa al avance de sus capítulos, la autora presenta su posición epistémica y ontológica (capítulo uno), su concepción de la normatividad de las normas (capítulo dos) y de la dinámica de los sistemas jurídicos (capítulo tres), qué problemas comporta una posición

antipositivista o interpretativista (capítulo cuatro), para finalmente presentar una distinción entre el punto de vista interno/externo y cómo ello articula su postura y da respuesta a las posiciones que enfrenta (escepticismo e interpretativismo). La obra finaliza enlazando con los ejes centrales de su primer capítulo, siguiendo una estructura redonda, que sirve de conclusión y aclaración de cada uno de los aspectos presentados previamente.

Esta estructura presenta ventajas e inconvenientes: no exige realizar una lectura sucesiva, lo que permite una lectura autónoma, pero puede llegar a dejar injustificada la existencia de ciertos capítulos intermedios, como el capítulo tres o incluso el cuatro. Sin embargo, creemos que esta estructura debe entenderse como un puzzle que presenta ciertas respuestas a temas que la autora posteriormente discute. Para ello se requiere, eso sí, realizar una visión panorámica de la obra a la que creemos esta reseña puede ayudar. Por ejemplo, el capítulo cuatro, que *a priori* puede parecer independiente de su postura sobre el positivismo jurídico interno, es en realidad una explicación metodológica necesaria para comprender cómo la autora comprende los conceptos institucionales y el fin de la teoría del derecho, así como en qué aspectos coincide con una postura interpretativista y en cuáles no.

Esta obra nos permite profundizar en los avances que el pensamiento de Redondo ha experimentado en los últimos años. Nos ofrece una fotografía sobre cómo la autora entiende la teoría del derecho, qué requiere el positivismo normativista que defiende y qué significado otorga al positivismo jurídico interno. Sin lugar a dudas, esta es una de las principales virtudes de la obra. Pero también destaca la diversidad de frentes que la autora ataca: particularismo, escepticismo, empirismo o cientificismo, antipositivismo, etc. Sin embargo, ello exige del lector/a cierto conocimiento previo de los debates y de las posturas que puede dificultar la comprensión general de las críticas.

En conclusión, *Positivismo jurídico "interno"* es una excelente actualización del debate acerca del positivismo jurídico normativista y del pensamiento de la autora. Creemos que Redondo resuelve con soltura los diversos problemas que otras corrientes podrían presentar a su teoría y que su forma de entender la teoría del derecho tiene un interesante porvenir.

Bibliografía

- Alchourrón, C. (1996). On Law and Logic. *Ratio Juris*, 9(4), 331-348.
- Alchourrón, C. y Bulygin E. (1971). *Normative Systems*. Dordrecht: Springer.
- Andrade, M. (2021). Variedades de positivismo y ontología social. *Anuario de filosofía jurídica y social*. Santiago de Chile: Sociedad chilena de filosofía jurídica y social. (En vías de publicación).
- Araszkievicz, M. (2015). Legal Rules: Defeasible or Indefeasible? En Araszkievicz, M., Banas, P., Gizbert-Studnicki, T., Pleszka, K. (eds.), *Problems of Normativity, Rules & Rule-Following* (pp. 415-31). Dordrecht: Springer.
- Atria, F. (2016). *La Forma del derecho*. Barcelona: Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. P. Navarro, C. Redondo (eds.) (2002), *La relevancia del derecho* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- Bulygin, E. (1990). An Antinomy in Kelsen's Legal Theory. *Ratio Juris*, (3), 29-45.
- Bulygin, E. (1991). Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos. En Alchourrón, C. y Bulygin E. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 169-193.
- Bulygin, E. (2005). En defensa de El Dorado: respuesta a Fernando Atria. En Atria, F. y Bulygin, E. (eds.), *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (pp. 73-85). Barcelona: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*. México D.F.: Fontamara S.A.
- Bulygin, E. (2007). María Cristina Redondo sobre distintos tipos de positivismo. En *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 201-203). Barcelona: Marcial Pons.
- Capelletti, M. (1989). *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Chiassoni, P. (2002). Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano. En *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 185-210). Barcelona: Gedisa.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.

- Ehrenberg, K. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(1), 91-113.
- Epstein, B. (2015). *The ant trap: Rebuilding the foundations of the social sciences*. Oxford: Oxford University Press.
- Guastini, R. (2001). Sollsätze. An Exercise in Hard Legal Positivism. En P. Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought* (pp. 103-116). Torino: Giappichelli.
- Guastini, R. (2013). Il realismo giuridico ridefinito. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 19, 97-111.
- Iglesias, M. (Inédito). ¿Son genuinas las reglas genuinas de Cristina Redondo? Algunas observaciones a “Reglas genuinas y positivismo jurídico”.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*, Wien: Frank Deuticke. Citado por la traducción castellana de R. Vernengo (1979). *Teoría pura del derecho*, México DF: UNAM.
- Legarre, S. (2020). Positivismo jurídico “interno” a la luz del derecho natural. Imágenes y objeciones del derecho natural en la filosofía jurídica analítica contemporánea. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, <https://doi.org/10.4000/revus.6128>
- Leiter, B. (1993). Objectivity and the Problems of Jurisprudence. *Texas Law Review*, 72 (1), 187-209.
- Leiter, B. (ed.) (2001). *Objectivity in law and morals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mazzarese, T. (1991). Norm proposition: epistemic and semantic queries. *Rechtstheorie*, 22, 39.
- Mazzarese, T. (1999). “Norm Proposition” a Tentative Defense of a Sceptical View. En *Search of a New Humanism* (pp. 193-204). Dordrecht: Springer.
- Monti, E. (2020). “Redondo sobre la normatividad del derecho”. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (42). <https://doi.org/10.4000/revus.6177>
- Moreso, J. J., Navarro, P. E., & Redondo, C. (2002). *Conocimiento jurídico y determinación normativa*. México: Fontamara.
- Nino, C. (1984). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Paidós.
- Rapetti, P. A. (2021). Positivismo jurídico interno: ¿“hurra”, “buh”, “ehhh...”? *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (en vías de publicación).

- Redondo, M. C. (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Redondo, M. C. (1998a). “Reglas ‘genuinas’ y positivismo jurídico”. *Analisi e Diritto*, 243-276.
- Redondo, M. C. (1998b). “El carácter práctico de los deberes jurídicos”. *Doxa*, 21(2), 355-370.
- Redondo, M. C. (2017). *Orden jurídico – modelos y discusiones*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Redondo, M. C. (2018). *Positivismo jurídico “interno”*. Kranj: Klub Revus.
- Rodríguez, J. L. (2020). Sobre la posibilidad de un positivismo jurídico interno. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, <https://doi.org/10.4000/revus.6061>
- Ross, A., (1957). Tû-Tû. *Harvard Law Review*, 70 (5): 812-825. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R.: *Tû-Tû*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- Sanchez Brígido, R. E. (2020). El concepto de derecho como concepto funcional. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 42, <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, <https://doi.org/10.4000/revus.6416>
- Schauer, F. (2004). *Las reglas de juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (trad. de Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez). Madrid: Marcial Pons.
- Searle, J. R. (1995). *The construction of social reality*. Nueva York: The Free Press. Citado por la traducción castellana de Domènech, A., *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- Stalnaker, R. C. (1999). *Context and Content*. Oxford: Oxford University Press.

Sección III

**BALANCE DE
UNA DISCUSIÓN**

Ontología social y práctica jurídica: la actualización de un debate

*Social Ontology and Legal Practice:
Updating a Debate*

Pablo A. Rapetti*

Recepción: 10/05/20

Evaluación: 31/07/20

Aceptación final: 15/08/20

Resumen: En el número XIV de *Discusiones* se produjo un debate acerca del rol de los hechos sociales como fundamento ontológico de la práctica jurídica. En las líneas que siguen intentaré reconstruir los elementos centrales de aquel debate sometiéndolos a escrutinio crítico y, sobre todo, intentaré poner en relación las cuestiones allí discutidas con algunos avances que se han dado en la literatura especializada con posterioridad. De esta manera, la finalidad principal del trabajo es la de sugerir algunas vías con las cuales continuar y profundizar la discusión sobre el tema.

Palabras clave: práctica jurídica; ontología; fundamentación; anclaje; Austin, Hart.

Abstract: In *Discusiones*, XIV, a debate took place about the role social facts play as the ontological grounds of the legal practice. In what follows, I will try to reconstruct the central tenets of that debate, critically scrutinizing them and, more importantly, I will try to trace a link between the issues

* Doctor en Derecho, Universitat de Girona, España. Profesor del ITAM (Instituto Tecnológico Autónomo de México), Ciudad de México. Contacto: pablo.rapetti@itam.mx. Agradezco a Riccardo Guastini, Guilherme Vasconcelos y la revisión anónima provista por *Discusiones* las lecturas y observaciones hechas a la primera versión de este trabajo.

then discussed and some developments worked out in the specialized literature afterwards. Thus, the main goal of this paper is that of suggesting some lines along which to continue and sharpen the debate on the subject.

Keywords: legal practice; ontology; grounding; anchoring; Austin; Hart.

La fórmula radical, íntima, de lo que Él estaba haciendo miserablemente, era la ambición y ansiedad de lograr el reemplazo por la Nada de la Totalidad, de todo lo que hay, lo que hubo, lo que es, de toda la Realidad material y espiritual. Creía que el Cosmos, lo Real, no podría soportar mucho tiempo...

Macedonio Fernández – *Tantalia*

1. Introducción

En *Discusiones XIV* se dio un debate entre Carlos Bernal Pulido, Damiano Canale y Richard Ekins acerca de la ontología del derecho. En particular, el debate versó sobre si, y eventualmente cómo, el derecho es o se funda en alguna clase de práctica social caracterizada de un modo más o menos específico, esto es, como un conjunto de acciones intencionales colectivas por parte de agentes humanos. A su vez, ello implicaría —como señala Giovanni Tuzet en su introducción a la discusión (Tuzet, 2014, p. 10)— que el asunto tratado es, en principio, lo que puede llamarse la “ontología-proceso” del derecho y no este (o sus componentes) en tanto que entidad u objeto, es decir, en tanto que “ontología-resultado”.

Según creo, se trata de un debate que aún hoy se encuentra en un estadio incipiente dentro de la teoría analítica del derecho.¹ Los desarrollos en la ontología social analítica más en general, no ligados específicamente al

¹ En cambio, Tuzet parece insinuar, mediante un ejemplo, que al menos las investigaciones sobre ontología-resultado son frecuentes en la teoría jurídica. Según apunta, la pregunta “¿Qué es una norma jurídica válida?” es propia de una investigación de dicho tipo (2014, p. 11). Me parece que este no es necesariamente el caso: aunque es una cuestión discutida, muchos han querido separar las cuestiones de la *validez* de las normas de aquellas relativas

derecho, se encuentran en un no muy menor grado de novedad. Con esto no insinúo que la teoría del derecho vaya siempre necesariamente a la zaga de otras disciplinas filosóficas, importando recursos desde ellas. En muchas ocasiones, la novedad puede, a la inversa, “provenir” de la propia teoría del derecho. Y esto se evidencia justamente en el contexto de las actuales investigaciones de ontología social analítica, donde, *e. g.*, los aportes de Hart acerca de la idea de una *regla de reconocimiento* [en adelante, RR] y la relación que esta tiene con ciertos tipos específicos de prácticas sociales —noción de *aceptación* mediante— tienen carácter precursor.²

En todo caso, los objetivos de las líneas que siguen son los de (1) reconstruir el debate Bernal-Canale-Ekins intentando (2) ponerlo en relación con algunas elaboraciones relacionadas que se han producido con posterioridad a dicha discusión y (3) abriendo nuevos frentes de detalle para una posible profundización.

Como bien señala Tuzet (2014, pp. 11-12), la herramienta teórica central del artículo inicial, de Bernal, es la *tesis de la práctica social* [de aquí en más, TPS]. De acuerdo con esta tesis, el derecho, entendido como un conjunto de normas válidas, está fundado en una práctica social.

La estrategia de Bernal consiste en asumir TPS como intuición de base acerca del derecho y testear en función de ella las concepciones generales del derecho de tres autores: Austin, Hart y Shapiro. Su objetivo es el de comprobar si se trata de concepciones compatibles con la verdad de TPS o, dicho en otros términos, el de ver si son concepciones que den cuenta del derecho *en tanto que* práctica social. En general, el resultado del examen es que los primeros dos no lo consiguen, mientras que Shapiro, con su *teoría del derecho como planificación*, sí lo logra. En este balance no me enfocaré sobre la discusión acerca de esta última. Ello se debe en parte a que la réplica de Bernal a las críticas hacia Shapiro es muy escueta y en parte a

a su *existencia*. Si la distinción resulta plausible, las cuestiones de existencia serán, en efecto, materia de investigación ontológica; pero en cambio las de validez serán, más bien (o, cuando menos: *posiblemente*), de índole lógica o normativa. Es notorio que las investigaciones sobre validez son bastante más frecuentes que aquellas sobre existencia. Sobre la distinción entre existencia y validez de normas véase, *e. g.*, Guastini (2014, caps. VIII, XII y XIII).

² Bernal reconoce esto en su réplica a las críticas (Bernal Pulido, 2014b, p. 147). Véase también Roversi (2018, p. 139).

que el debate en torno a las teorías de Austin y, sobre todo, Hart, permite por sí solo introducir los que creo son los más importantes elementos de actualización del análisis socio-ontológico respecto del derecho.

Vale destacar que, según la réplica de Bernal a las críticas, su estrategia ni presupone la verdad de TPS, ni afirma que las teorías de Austin y Hart, en la medida en que no casan con TPS, sean incorrectas (Bernal Pulido, 2014b, pp. 146-148). Ciertamente, esto no resultaba del todo claro en su artículo original y por ello Damiano Canale le objetaba que, del hecho de que las teorías de Austin y Hart no se condigan con TPS, no se sigue que sean incorrectas, al tiempo que la relación entre TPS y dichas teorías no dice nada acerca de la verdad o falsedad de TPS (Canale, 2014, p. 76).

2. Acción colectiva vs. agencia grupal

De acuerdo con Bernal, TPS deriva de algunas intuiciones más básicas. La intuición fundamental es que la existencia de las actividades jurídicas depende de la capacidad que los seres humanos tenemos para actuar de forma colectiva, es decir, como miembros de grupos o sujetos plurales. Bernal denomina “socialidad” a dicha actividad colectiva. El ejercicio de esta capacidad nos permitiría crear una parte específica de la realidad, la “social”, a la que pertenecerían —entre otros elementos— las instituciones (Bernal Pulido, 2014a, pp. 22-23).

De acuerdo con TPS, el derecho está fundado en una práctica social. Por su parte, una práctica social es concebida por Bernal “de manera amplia”, como un conjunto de *acciones intencionales colectivas recurrentes* [en adelante, AICR]. Una AICR es tal que

- 1) es llevada a cabo por una multiplicidad de agentes actuando conjuntamente como grupo y
- 2) se la realiza de acuerdo con, y en razón de, intenciones “comunes” o “colectivas” [*we-intentions*]; lo que a su vez exige cierto conocimiento, por parte de los agentes del grupo, de las acciones e intenciones de los demás miembros (Bernal Pulido, 2014a, pp. 24-27).

Esta caracterización básica genera algunas dudas, puesto que en ningún momento se aclara qué quiere decir que los agentes actúen “conjuntamente como grupo” según la condición (1). Al parecer, lo que Bernal tiene en mente es que así sucede cuando se da la condición (2), pero entonces parece que esa parte de la condición (1) resulta redundante. En cualquier caso, una de las objeciones presentadas por Richard Ekins viene aquí a cuento, porque, según él, Bernal se concentra puramente en las AICR, dejando de lado lo que denomina “agencia grupal”, y que podría resultar muy importante para el análisis de los fenómenos jurídicos. La agencia grupal supone una más específica forma de acción colectiva en la que el grupo, se espera, puede actuar como un agente singular, racional y natural (Ekins, 2014, pp. 116-117). Esto implica que los miembros del grupo busquen actuar conjuntamente de manera coherente y consistente, razonando de un modo distinto al propio de la deliberación individual, y eso sería lo que diferencia a la agencia grupal de otras formas posibles de AICR.³

Bernal responde objetando la posibilidad de que el acto de un grupo sea considerado el acto de un agente único. Para ello equipara las acciones propias de la agencia grupal, en el trabajo de Ekins, con *acciones representativas*, esto es, acciones realizadas por alguno(s) miembro(s) de un grupo en nombre de todo el grupo. Y, siguiendo a Kirk Ludwig, propone una explicación “deflacionaria” de la intencionalidad colectiva, de acuerdo con la cual el hecho de que el grupo de personas haga algo consiste en que sus miembros individualmente contribuyan a llevar a cabo ese algo (Bernal Pulido, 2014b, pp. 153-154).⁴ De acuerdo con la propuesta de Ludwig, la acción colectiva puede explicarse en términos de acciones de quienes sean representantes del grupo, acciones que a su vez están respaldadas por otras acciones de los demás miembros. Así, Bernal afirma que

[e]l proyecto de la intencionalidad colectiva, que sostiene que la práctica jurídica puede ser explicada en términos de las acciones individuales y colectivas de los agentes que participan en ella, no

³ En Ekins (2012), el autor busca caracterizar la actividad parlamentaria como propia de la agencia grupal. Su concepción de la agencia grupal viene, al menos en parte, del trabajo de Pettit & List (2011).

⁴ Para la presentación original de la idea, véase Ludwig (2013).

se ve socavado por el fenómeno de la acción representativa y es compatible con el ejemplo en el que la legislatura delega la tarea de expedir leyes y de esta manera la lleva a cabo sin que haya un agente grupal autónomo sino solo individuos que llevan a cabo sus múltiples contribuciones a los actos oficiales del grupo por medio de sus agentes autorizados (Bernal Pulido, 2014b, pp. 155-156).

En este sentido, Bernal parece preocupado por la cuestión estrictamente ontológica de si hay necesidad de postular la existencia de entidades supraindividuales (el grupo en sí). Esta no parece la preocupación que motivó la observación de Ekins, que es más bien la de dar cuenta de acciones individuales de agentes particulares que buscan específicamente la consistencia y coherencia al interior del grupo del que forman parte, acciones alimentadas por un tipo de razonamiento que tiene puntualmente en cuenta la existencia del grupo y la pertenencia a él del propio agente que razona. Según creo, no hay nada en la posición de Ludwig que la muestre *prima facie* incapaz de ofrecer una adecuada explicación del rasgo que preocupa a Ekins. Pero, en cambio, no parece que Bernal haya elaborado una explicación tal.

Al margen de ello, la cuestión que recién he calificado de “estrictamente ontológica”, puede quizás resultar menos problemática de lo que Bernal parece tácitamente creer. Ciertamente, la cuestión de la economía ontológica ha sido considerada relevante al menos desde Quine (2002 [1948]). Cuantas menos entidades presuponga como efectivamente existentes una teoría o construcción explicativa, mejores credenciales tendrá. Por ello la economía ontológica constituye uno de los estándares básicos para la selección entre teorías en competencia.⁵ Sin embargo, en los últimos años la metafísica analítica parece estar dejando de lado este criterio o, quizás, reinterpretándolo: la cuestión ya no se toma tanto en términos de *cantidad* de entidades, como acaso fue concebida, sino más bien en términos de *fundamentalidad*. No es *per se* problemático asumir la existencia de muchas entidades; lo eventualmente problemático es asumir la existencia de muchas entidades *en tanto que fundamentales*.⁶ Así, e. g., Kit Fine (2001,

⁵ La presentación más conocida de estos criterios es probablemente la de Thagard (1978).

⁶ Véase Berto & Plebani (2015, p. 2) y, más en detalle, Schaffer (2009).

2009) distingue entre compromisos ontológicos *ligeros* y *densos*. Se tienen compromisos con lo que sea sobre lo que se cuantifique, pero si se cuantifica sobre entidades que están fundamentadas por otras, el compromiso es ligero y poco oneroso. Lo verdaderamente oneroso son los compromisos densos, con entidades fundamentales.

Es igualmente discutido qué entender por “fundamental”. Una opción, *e. g.*, consiste en sostener que una entidad no es fundamental en la medida en que puede ser *reducida* metafísicamente a otra(s). Otra opción consiste en sostener que no es fundamental si está enteramente *constituida* metafísicamente por otra(s), aún si esto no necesariamente implica que pueda reducirse a esa(s) otra(s). Y, desde luego, hay también diversas alternativas sobre qué suponen los conceptos de reducción y constitución, e incluso sobre si la relación de constitución es solo una o en realidad admite múltiples formas no intercambiables.⁷ Más adelante volveré sobre esto.

3. Austin y TPS

La primera teoría del derecho analizada por Bernal (2014a, pp. 22 ss.) es la de John Austin. Para Austin el derecho de una comunidad puede ser entendido como el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas de una persona o cuerpo de personas que, al ser habitualmente obedecido sin tener por su parte el hábito de obedecer a nadie más, es entonces el soberano de dicha comunidad. Bernal afirma que la presentación del hábito general de obediencia es ambigua, puesto que admite tanto una lectura distributiva como una colectiva. Bajo la lectura distributiva, cada individuo de la mayoría obediente se conforma a las órdenes del soberano, de manera personal e independiente. Según esta interpretación, dicho hábito es una mera suma de acciones personales. Bajo la lectura colectiva, en cambio, es una AICR.

Si se lee a Austin conforme la óptica colectiva, su teoría parece condecirse con TPS. Es decir, la concepción general que él propone sería una que presenta al derecho como una práctica social. Pero Bernal concluye que, en el mejor de los casos, la teoría de Austin sería una pobre encarnación

⁷ De manera que estoy usando la palabra “constitución” en sentido no-técnico.

de TPS, por dos grandes obstáculos. En primer lugar, no es claro que la lectura colectiva sea la que es correcto hacer. En esto consiste el problema que Bernal denomina “de la colectividad”. El segundo problema vendría luego, incluso si se asume dicha lectura: “el problema de la normatividad”. Bernal afirma⁸ que es un problema que ya Hart había señalado en su clásico examen del trabajo austiniano: la idea del hábito general de obediencia no sería útil para captar

algunas verdades aceptadas sobre la dimensión normativa del derecho, tales como el hecho de que la desviación del comportamiento establecido en las normas produce una reacción crítica y que la gente piensa que dicha reacción crítica está justificada [ni] la verdad aceptada de que la autoridad jurídica no es sólo aquella que tiene la competencia para ejercer la coerción y obligar la sujeción a las normas, sino también “el derecho jurídico para hacerlo”; y que este derecho, o, para ser más precisos, la competencia jurídica para imponer sanciones y la competencia jurídica general para emitir reglas a la población, genera no solo un hábito, sino también una sujeción (en términos de Hohfeld) a obedecer la autoridad jurídica, y la obligación de seguir las reglas jurídicas emitidas por ella (Bernal Pulido, 2014a, pp. 31-32; nota omitida).

Ahora bien, creo que aquí es Bernal quien incurre en una ambigüedad, puesto que no es claro el sentido de “normatividad” —palabra fatigada en la teoría del derecho— que está empleando. Considero que se la suele emplear en al menos tres sentidos distintos. En un primero, la palabra alude al carácter de genuina obligatoriedad que tal vez tenga el derecho, es decir, a la cuestión de si ofrece razones *concluyentes* para la acción;⁹ lo llamaré *normatividad*₁. En otro, a la “forma normativa” del derecho, esto es, al hecho de que este consta estructuralmente de normas (sin juzgar si estas son genuinamente proveedoras de razones concluyentes para la acción); lo llamaré *normatividad*₂. Todavía en un tercer sentido, *normatividad*₃, alude

⁸ Equivocadamente, como veremos luego.

⁹ Normalmente, ello viene acompañado de las asunciones de que se trata de razones morales y de que solo estas pueden ser concluyentes.

al hecho de que los sujetos del derecho de una comunidad *consideran* que este los obliga, que les brinda razones para actuar.

Me parece indudable que las críticas de Hart a Austin tenían que ver con normatividad₂ y normatividad₃. No con normatividad₁,¹⁰ que es el sentido que preocupa realmente a Bernal (2014a, p. 40). En parte, Canale y Ekins critican también esta inadecuada comprensión de los objetivos teóricos de Hart. Pero ambos parecen endilgar a Hart una preocupación exclusiva por normatividad₃ y no así por normatividad₂ (Canale, 2014, pp. 89-91 y 93-94; Ekins, 2014, p. 130). Ekins agrega —en consonancia con las inclinaciones metodológicas finnisanas que manifiesta— que está de acuerdo con Bernal en que uno no debe quedarse en la exploración de normatividad₃, insinuando que la teoría del derecho debe afrontar también normatividad₁ (lo que implica que una teoría del derecho que no lo haga es criticable por ello, como ejemplifica Bernal). Canale (2014, p. 107) parece también compartir esto.¹¹ Personalmente, discrepo de los tres y, como Hart y Austin, creo que el análisis de normatividad₁ es del resorte de las filosofías moral y política. Mientras que normatividad₂ y normatividad₃ son abordables desde perspectivas conceptuales y descriptivas (es decir, explicativas), normatividad₁ resulta propio de una labor justificativa, normativa en sí misma. Y por razones conceptuales: por el concepto mismo de teoría en una versión “restringida”, por decirlo de alguna manera. Pero no abundaré sobre esto aquí.¹²

En cambio, me interesa insistir sobre cómo en la disputa no se atribuye a Hart una preocupación por normatividad₂. Me concentraré solo en un pasaje del texto de Canale, que cito en extenso:

El argumento principal de Hart es que la teoría de Austin acerca del hábito de obediencia no tiene en cuenta la distinción entre el com-

¹⁰ Como veremos a continuación, esto evita la contradicción que Bernal sugiere en la obra de Hart, consistente en que este último señala a Austin el “problema de la normatividad” y, sin embargo, caería también en él.

¹¹ Sin embargo, sus conclusiones acerca de la obra de Hart (Canale, 2014, pp. 93-94) alimentan dudas sobre este punto.

¹² Por supuesto, ello no implica que abordar normatividad₁ sea en manera alguna irrelevante. Remito a lo que he sostenido en Rapetti (2019, cap. 4), aunque volveré sobre esta cuestión *infra* sección V.

portamiento habitual y el seguimiento de reglas [*rule-following*]. El hábito de obediencia es simplemente una regularidad de conducta, mientras que seguir una regla implica tomar las normas jurídicas como razones para hacer aquello que el derecho manda y como razones para criticar a aquellos que se aparten de las normas.

Bernal mantiene la objeción de Hart, como generalmente hace la teoría del derecho contemporánea, y la utiliza para apoyar la tesis de la práctica social. Pero, ¿es justa la objeción de Hart? Uno podría sostener que no. En primer lugar, Austin no reduce la normatividad del derecho a la amenaza de sanción. El hecho de que las normas sean generalmente guías para la acción depende de un complejo conjunto de hechos psicológicos, del tipo de los que investiga la filosofía moral. En segundo lugar, esta explicación sigue siendo compatible con la idea de la existencia de reglas como razones para la acción. Hechos tales como que cierta autoridad haya sido obedecida en el pasado, la preferencia por una cierta forma de gobierno político, o la preferencia por un sistema de gobierno en lugar de la anarquía, pueden ser entendidos como razones que condicionan la deliberación práctica de los destinatarios del derecho y explican por qué algunos miembros de la comunidad ven al derecho como un conjunto de reglas que regula adecuadamente las conductas. Para Austin esas razones son simplemente una parte de la explicación psicológica del comportamiento individual, que está fuera del ámbito de la teoría del derecho empírica (Canale, 2014, pp. 84-85; nota omitida).

Como espero que ahora se note, aquí Canale se refiere solo a normatividad₁ y normatividad₃. Pero la crítica de Hart a Austin no solo pasa porque este último no dé cuenta de normatividad₃, sino —y de manera más fundamental— porque la “teoría empírica” austiniana reduce explicativamente las relaciones normativas a términos fáctico-causales que oscurecen, más que aclarar, nuestra comprensión de los fenómenos jurídicos. Piénsese en términos de la distinción de Kelsen (1979, pp. 89-90) entre los principios de imputación y de causalidad. La crítica de Hart, según creo, tiene que ser entendida (en parte) como acusando a Austin de indebidamente fundir ambos. Canale apela a ciertos tipos de hechos nombrados por el propio Austin y afirma que pueden ser entendidos como (constituyendo) razones

que explicarían “por qué algunos miembros de la comunidad ven al derecho como un conjunto de reglas que regula adecuadamente las conductas”. Pero la crítica de Hart es que la reducción factualista nos impide siquiera atribuirles a ciertos miembros el ver al derecho como un conjunto de *reglas*, sean adecuadas o no.¹³

Pero volvamos brevemente al “problema de la colectividad”. Tanto Canale (2014, pp. 78-86) como Ekins (2014, pp. 119-124) discrepan de Bernal en cuanto a la posible lectura colectiva. Los dos sostienen que la lectura apropiada es la distributiva y para ello ofrecen varios elementos exegeticos. Canale es particularmente enfático, dado que no solo sostiene que la teoría de Austin sería una pobre encarnación de TPS, sino que se trataría, más bien, de una concepción fatalmente encaminada a *rechazar* TPS. Para Canale, la teoría de Austin presenta al derecho como una empresa primordialmente no cooperativa, basada en la relación vertical y de dominación entre soberano y súbditos. La cooperación puede tener lugar, pero no es condición necesaria para la existencia del derecho.

Bernal, en su réplica (2014b, pp. 159-161), trae a colación un pasaje de la obra de Austin en la que describe el paso de una “sociedad natural” a una “sociedad política”, jurídicamente organizada. El paso está dado justamente porque el grueso de la sociedad comience a obedecer habitualmente a alguien, erigiéndolo así en el soberano. Lo notable es que allí Austin alude a una organización temporaria de varias comunidades que *voluntaria y conjuntamente* se someten a efectos de repeler a un tercero, enemigo, extranjero (Austin, 1995, p. 177). Ello muestra que es posible que una “sociedad política” se forme mediante AICR.

En mi opinión, se trata de una réplica insuficiente a la observación de Canale, porque este admite que en la concepción austiniana puede haber cooperación, e incluso la formación de un derecho mediante cierta forma de cooperación. Su punto es que esto no es de ninguna manera necesario, y

¹³ Esto explica —solo por mencionar un ejemplo acaso no tan obvio— las disquisiciones de Hart, al inicio de su presentación de la concepción de Austin, sobre por qué reconstruir dicha postura como parangonando las normas a órdenes respaldadas por amenazas, en lugar de a *mandatos*. El apunte es acaso no tan obvio, porque es usual referirse a la teoría de Austin como “del mandato” incluso cuando se la aprecia a partir del clásico análisis hartiano, dejando de lado las disquisiciones a que aquí aludo. Véase Hart (1963, pp. 23-26).

ello parece fundamento bastante para sostener que, desde un punto de vista austinianiano, el derecho no es fundamental o esencialmente una práctica social. Lo más interesante de apuntar, en todo caso, es que esta discusión nos da buenas razones para intentar introducir una distinción que en el debate bajo examen no se plantea. Uno podría distinguir entre (1) la verdad de TPS en relación con la génesis del derecho, de un ordenamiento jurídico, y (2) la verdad de TPS en relación con el funcionamiento y continuidad del derecho. Esto puede dar pie a una complejización del debate porque podría resultar el caso que

- a) El derecho necesariamente se funde en una práctica social y necesariamente haya de funcionar como una.
- b) El derecho no necesariamente se funde en una práctica social, pero necesariamente haya de funcionar como una.
- c) El derecho necesariamente se funde en una práctica social, pero no necesariamente haya de funcionar como una.
- d) El derecho no necesariamente se funde en una práctica social, ni necesariamente haya de funcionar como una.¹⁴

4. Hart y TPS

La teoría de Hart tiene un potencial aparentemente superior para presentar al derecho como conforme a TPS. Ello se debe al juego del concepto de aceptación. La aceptación permite el paso de los meros hábitos sociales a las *reglas* sociales. Cuando un hábito social, es decir, una conducta socialmente convergente, es considerada por parte de quienes convergen en la conducta en cuestión como una regla —*es aceptada en tanto que regla (social)*—, entonces se convierte efectivamente en regla (social). Que se la considere como una quiere decir que se asuma que la conducta convergente

¹⁴ La distinción es ciertamente cercana a la que propone Tuzet entre ontología-proceso y ontología-resultado. Pero no se identifica con ella. Entre otras cosas, porque supone una consideración funcional y por ende diacrónica del devenir de los ordenamientos jurídicos. La primera distinción, en cambio, parece implicar una consideración de la ontología-resultado (*derecho*) solo desde un punto de vista sincrónico.

es de algún modo debida, lo que se manifiesta (1) en el hecho de que se critiquen las desviaciones respecto de ella (y eventualmente se elogie el cumplimiento), dando lugar a una presión pro-conformidad, y en que, (2) de tener que justificar tales críticas, la justificación apele —al menos en parte— a la existencia de la regla al respecto.¹⁵

La presentación que Bernal hace de estas ideas (2014a, pp. 32-33) me resulta confusa. Sostiene que la consideración de que la conducta convergente es de algún modo debida constituye lo que Hart llama el “aspecto interno de las reglas” y tendría “una naturaleza diferente” de la de (1) y (2). A su vez, Bernal afirma que este elemento adicional

[s]e refiere a la actitud que los miembros de la sociedad tienen frente al derecho. Hart denomina esta actitud: el punto de vista interno. Como Shapiro ha aclarado, el punto de vista interno no se refiere simplemente al punto de vista de los miembros de la sociedad o de los participantes en la práctica jurídica social. El referente de este punto de vista es, más bien, un tipo especial de *actitud* que estos participantes pueden tener: la actitud de aceptación de las reglas. La actitud de aceptación de reglas es una *disposición*, en sentido filosófico, a lo que el aspecto interno de las reglas describe, a saber, al establecimiento de un patrón de comportamiento para que sirva como estándar de conducta, es decir, como una guía de conducta dirigida a todos... (Bernal Pulido, 2014a, p. 33; nota omitida, cursivas en el original)

Quizás sea demasiada la profusión de *referencias*: el aspecto interno de las reglas *se refiere al punto de vista interno de las reglas*, que a su turno *se refiere a la actitud de aceptación*, que es una *disposición “al” aspecto interno de las reglas*, que *describe el establecimiento de un patrón de comportamiento para que sirva como estándar de conducta*. Creo que todo esto tiene poco sentido.

He aquí un intento de pasar en limpio las ideas de Hart:

¹⁵ Cfr. Hart (1963, pp. 129-130, 142-144, 250-251; 1982, p. 146; 1958, pp. 92-93).

- a) El aspecto interno de una regla está dado por el hecho de que se la acepte. Más precisamente, es la propiedad de ser aceptada, lo cual fija su contenido en tanto que regla.
- b) Decir que alguien “acepta” una regla equivale a decir que “tiene el punto de vista interno” respecto de esa regla (o alguna expresión similar).¹⁶
- c) Que se acepte una regla quiere decir que se la toma como parámetro para la guía y evaluación de las conductas que la regla cubra.¹⁷
- d) Que así se la tome supone que se tiene la disposición de *usarla* como guía y estándar de evaluación.
- e) La *manifestación* del uso¹⁸ está fundamentalmente dada por la calificación efectiva de conductas en función de la regla y por la crítica a las desviaciones y el elogio del cumplimiento.¹⁹

¹⁶ Así, el “aspecto interno” es propio de las reglas, es un *componente* de ellas, mientras que el “punto de vista interno” es propio de los agentes: acaso es un estado mental, acaso una disposición en sentido específicamente comportamental (me inclino por la primera opción, que a su vez puede comprender una traducción en términos disposicionales no-deterministas; pero este no es el contexto en el que detenerse en esto). Lo que vale la pena aclarar ahora es que (1) decir que el aspecto interno de una regla está dado por el hecho de que se la acepte equivale a decir que el aspecto interno es el hecho de que se tenga o profese respecto de ella el punto de vista interno; (2) la aceptación solo es directamente condición necesaria para la existencia de reglas sociales. Y por ende solo estas deben necesariamente contar con un “aspecto interno”. Otras reglas, como las jurídicas, no necesariamente requieren ser aceptadas para existir. Al menos no *directamente*: la “existencia jurídica” (validez) de reglas requiere de RR, que es una regla socio-jurídica; ella sí tiene una existencia condicionada a la aceptación.

¹⁷ Las reglas no describen el establecimiento de un patrón de conducta para que sirva como guía; lo establecen. Ello mediante la descripción (o asunción/presuposición de una descripción) de una acción o estado de cosas al que se califica deónticamente (relación antecedente-consecuente). Como es obvio, aquí y en el texto principal solo me refiero a reglas primarias. La aceptación de reglas secundarias funciona de manera análoga, pero con particularidades sobre las cuales Hart es lagunoso. Para dos propuestas sobre cómo detallar la aceptación de reglas secundarias véase Kramer (2018, pp. 47-50).

¹⁸ Lo que implica, desde luego, la manifestación de la *disposición* de uso.

¹⁹ Las “críticas”, sin embargo, pueden limitarse al señalamiento de que una cierta acción es “incorrecta” en función de la regla en cuestión. Ello porque se puede aceptar la regla en tanto que social (o en tanto que jurídica, etc.) pero, a la vez, rechazársela desde otros puntos de vista (e. g., moral). Una acción puede ser tenida tanto por correcta como por incorrecta según distintos puntos de vista, es decir, según (la aceptación de) distintas reglas. Otro tanto, en signo opuesto, sucede con los “elogios”. Las manifestaciones son por supuesto necesarias para que alguien pueda decir adecuadamente de otro que es un aceptante de la regla.

Con todo, me temo que la reconstrucción de Bernal presenta ulteriores problemas. Así, afirma lo siguiente:

Hart sugiere que la aceptación de reglas es una *disposición* (...) [E]sto puede entenderse como la actitud de la mayoría de los miembros de la sociedad de estar dispuesto a —o en tener la propensión de— asumir ciertos patrones de comportamiento consistentes en adoptar las normas jurídicas como guías de conducta futura, en la tendencia a actuar de acuerdo con dichas normas y a criticar toda desviación de ellas. De esta manera, estos patrones de comportamiento pueden servir como una razón para la acción conforme a las normas jurídicas y como una crítica para el comportamiento que de ellas se desvía. Sin embargo, esta versión del concepto de regla de aceptación [*sic*] parece muy débil, ya que admite una interpretación muy problemática de acuerdo con la cual lo único necesario es la actitud de los miembros de la sociedad en el sentido de que es *posible* que ellos asuman los patrones de comportamiento de derecho como guías de conducta, y no ya la actitud consistente en que ellos *de hecho* asumen dichos patrones como guías para su conducta futura. Esto no parece consistente con el análisis de Hart acerca del aspecto interno de las reglas, en el cual, es evidente que lo que se exige es que los miembros de la sociedad de hecho consideren los patrones de comportamiento establecidos por el derecho como estándares generales para ser seguidos por el pleno de la sociedad (Bernal Pulido, 2014a, pp. 34-35; nota omitida, cursivas en el original).

Para empezar, hay un inconveniente de circularidad al explicar la disposición como disposición. Pero la cuestión más relevante es que en este pasaje se evidencia una confusión entre tomar una regla como guía y actuar de conformidad con ella. Uno puede tomar efectivamente como guía para su conducta una cierta regla y esto no se desmiente por el hecho de que en ocasiones no actúe de conformidad con ella. Por supuesto, el apartamiento no puede ser completo, sistemático, ni mayoritario. Por otro lado —y de manera más fundamental—, debe recordarse algo señalado poco más arriba: ser aceptante de una regla solo requiere que se la use en el sentido de parámetro calificador de conductas. Esto ciertamente supone

una disposición a (inclinación hacia) la realización de acciones concretas,²⁰ pero no tiene de ninguna manera por qué resultar *determinante* de acciones concretas o, dicho de otro modo, no tiene por qué implicar que la regla es (en efecto) proveedora de razones *concluyentes* para la acción. Ni que se considere que las provee. Lo débilmente “posible” aquí no es que los ciudadanos asuman los patrones de comportamiento de derecho como guías de conducta, sino que actúen de conformidad con los patrones asumidos como guías, precisamente porque el asumir algo como guía no implica que necesariamente se lo acatará.

Finalmente, Bernal trae a colación la interpretación de Shapiro según la cual la aceptación implicaría un compromiso de actuar conforme a la regla, y sostiene que se trata de una visión demasiado intelectualizadora, porque “atribuye a los agentes una consciencia interna con relación a las reglas que va más allá de la que en realidad puede existir” (Bernal Pulido, 2014a, p. 35). En cambio, afirma, puede haber aceptación irreflexiva producto del “entrenamiento” que genera la presión social sostenida, sin representaciones ni intenciones de por medio.²¹

Tanto Canale como Ekins discrepan de esto. El primero sostiene que hacer inintencionadamente lo que una regla establece no supone aceptación alguna, sino solo actuar de acuerdo con la regla (Canale, 2014, p. 89). Ekins, por su parte, afirma que

[s]i Shapiro intelectualiza demasiado, Bernal hace desaparecer toda intelectualización (...). Se puede tener una intención condicional y actuar de conformidad sin mucha auto-conciencia. Pero aun así se debe adoptar algún curso de acción, eligiendo un fin y sus medios: específicamente, uno elige hacer X cuando o si Y sucede. Las “presiones sociales... que equivalen a una forma de entrenamiento” solo

²⁰ La aceptación no es una actitud cognitiva, sino conativa. Véase (Caracciolo, 1988, p. 50); y (Toh, 2005, pp. 79 y 89).

²¹ Según Bernal, las reglas aceptadas de ese modo constituirían parte del “trasfondo de intencionalidad” de que se nos habla en Searle, 1992 (cap. 5). Esto parece incorrecto, dado que Searle define dicho *trasfondo* como un conjunto de capacidades mentales no representacionales (p. 152). Dificilmente ello abarque reglas. Sostener tal cosa sería caer en un error categorial análogo al que veremos más abajo. Más bien, parece que esas capacidades del *trasfondo* son las que nos llevarían a aceptar ciertas reglas en la manera que propone Bernal.

explican la aceptación de reglas, digo, si llevan a las personas a adoptar la intención relevante (condicional), mostrándoles que así es como se debe actuar. Las presiones sirven para provocar una disposición continua si alientan al agente a responder a las condiciones relevantes actuando según la regla que ya adoptó (eligió) (Ekins, 2014, p. 125).

He de discrepar de los tres nuevamente. Hart admite que la aceptación puede ser irreflexiva, y en esta medida Bernal lleva razón. Pero, en cambio, Bernal des-intelectualiza efectivamente demasiado al querer amoldar el desarrollo de la aceptación de reglas al mero entrenamiento tácito producto de presiones sociales. Si bien es cierto que se puede actuar *qua* aceptante incluso cuando se cumple con una regla de modo inintencionado, este solo será el caso si para esa situación resulta verdadero el contrafáctico “Si le hubiesen pedido justificación de su acción, habría aludido a la regla (o aludirá a ella si se la piden)”. El *momento de la acción* puede ser irreflexivo, pero no el eventual *momento de la justificación*. Esto, sin embargo, no es tan exigente (o intelectualizador) como para implicar que uno acepte reglas solo si las elige y se traza un plan de acción a futuro en relación con ellas.

En todo caso, Bernal concluye que la teoría de Hart, en definitiva, es poco amigable con TPS, porque el concepto de aceptación también admitiría tanto una lectura colectiva como una distributiva: cada quien puede ser aceptante por puras razones personales (2014a, pp. 36-37). Además, es sabido que —según Hart— para la existencia de un (caso paradigmático de) ordenamiento jurídico en una comunidad, basta con que la generalidad de la población obedezca las reglas, actúe de conformidad con ellas; la aceptación no se exige más que al grueso de los funcionarios (en particular, jueces). Esto haría del derecho no una práctica social, sino una práctica *oficial* (Bernal Pulido, 2014a, p. 39). Y ello traería ulteriores inconvenientes para la teoría de Hart. Primero, no podría explicar por qué la práctica oficial da lugar a reglas que son vinculantes. Ni respecto de los funcionarios ni —mucho menos— respecto del resto de los ciudadanos. “En segundo lugar”, según Bernal, la teoría de Hart no podría explicar “la normatividad del derecho”. Con este uso de la palabra hace referencia a la fuente y/o carácter de la vinculatoriedad del derecho: bajo esta rúbrica Bernal sigue la reconstrucción que de Hart hace Shapiro, según la cual las reglas jurídicas “producen” normatividad de tipo jurídico, pero no moral,

y lo que quiere decir el concepto de normatividad es que las autoridades oficiales orientan su punto de vista interno hacia las reglas jurídicas. Esto implica que ellos hacen juicios normativos de acuerdo con los cuales adoptan las reglas jurídicas como estándares para guiar y evaluar la conducta. Esto se lleva a cabo mediante juicios normativos sobre la validez jurídica. Hart los denomina enunciados internos. Los enunciados internos son enunciados fácticos, en el sentido de que solo expresan la existencia del compromiso de tomar a las reglas como un estándar para las conductas futuras. De esta manera, la regla de reconocimiento, como una práctica social es un hecho que da lugar a otros hechos, señaladamente, las acciones colectivas intencionales recurrentes, llevadas a cabo por las autoridades oficiales que juzgan los casos sobre la base de las reglas jurídicas, y la aceptación interna de esas reglas como guías para la conducta futura. En consecuencia, en la teoría de Hart un “ser” deriva de un “ser”. Esto respeta el principio de Hume y no incurre en una falacia naturalística (Bernal Pulido, 2014a, p. 42).²²

Según Shapiro, sin embargo, el problema estribaría en que reducir RR y otras reglas sociales a prácticas sociales supone cometer un error categorial, porque reglas y prácticas pertenecen a categorías metafísicas distintas:

[l]as reglas son *entidades abstractas*. Son como los juegos, los números, las historias, las proposiciones y los conceptos —son entidades del pensamiento, no objetos que existen en el espacio y el tiempo— (...) Las prácticas, por otra parte, son *eventos concretos*. Tienen lugar en el mundo natural e interactúan causalmente con otros eventos físicos (Shapiro, 2014, pp. 141-142; cursivas en el original).

En este punto Bernal se aparta de Shapiro, sosteniendo que una interpretación adecuada no endilga a Hart este error categorial, porque Hart sostenía más bien que las prácticas sociales *fundan* reglas sociales. En este sentido, RR es el fundamento del sistema jurídico (Bernal Pulido, 2014a, p. 43). Y RR estaría fundada en una práctica social. Como se ve, aquí Bernal

²² Me temo que calificar a los enunciados internos de *fácticos* es un craso error, además de contradictorio con justo antes haberlos catalogado como *normativos*. Toh, a quien se alude en ese pasaje, no comete ese error.

acude a la distinción entre *reducción* y *fundamentación* que he mencionado en la sección II.

No obstante, Bernal mantiene que Hart no consigue demostrar que las prácticas sociales puedan realmente “generar” (fundar) reglas sociales. En particular, no lograría explicar la vinculatoriedad de RR y de las demás reglas creadas de acuerdo con ella y cómo imponen deberes. Nótese que esto muestra que para Bernal (1) “el problema de la normatividad del derecho” no es en realidad uno “segundo”, distinto del de la vinculatoriedad, y que (2) demostrar que las prácticas sociales pueden realmente fundar reglas sociales de algún modo equivaldría a —o implicaría— demostrar dicha vinculatoriedad (o sea, que fundamentación metafísica y fundamentación normativa —en sentido robusto— equivaldrían o estarían conectadas por implicación).

Finalmente, Hart tampoco podría explicar por qué las autoridades son autoridades, según el clásico argumento de la circularidad: RR, *qua* regla última, parece tener que ser la fuente última de la autoridad jurídica, pero su existencia depende de la práctica de las autoridades (Bernal Pulido, 2014a, pp. 44-45). Estas dificultades mostrarían que, en definitiva, la teoría de Hart es incompatible con TPS.

La discusión acerca de la vinculatoriedad se trata de lo que más arriba he denominado “normatividad₁” y ya la hemos repasado. Pasemos entonces a la relación entre reglas y prácticas. Canale sostiene (2014, p. 88) que la conexión es “interna” —*explicativa*—, aunque está de acuerdo con que corresponden a dos categorías metafísicas diferentes.²³ El concepto de regla social explica lo que una práctica social es. De hecho, una práctica social no podría ser explicada independientemente de la referencia a reglas sociales y viceversa. Esta misma conexión explicativa permitiría rechazar la objeción relativa a la incapacidad de dar cuenta de la noción de autoridad, en la medida en que RR sea considerada como “definicional”. Y cita a Marmor sosteniendo que las reglas que constituyen un cierto tipo de actividad pueden también constituir los roles que las personas ocupan en ella (Canale,

²³ Curiosamente, Canale atribuye a Bernal el rechazo de la tesis de que reglas y prácticas correspondan a categorías distintas. Se trata, evidentemente, de un desliz.

2014, pp. 91-92).²⁴ Sumándole algo de detalle al punto, puede decirse que RR se forma mediante la actividad de ciertos agentes que luego la propia RR, ya constituida, erige en autoridades oficiales.²⁵

Me parece que esto es plausible como *parte* de la respuesta a la objeción. Sin embargo, debe complementársela; porque el punto central, a mi entender, lo ofrece el propio Hart al decir que RR puede ser considerada tanto desde el punto de vista interno como del externo. Y ello implica que en esta discusión hay que trazar además una distinción entre cuestiones *lógicas*, por un lado, y *cronológicas*, por el otro. Quienes con su actividad dan origen a RR, han de (o, al menos, pueden) ser considerados *ex post* como autoridades, aunque obviamente no hayan podido ser considerados como tales *durante* la realización de dicha actividad generadora. Razones de espacio me impiden desarrollar en extenso esta idea, pero como dije, me parece que está ya implícita en el trabajo de Hart.²⁶

Asimismo, esta objeción exige volver sobre la clásica discusión sobre si RR es efectivamente definicional o, en cambio, una regla de deber. No es un dato menor que casi todos los iusfilósofos anglosajones consideran que es una regla de deber, en ello aparentemente *contra* Canale/Marmor. En el medio hispanohablante, sin embargo, la concepción definicional tiene algo más de predicamento, a partir del seminal debate entre Eugenio Bulygin y Juan Ruiz Manero, terciado por Ricardo Caracciolo.²⁷ Mi posición es que se trata de una falsa disyuntiva: creo que la caracterización hartiana de RR encaja muy bien con la conocida concepción de Von Wright sobre las *reglas determinativas* (o, quizás aún mejor: con la que ofrece sobre las *normas de costumbre*). Ahora bien, una parte acaso descuidada de esa caracterización es que tales reglas pueden ser apreciadas desde dos puntos de vista: desde el de la actividad que determinan y desde el de los actores involucrados en ella. Desde el de la actividad las reglas son, en efecto, constitutivas; pero desde el de los actores son reglas (entre otras no determinativas, esto es, *prescripciones*) que establecen qué “movidas” dentro de la actividad tienen

²⁴ Véase también Marmor (2010, p. 56).

²⁵ Por lo demás, Canale asiente en que la teoría de Hart no casa bien con TPS, pero afirma también que ello no configura necesariamente un defecto (2014, p. 92).

²⁶ Véase Hart (1963, pp. 138-139).

²⁷ En el n° 9 de la revista *Doxa* (1991).

permitidas y qué otras no (Von Wright, 1970, p. 26-29). Así concebida, RR es definicional y, a la vez, de deber.²⁸

Ekins, por su parte, afirma que la lectura distributiva de la aceptación hartiana no es posible. Ello por el análisis que ofrece Hart de las reglas sociales, y el hecho de que estas requieren presión colectiva en favor de su cumplimiento. Finalmente, porque las reglas jurídicas secundarias, en el contexto del conocido argumento cuasigenealógico de Hart,²⁹ parecerían, en general, producto de la acción colectiva. Respecto de RR en particular, Ekins subraya que “el punto de la regla es proveer una regla para el grupo”, lo que también contribuiría a la lectura colectiva. Asimismo, dice que la aceptación por parte de la generalidad ciudadana no es estrictamente necesaria pero tampoco es irrelevante, con lo que —en todo caso— el derecho a veces resultará una práctica oficial, pero a veces una genuinamente social (Ekins, 2014, pp. 128-129). Esta réplica parece desencaminada: la discusión está más bien trabada en términos de si el derecho es *necesariamente* una práctica social. Por lo demás, Ekins parece querer extraer demasiado del argumento cuasigenealógico, que solo apela a lo conceptualmente indicativo de una hipótesis o ficción, y no pretende mostrar que las reglas secundarias surjan, históricamente, de un determinado modo en especial.

En cuanto a que el punto de RR sea proveer de *criterios* para el grupo (de esto se trata, en propiedad), Bernal responde (2014b, p. 165) que ello todavía no define si la contribución de los individuos cuya actividad da lugar a RR es una que ha de ser realizada mediando intenciones en primera persona singular o mediando intenciones comunes. Esto es, el punto no alcanzaría para hacer necesaria una lectura colectiva, porque seguiría siendo compatible con una distributiva. No me ocuparé del detalle de esta respuesta.³⁰ En cambio, me interesa señalar que —sorprendentemente—

²⁸ Además, todo esto es asumiendo que se trata de una regla única. Quizás ello constituya una ficción, y RR sea más bien un complejo de reglas varias, algunas definicionales y otras de deber.

²⁹ Es decir, el argumento relativo al paso de una hipotética sociedad “pre-jurídica”, a una jurídicamente organizada.

³⁰ Que me parece poco convincente. Creo que ni el ejemplo sobre la evacuación del teatro, ni el de la regla sobre la sana distancia con interlocutores, satisfacen el cometido por el que Bernal los propone. Pero no podría explayarme sobre esto aquí.

ninguno de los textos bajo análisis hace referencia a que *Hart explícitamente señala que RR requiere de intenciones comunes*. En su *post scriptum* a *El concepto de derecho*, el autor inglés atiende a una conocida observación que le formuló Ronald Dworkin, tomándose de la distinción trazada por este último entre consensos *por convicción* y *por convención*. Que se llegue a un consenso por una u otra, equivale, respectivamente, a que se lo obtenga mediante acciones signadas por intenciones en primera persona singular o a intenciones comunes. Habiendo suscripto la distinción, Hart afirma (2000, p. 33) que las reglas sociales en general, y RR en particular, deben ser entendidas como constituidas mediante consensos *por convención*.

Ahora bien, esta clarificación no basta para asegurar el encaje perfecto de la teoría de Hart con TPS. Porque, a pesar de que la conformación de RR requiera de intenciones comunes, los sujetos relevantes son los jueces, que siguen siendo un pequeño subgrupo dentro de la comunidad. En principio, entonces, parece que Bernal prevalece en el examen de fondo: el derecho, desde una perspectiva hartiana, no necesariamente es (se funda en) una práctica social, sino oficial. Pero llegados a este punto podemos pretender un nuevo refinamiento de la discusión. El criterio de Bernal para considerar “social” a una práctica parece exigir implícitamente que debe haber AICR de parte de todos o una gran mayoría de los miembros de la sociedad en cuestión. Así, el derecho de una sociedad determinada sería una práctica solo oficial si se aplica básicamente a todos sus miembros a pesar de existir (y/o depender en su continuidad) solo en virtud de las acciones e intenciones de un subgrupo dentro de ella. Sin embargo, me parece que este criterio eminentemente “mayoritarista” no es tan obvio ni se sigue ineludiblemente de las definiciones de partida. En particular, uno puede preguntarse si el micro-debate apuntado más arriba sobre la agencia grupal y la representación no ofrece motivos para relajar este mayoritarismo. Como vimos, el propio Bernal sostiene que su concepción de la acción colectiva admite la representación, de modo que las acciones (e intenciones) de unos pocos cuenten como del grupo en su totalidad. Uno podría preguntarse por la aplicabilidad de esa idea a la actividad judicial tal como es requerida para la conformación de RR y la consecuente fundación de un orden jurídico en la teoría de Hart. En otras palabras: la estrategia de Bernal para admitir la representación en la acción colectiva podría quizás servir, asimismo, para

reconstruir la teoría hartiana como representando al derecho *qua* práctica social, compatibilizándola así, del todo, con TPS.

5. Normatividad y constitución metafísica

Hay otros dos aspectos de potencial sofisticación del debate que me gustaría introducir para finalizar este balance. El primero tiene que ver con la asunción, propia del planteo originario de Bernal, de que las cuestiones de normatividad₁ hacen parte del debate. En este sentido, una teoría del derecho que encaje adecuadamente con TPS sería una que logre, entre otras cosas, explicar (justificar) la obligatoriedad del derecho, tanto respecto de los funcionarios como del resto de los ciudadanos. Esto no es en absoluto obvio. Por lo pronto, una enorme parte de la metaética analítica contemporánea parece militar en contra de una asunción análoga relativa al dominio moral y podríamos intentar trasladar esas consideraciones al campo jurídico.

Como es sabido, la metaética es una disciplina filosófica consistente en un discurso de segundo orden ocupado de las cuestiones metafísicas, conceptuales y semánticas que subyacen al discurso ético o moral de primer orden.³¹ Muchos autores dedicados a la metaética sostienen que la elucidación de, *e. g.*, la cuestión metafísica (y, en particular, ontológica) de si existen o no hechos morales es neutral desde el punto de vista moral. Es decir que, cuando se afirma que existen los hechos morales X y Z, no se está diciendo ni implicando nada acerca del estatus moral de acciones o estados de cosas determinados. Esto es lo que permite concebir la metaética como una disciplina explicativa pero no justificativa, genuinamente de segundo orden, avalorativa. Esta caracterización es defendida por metaéticos de las más diversas posiciones.³² Tal como puede sostenerse esto en punto a la relación ética-metaética, puede sostenérselo para la relación derecho-teoría del derecho: no es claro que la

³¹ Al menos en una concepción “estrecha”. En una algo más amplia se incluyen también cuestiones psicológicas y epistemológicas. Véase Schroeder (2008, p. 8).

³² Curiosamente, uno de los filósofos más críticos de la supuesta neutralidad metaética “proviene” de la discusión iusteórica: véase Dworkin (1996; y 2011, parte 1). Para algunas defensas de la concepción estándar de la metaética, véase Blackburn (1993, cap. 8); Bloomfield (2009); Ehrengberg (2008); Rapetti (2019, pp. 242-253).

elucidación de la cuestión ontológica de si el derecho es una práctica social deba incluir una “elucidación” (justificación) de normatividad₁. Hay buenas razones para separar, al menos en principio, las cuestiones ontológicas de las normativas³³. Esto es lo que Austin y Hart sostenían.

El segundo aspecto de potencial sofisticación tiene que ver con el modo en que concebir que el derecho esté fundado en una práctica social. El debate en análisis no especifica cómo concebir dicha fundación o constitución, aunque, como hemos visto en el repaso sobre RR, Bernal tiene presente la distinción entre la *reducción* de esta a una práctica social y el que RR esté *fundada* en una práctica social. Propongo, a modo ejemplificativo, que tengamos en cuenta dos herramientas filosóficas con las que posiblemente abordar este asunto.

La primera es el concepto de fundamentación [*grounding*], de discusión bastante reciente en la metafísica analítica. El concepto se propone para

³³ Una alternativa consiste en sostener que la separación entre cuestiones ontológicas y normativas es perfectamente posible, pero por una razón diferente; a saber, que la elucidación de normatividad₁ es absolutamente posible sin que ello implique ninguna forma de *justificación*. El procedimiento intelectual requerido sería conceptual/descriptivo, tal como sucede con los otros tipos de normatividad. Esto mismo se me sugiere en una revisión anónima para *Discusiones*, en la que se cita a Raz (1999) como un ejemplo de trabajo en que se ofrece una elucidación tal —esto es, sin asumir posiciones valorativas sustanciales— de normatividad₁. Me inclino a pensar que esta no es una alternativa viable. Una cuidadosa discusión del punto es imposible aquí, pero mínimamente podría decirse al respecto lo siguiente: (1) es difícil ver cómo puede desentrañarse el contenido de nociones normativas con una mínima pretensión de completitud sin embarcarse en el razonamiento normativo, al menos mientras se distinga entre lo que *se considera* el contenido de una determinada noción tal y el (“verdadero” o “correcto”) contenido de la misma; (2) si la distinción mencionada no se sostuviese, en cambio, perdería razón de ser la distinción misma entre elucidación y justificación que supuestamente nutre a la alternativa bajo análisis, tanto como a la razón que yo he ofrecido en el cuerpo de texto. Además, (3) he definido normatividad₁ como la cuestión de si el derecho ofrece razones *concluyentes* para la acción: me parece que el carácter de concluyente o no de una razón cualquiera es, indefectiblemente, materia de discusión sustancial. En cuanto al ejemplo con la obra de Raz, yo diría (4) que en general se trata, en lo que nos compete, de una elucidación de normatividad₂ y no de normatividad₁. De ahí, por ejemplo, que Raz caracterice al derecho como pretendiendo supremacía, pero no como supremo. También podría agregarse (5) que en los pasajes en que Raz en efecto se ocupa allí de normatividad₁, lo hace asumiendo posiciones sustanciales. Pero todo esto nos llevaría demasiado lejos. En todo caso, lo que he intentado en el cuerpo de texto ha sido mostrar al menos una razón por la que deslindar la elucidación ontológica de la normativa.

caracterizar con algo más de detalle la idea de dependencia metafísica, que durante mucho tiempo ha sido empleada como primitiva, *i.e.*, solo intuitiva y no-analizable.³⁴ Dos o más hechos³⁵ pueden estar ligados entre sí mediante una relación de fundamentación y esto es lo que quiere decir que un hecho esté *constituido por, se dé en virtud de o por* (etc.) otro(s) hecho(s).³⁶ Como un hecho puede estar fundamentado por otros varios, la relación de fundamentación puede ser *parcial*, y no necesariamente *total*. Así, el hecho de que

(a) Juan Carlos, Silvia... y Mercedes caminan por la calle Alsina,

fundamenta el hecho de que

(b) La masa de gente camina por la calle Alsina.

A su turno, (a) encuentra fundamentación en que

(c) Juan Carlos camina por la calle Alsina, (d), Silvia camina... etc.

Así, (a) fundamenta (b) de manera total, mientras que, *e. g.*, (c), solo fundamenta parcialmente (a).

La relación parece estrictamente ontológica y no causal: (a) es la *razón metafísica*, la razón (no la causa) de la existencia de (b).³⁷ La noción, asi-

³⁴ Véase (Rosen, 2010, pp. 109-110). Sin embargo, esto implica que el concepto mismo de fundamentación termina siendo inanalizable, salvando las propiedades que usualmente se le atribuyen, tal como expondré a continuación en el cuerpo de texto. En contra: (Bricker, 2006). Por otra parte, muchos pretenden que la fundamentación es solo *una* forma de dependencia metafísica, entre otras.

³⁵ Hay quienes sostienen que, en propiedad, la relación es entre proposiciones, *e. g.*, Bricker (2006, p. 254). Otros sostienen que es neutral a las categorías, de modo que puede conectar dos o más *relata* pertenecientes a distintas categorías ontológicas. Así, (Schaffer, 2009, pp. 355-356).

³⁶ En general se asume que esta manera de formular la idea presupone la *existencia*, en sentido propiamente ontológico, de *relaciones*. Kit Fine, uno de los grandes proponentes del concepto de fundamentación, prefiere no asumir ese compromiso y presenta la noción como una conectiva oracional no veritativo-funcional: (Fine, 2012).

³⁷ La relación tampoco es (puramente) *modal*, como sucede con el concepto de *supervenencia*: la superveniencia es una relación modal, esencialmente de covarianza, tal que si el hecho A (o acaso: las/algunas propiedades del hecho A) varía(n), también varía(n) el

mismo, expresa la cuestión de la fundamentalidad señalada más arriba: (a) es un hecho metafísicamente más fundamental que (b). Otras características —formales— de la relación de fundamentación, son las que siguen:³⁸

Irreflexividad: nada se fundamenta a sí mismo (así como ningún hecho puede dar lugar a sí mismo).

Asimetría: si (a) fundamenta (b), (b) no puede ser, por su parte, fundamento de (a).

Transitividad: si (a) fundamenta (b), y (c) + (d) + ... fundamentan (a), entonces (c) + (d) + ... fundamentan (b).

Finalmente, y en la medida en que mostrar una relación de fundamentación entre dos hechos permita ofrecer una explicación (ontológica) del hecho fundamentado, también parece estar presente la característica —común a todas las relaciones explicativas— de la

No-monotonicidad: del hecho de que (a) fundamente (b) no se sigue que (a) + (z) —donde (z) es cualquier otro hecho arbitrario— fundamente (b).³⁹

Un desarrollo de las investigaciones acerca del derecho en relación con TPS podría, entonces, tomar la forma de un estudio sobre si el derecho y los diversos elementos que lo componen se encuentran en relaciones de fundamentación con ciertos hechos sociales, caracterizadas como brevemente hemos repasado. Tomando la propuesta de Bernal como punto de partida, una pregunta a responder sería, por ejemplo, si una cierta norma jurídica (o el *hecho* de que exista) está en una relación semejante con determinadas AICR. Sin embargo, la introducción del concepto de fundamentación

hecho B (las/algunas propiedades del hecho B), lo que supone que B superviene “de”, “en” o “sobre” A. Algunos autores afirman que toda relación de fundamentación implica también una de superveniencia, pero la converso no parece de ninguna manera necesaria. Cabe señalar que, en un punto de la discusión bajo análisis, Bernal parece atribuirle a la noción de superveniencia un *import* metafísico del que carece: (Bernal Pulido, 2014b, p. 152).

³⁸ Véase (Clark & Liggins, 2012).

³⁹ Sobre esto véase Rosen (2010, pp. 116-117).

podría quizás llevarnos también a replantear si (o si solamente) las AICR serían fundamentos apropiados del hecho de que el derecho sea una práctica social en algún sentido interesante.⁴⁰

Semejante intento es hecho por Brian Epstein (2015), quien concluye que la noción de fundamentación resulta útil pero insuficiente para dar cuenta de la ontología propia de las prácticas sociales. Por ello mismo introduce la segunda herramienta a la que pretendo referirme: el concepto de *anclaje* [*anchoring*]. Su trabajo ofrece el atractivo adicional de ocuparse específicamente del derecho, a modo ejemplificativo.

Una tarea esencial de la ontología social es la de establecer las condiciones de existencia de ciertos hechos sociales. Aplicada al derecho, esta tarea se traduce en la búsqueda de condiciones de existencia social de ciertos hechos jurídicos. Es un hecho (social y) jurídico, por ejemplo, que el papel que tengo en el bolsillo —llamémoslo “\$”— es (cuenta como) un billete de \$100. La cuestión pasa por ver si ese hecho se encuentra fundamentado por otros y, eventualmente, cómo.⁴¹ Los fenómenos sociales —y el derecho en particular— se distinguen entre otras cosas por el rol que en esto cumplen las reglas. Es bien conocido el análisis que ofrece John Searle: el hecho de que \$ sea un billete encuentra fundamentación en el hecho —llámese “H\$\$\$”— de que fue emitido por la Casa de la Moneda, allí donde existe la creencia compartida, a nivel social, de que solamente son genuinos billetes los que emite la Casa de la Moneda. Podemos decir, entonces, que el hecho de que \$ sea un billete se basa en esa creencia generalizada. Pero la relación entre ambos hechos está mediada por una regla, que Searle denomina “constitutiva” y que es a su turno producto de la creencia generalizada. La forma general de las reglas constitutivas según Searle es:

$$RC = X \text{ cuenta como } Y \text{ en } C.^{42}$$

⁴⁰ Para una crítica general sobre la caracterización y utilidad del concepto de fundamentación, véase (Wilson, 2014). Para aplicaciones del concepto al análisis de la ontología jurídica, véase Chilovi & Pavlakos (2019); y Gizbert-Studnicki (2016).

⁴¹ O, mejor, se trata de investigar la *clase* de hechos involucrados: lo que haga que ciertos papeles sean billetes.

⁴² Donde “C” está por un contexto determinado: (Searle, 2010, p. 10).

Epstein (2015, p. 77) sostiene que entre ambos hechos hay una relación de fundamentación y denomina “principios enmarcadores” [*framing principles*] a los elementos mediadores (que, afirma, pueden ser más variados que lo que captura la fórmula canónica searliana de RC). Estos principios dan las condiciones de fundamentación para la clase de hecho investigada; en nuestro ejemplo, que \$ es un billete. Los principios nos dicen qué fundamenta qué y pueden aplicarse tanto a hechos y situaciones actuales como potenciales. Son “enmarcadores” porque conforman un “marco” [*frame*], esto es, un conjunto de mundos posibles en los que las condiciones de fundamentación para hechos sociales están fijadas de una manera en particular. Así, infinitos hechos potenciales distintos, de una misma clase, se verán fundamentados de acuerdo con las mismas condiciones.

Aquí entra en juego el concepto de anclaje. Mientras que el concepto de fundamentación captura una relación entre dos o más hechos, el de anclaje captura la relación que hay entre los principios enmarcadores y los hechos que los establecen.⁴³ En nuestro ejemplo, entre la regla —llámese “ R_s ”— según la cual ciertos papeles cuentan como billetes (e. g.: “Los papeles emitidos del modo Z por la Casa de la Moneda cuentan como billetes en nuestro país”) y los hechos —llámense “ H_{SR} ”— que la establecen (e. g., que de consuno admitimos que la Casa de la Moneda es la institución exclusivamente facultada para emitir billetes).⁴⁴ De esta manera, el hecho de que \$ es un billete está *fundamentado* por H_{SR} , dadas las condiciones que establece R_s , que por su parte existe en virtud de su *anclaje* en (o por) H_{SR} .

⁴³ Se ha objetado que esta es una razón insuficiente para postular la existencia de un tipo de relación distinto a la de fundamentación y, por ende, el concepto mismo de anclaje: véase (Schaffer, 2019) y una respuesta en (Epstein, 2019). La respuesta enfatiza (pp. 771-772) un rasgo del concepto de anclaje que no he referido en el texto principal, a saber, la *tesis de la universalidad*: las relaciones de anclaje funcionan de un modo universal. Esto quiere decir que, dado un hecho social de la forma x es K cuyas condiciones de fundamentación están ancladas por los hechos actuales (dados) $A_1 \dots A_n$, el hecho x es K puede darse en otros mundos en los que $A_1 \dots A_n$ no se den. Esto hace de las anclas una “herramienta universal” que puede instanciarse a través de diversos contextos de posibilidad de realización. En cambio, no puede haber fundamentación de un hecho en un mundo en el que no se dan también los hechos fundamentadores. De manera que entre ambos conceptos hay una importante diferencia modal.

⁴⁴ Es decir, que aceptamos R_s .

De manera sugerente, Epstein busca (2015, cap. 7) ilustrar el funcionamiento de su modelo metaontológico con la teoría jurídica de Hart. Considérese el siguiente hecho (jurídico):

Rafael V. es un homicida

Este hecho se fundamenta, asumamos, en el hecho

Rafael V. mató a Jorge B.

Entre ambos hechos, el principio enmarcador que da lugar a la fundamentación puede ser presentado como algo así:

$PE_{Rh} = \textit{Para todo } x, \textit{ si } x \textit{ mata a otro, } x \textit{ es un homicida}$

Y a su vez podemos asumir que la formulación de PE_{Rh} se infiere de lo que dice, por caso, el art. 79 del Código Penal argentino,⁴⁵ que es el que expresa la norma que establece el delito de homicidio (en Argentina). Nótese que, de esta manera, el principio enmarcador de que Rafael V. es un homicida sería, en la terminología de Hart, una norma primaria. Como es sabido, según la teoría de Hart la existencia y validez de una norma como la expresada por el art. 79 CP se puede deber a una compleja mezcla de hechos y normas:⁴⁶ el hecho de que el Congreso la votó, el Ejecutivo la promulgó, diversos jueces en diversas ocasiones la han identificado y aplicado, etc., mediando normas secundarias de cambio y adjudicación. Como también es sabido, en última instancia la norma se debe a RR. Es decir que RR daría las condiciones generales de anclaje para PE_{Rh} y los hechos y normas que dieron lugar a la norma del art. 79 CP serían particulares instanciaciones (del cumplimiento) de tales condiciones. A su turno, RR estaría anclada en hechos: los varios hechos de identificación y aplicación del derecho que hacen al regular uso de RR en un cierto contexto judicial,

⁴⁵ Con más las normas sobre el ámbito de vigencia y aplicación de las demás normas, acaso algunos antecedentes interpretativos, etc.

⁴⁶ O quizás: mezcla de hechos entre los que se cuentan hechos *de* la existencia de normas.

la aceptación judicial de RR (manifestada en ese uso de RR, en los hechos de crítica a las desviaciones —es decir, al no uso de RR—, etc.).

Finalmente, cabe apuntar que una consecuente manera de comprender los perennes debates entre positivistas y antipositivistas sería como discusiones acerca de las anclas últimas de las normas jurídicas. Básicamente: mientras los positivistas sostienen que dichas anclas solo pueden consistir en hechos sociales, los antipositivistas sostienen que también son anclas, necesariamente, los/ciertos hechos morales.⁴⁷

De acuerdo con lo dicho hasta aquí en esta última sección, es posible que —como se me sugiere en una lúcida revisión para *Discusiones*— valga la pena comprender el núcleo del debate Bernal-Canale-Ekins como acerca de cuáles son las anclas fundamentales del derecho. Creo que esto es ciertamente posible, aunque no obvio. Por lo pronto, la discusión no incluye la distinción fundamentación/anclaje y no estoy seguro de que aporte elementos para que la reconstruyamos en ella. Me parece más bien que tenemos que añadirsele. Otra fuente de dudas tiene que ver con la ya mentada distinción ontología-proceso/ontología-resultado; porque mientras esta sí puede apreciarse, aún si implícitamente, en la discusión bajo análisis, no me resulta tan claro que sea del todo operativa (o que lo sea del mismo modo) en el debate en la literatura metaontológica que he traído a colación. Finalmente —y en línea con el objetivo propuesto de contribuir a refinar la discusión en análisis y hacerla avanzar—, puede afirmarse que, incluso pudiendo reconstruirla como acerca de cuáles son las anclas fundamentales del derecho, todavía se podría, entonces, pasar a considerar cuestiones de fundamentación. En este sentido, seguramente sería imposible establecer relaciones de fundamentación entre hechos jurídicos de manera exhaustiva: ¡son demasiadas! Pero en cambio sería valioso, creo, establecer una tipología de relaciones de fundamentación entre (clases de) hechos jurídicamente distintivos, persistentes, ampliamente difundidos y —sobre todo— de alta fundamentalidad metafísica. Por lo demás —y así como ha sucedido con otras cuestiones metodológicas—, de los trabajos

⁴⁷ Dejaré de lado aquí el modo preciso en que distinguir entre positivismos incluyente y excluyente, y lo que habría que considerar en el caso de que se sostenga que los hechos morales se encuentran fundamentados y/o anclados, a su turno, en hechos sociales. En todo caso, se aprecia que la discusión sobre la ontología jurídica podría resultar neutral a la disputa positivismo-antipositivismo, como ya se apuntaba en (Bernal Pulido, 2014b, pp. 148-150).

primariamente enfocados como iusfilosóficos seguramente podrían surgir muy relevantes contribuciones también para la discusión metaontológica.

Bibliografía

- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. W. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, C. (2014a). Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social, tr. M. Viana. *Discusiones*, XIV, 21-72.
- Bernal Pulido, C. (2014b). Intencionalidad colectiva y estructura ontológica del derecho. Una respuesta a Richard Ekins y Damiano Canale, tr. H. Bouvier. *Discusiones*, XIV, 145-171.
- Berto, F. & Plebani, M. (2015). *Ontology and Metaontology. A Contemporary Guide*. London: Bloomsbury.
- Blackburn, S. (1993). *Essays in Quasi-Realism*. Oxford: Oxford University Press.
- Bloomfield, P. (2009). Archimedeanism and Why Metaethics Matters. En R. Shafer-Landau, (ed.), *Oxford Studies in Metaethics*, IV (pp. 283-302). Oxford: Oxford University Press.
- Bricker, P. (2006). The Relation Between the General and the Particular: Entailment vs. Supervenience. En D. Zimmerman (ed.), *Oxford Studies in Metaphysics*, II (pp. 251-288). Oxford: Oxford University Press.
- Canale, D. (2014). ¿El derecho está fundado en la acción colectiva? Comentario al artículo de Carlos Bernal, tr. D. Domeniconi. *Discusiones*, XIV, 73-11.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Chilovi, S. & Pavlakos, G. (2019). Law-Determination as Grounding: A Common Grounding Framework for Jurisprudence. *Legal Theory*, 25, 53-76.
- Clark, M. & Liggins, D. (2012). Recent Work on Grounding. *Analysis*, 72(4), 812-823.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996). Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy and Public Affairs*, 25(2), 87-139.

- Ehremberg, K. (2008). Archimedean Metaethics Defended. *Metaphilosophy*, 39(4-5), 508-529.
- Ekins, R. (2014). Hechos, razones y acción colectiva: reflexiones en torno a la ontología social del derecho, tr. N. Scavuzzo. *Discusiones*, XIV, 113-144.
- Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press.
- Epstein, B. (2019). Anchoring versus Grounding: Reply to Schaffer. *Philosophy and Phenomenological Research*, 99, 768-781.
- Epstein, B. (2015). *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*. Oxford: Oxford University Press.
- Fine, K. (2012). A Guide to Ground. En F. Correia & B. Schnieder (eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality* (pp. 37-80). Cambridge: Cambridge University Press.
- Fine, K. (2009). The Question of Ontology. En D. Chalmers, D. Manley & R. Wasserman (eds.), *Metametaphysics. New Essays on the Foundations of Ontology* (pp. 157-177). Oxford: Oxford Clarendon Press.
- Fine, K. (2001). The Question of Realism. *Philosophers' Imprint*, 1(1), 1-30.
- Gizbert-Studnicki, T. (2016). The Social Sources Thesis, Metaphysics and Metaphilosophy. En P. Banas, A. Dyrda & T. Gizbert-Studnicki (eds.), *Metaphilosophy of Law* (pp. 121-146). Oxford: Hart Publishing.
- Guastrini, R. (2014). *Otras distinciones*, tr. D. Dei Vecchi *et al.* Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Hart, H. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*, ed. J. Raz & P. Bulloch, tr. R. Tamayo. Ciudad de México: UNAM.
- Hart, H. (1982). *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. (1963). *El concepto de derecho*, tr. G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H. (1958). Legal and Moral Obligation. En A. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy* (pp. 82-107). Seattle: University of Washington Press.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*, 2º ed., tr. R. Vernengo. Ciudad de México: Porrúa.
- Kramer, M. (2018). *H.L.A. Hart. The Nature of Law*. Cambridge: Polity Press.
- Ludwig, K. (2013). Proxy Agency in Collective Action. *Noûs*, 31(1), 75-105.
- Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Pettit, P. & List, C. (2011). *Group Agency*. Oxford: Oxford University Press.

- Quine, W. (2002). Acerca de lo que hay. En Id., *Desde un punto de vista lógico* (pp. 39-60), 2º ed., tr. M. Sacristán. Barcelona: Paidós.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J. (1999). *Practical Reason and Norms* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Rosen, G. (2010). Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. En B. Hale & A. Hoffmann (eds.), *Modality. Metaphysics, Logic and Epistemology* (pp. 109-135). Oxford: Oxford University Press.
- Roversi, C. (2018). Constitutive Rules and the Internal Point of View. *Argumenta*, 4(1), 139-156.
- Schaffer, J. (2019). Anchoring as Grounding: On Epstein's the Ant Trap. *Philosophy and Phenomenological Research*, 99, 749-767.
- Schaffer, J. (2009). On What Grounds What. En D. Chalmers, D. Manley & R. Wasserman (eds.), *Metametaphysics. New Essays on the Foundations of Ontology* (pp. 347-383). Oxford: Oxford Clarendon Press.
- Schroeder, M. (2008). *Being For: Evaluating the Semantic Program of Expressivism*. Oxford: Oxford University Press.
- Searle, J. (2010). *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press.
- Searle, J. (1992). *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente* (tr. E. Ujaldón). Madrid: Tecnos.
- Shapiro, S. (2014). *Legalidad*, tr. D. Papayannis & L. Ramírez. Madrid: Marcial Pons.
- Thagard, P. (1978). The Best Explanation: Criteria for Theory Choice. *Journal of Philosophy*, 75(2), 76-92.
- Toh, K. (2005). Hart's Expressivism and his Benthamite Project. *Legal Theory*, 1, 75-123.
- Tuzet, G. (2014). Ontología social y práctica jurídica: un debate, tr. D. Dei Vecchi. *Discusiones*, XIV.
- Von Wright, G. (1970). *Norma y acción. Una investigación lógica* (tr. P. García). Madrid: Tecnos.
- Wilson, J. (2014). No Work for a Theory of Grounding. *Inquiry*, 57(5-6), 535-579.

Instrucciones para autoras/es

Discusiones publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de comentarios críticos y una réplica por parte del autor/a del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* está destinada a discutir críticamente tanto un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia, como cuestiones relativas al diseño institucional del Poder Judicial. La sección *Discusiones: Libros* albergará trabajos que discutan una idea central presente en un libro o conjunto de artículos considerados clásicos o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que hayan tenido lugar en esta revista o en otras sedes, intentando proyectarlas hacia el futuro.

Envío y evaluación

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director o la Secretaría de Redacción (fjarena@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com)

Discusiones: sección principal. El contenido de esta sección surgirá de la decisión del Consejo Editorial, por propuesta del Comité Científico o por una propuesta externa. Las propuestas para esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del/de la editor/a y los/las discutidores/ras. La propuesta será evaluada por el Consejo Editorial pidiendo parecer al Comité Científico. En caso de ser aceptada, el texto principal será remitido por la Secretaría de Redacción para su referato ciego por dos pares externos. Finalizado el proceso de evaluación, corresponderá al/a la editor/a

propuesto/a la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de las personas indicadas como comentaristas y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del/la autor/a principal. Los textos propuestos para esta sección no deberán exceder las 10.000 palabras y deberán respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Cortes. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Flavia Carbonell (fcarbonell@derecho.uchile.cl) o Carolina Vergel (carolina.vergel@uexternado.edu.co) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar los siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría; (3) en su caso, archivo word o pdf de la/s sentencia/s analizada/s. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Libros. La participación en la sección resultará mediante invitación del director o de las editoras o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada a las editoras Janaina Matida (janainamatida@gmail.com) o Lorena Ramírez (lorena.ramirez@upf.edu) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido por las editoras para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y preciso sobre el libro objeto de discusión, no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Discusiones: Balance. La participación en la sección resultará mediante invitación del director, del editor o de la editora o mediante propuesta externa. La propuesta debe ser enviada al editor Diego Dei Vecchi (deivecchidm@gmail.com) o a la editora Laura Manrique (laumanrique@hotmail.com) y debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar lo siguientes documentos: (1) archivo word conteniendo únicamente los datos del/la autor/a (nombre y apellido, cargo/posición, institución de pertenencia, ciudad, país, correo electrónico); (2) archivo word con el texto propuesto, sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. Tanto en el caso de invitación como en el de propuesta externa, el texto será remitido para su referato ciego por pares externos. El texto debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores de la revista o que se hayan llevado a cabo en otras publicaciones y deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Finalmente, el texto no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá respetar las normas editoriales de la revista.

Instrucciones generales de escritura y citado

Todos los trabajos estarán redactados en español, con interlineado a espacio y medio y letra fuente Times New Roman 12. A partir del segundo párrafo se utilizará sangría izquierda de 0,5 cm en la primera línea (el primer párrafo no lleva sangría). Se debe evitar el uso de tabulación, lista y viñetas.

El título principal, en español, estará redactado en negrita, con interlineado a espacio y medio, alineado a la derecha y en letra fuente Times New Roman 14. Debajo deberá incluirse, en *cursivas*, sin negritas y alineado a la derecha, el título en inglés.

Inmediatamente bajo el título principal de cada trabajo (alineado a la derecha), en letra fuente Times New Roman 12, las/os autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención

de su grado académico, de su pertenencia institucional (incluyendo ciudad y país) y de su correo electrónico.

A dos espacios (abajo) del nombre, se ubicará, en español y en inglés, el resumen, de no más de 150 palabras, y las palabras claves (entre 3 y 6). Deben redactarse en letra tamaño 10, interlineado sencillo y con sangría izquierda de 1 cm en todas las líneas. Primero se incluirá la versión en español y, a un espacio (abajo), se incluirá la versión en inglés.

A dos espacios (abajo) se ubicará el primer título. Los títulos y subtítulos estarán redactados en negrita y tamaño 14, dejando un espacio entre el (sub) título y el primer párrafo. La numeración de los títulos y subtítulos se hará en números arábigos. Ejemplo: 1. Mujeres al poder; 2.1. Feministas a la cabeza

Las citas textuales, de una extensión menor a tres renglones, se indicarán entre comillas voladas dobles y se usarán comillas voladas simples si la cita incluye comillas. Las citas textuales de una extensión mayor a tres renglones se deberán indicar en párrafo separado, sin comillas, con sangrías izquierda de 1 cm y en primera línea de 1 cm, y deberán estar redactadas en fuente Times New Roman 11, redondas, interlineado simple.

Referencias

Se realizarán siguiendo el sistema de la American Psychological Association (APA - 6th edition). Por lo que preferiblemente se incluirán en el cuerpo del texto y deben ir entre paréntesis, indicando el apellido de la autora o autor, la fecha de publicación y el número de página(s). Ejemplo: “Como se ha dicho, el derecho es doblemente indeterminado (Guastini, 2014, p. 55)”. Si se hace una mención general, se hará constar solamente el apellido de la autora o autor y el año de publicación de la obra. Ejemplo: “Este tema ya ha sido abordado otras veces (Bayón, 1994; Redondo, 1996)”. Las referencias bibliográficas se harán en notas a pie de página únicamente cuando sea inadecuado para el desarrollo del texto hacerlo en el cuerpo del texto. Ejemplo: “Véase, para una versión diferente de esta tesis (Celano,

2013, pp. 135-136)”. Los números que reenvían a las notas se ubicarán luego del signo de puntuación. Las notas al pie de página deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente Times New Roman 10, interlineado sencillo.

La bibliografía se incorporará al final del artículo, antecedida por el título “Bibliografía” en fuente Times New Roman 14, en negritas, y deberá contener exclusivamente las obras citadas (tanto en el cuerpo del texto como en las nota a pie de página). Las referencias, ordenadas alfabéticamente según el apellido del autor o autora, se harán de la siguiente manera (para más indicaciones consultar directamente las normas APA - 6th edition):

- Si se trata de un libro: Guastini, R. (2011). *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B. (2013). What can Plans do for Legal Theory? En D. Canale y G. Tuzet (eds.), *The Planning Theory of Law* (pp. 129-152). London: Springer.
- Si se trata de un artículo en revista: Redondo, M. C. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis Filosófico*, 26(2), 294-324.
- Las obras de un mismo autor o autora se listarán en orden descendente por fecha de publicación y usando letras cuando haya más de una publicación para un año (2010, 2001, 1997a, 1997b, etcétera).
- La bibliografía estará redactada en letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 y llevará sangría izquierda de 0,5 cm a partir de la segunda línea (la primera línea no lleva sangría).

Lenguaje inclusivo

La revista *Discusiones* recomienda y valora positivamente el seguimiento de las siguientes reglas de lenguaje inclusivo:

- (i) Evitar el uso del masculino de manera genérica (*i. e.*, evitar “el refugiado” y usar, en cambio, “la persona refugiada”) y el uso de

- falsos genéricos (*i. e.*, evitar “los hombres” y usar, en cambio, “las personas” o “la humanidad”).
- (ii) Preferir el uso de genéricos terminados en A, E o L (*i. e.* “la/el pianista”, “las/los asistentes”, “la/el profesional”) o, en su defecto, el correspondiente desdoblamiento (*i. e.*, “las/os niñas/os”, “la/el deportista”). En este último caso, se podrá apelar a las perífrasis o giros para evitar sobrecargas (*i. e.*, “Las personas interesadas” en lugar de “las/los interesadas/os”).
 - (iii) Evitar el uso de denominaciones sexuadas (*i. e.*, evitar “una mujer policía” y usar, en cambio, “una policía”).
 - (iv) Al proponer ejemplos, evitar aquellos que reproduzcan y refuercen un estigma, paradigma, sesgo, canon o dispositivo de opresión cuando, obviamente, no estén destinados a ejemplificar alguna de estas circunstancias.

Se terminó de imprimir en 2021
en Ediuns, Bahía Blanca, Argentina.
Se imprimieron 50 ejemplares

