

La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón

Normativity in Internal Legal Positivism. As a Colophon

J.J. Moreso

Autor:

J.J. Moreso
Universitat Pompeu Fabra, España
josejuan.moreso@upf.edu
<https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>

Recibido: 1-5-2021

Aceptado: 16-11-2021

Citar como:

Moreso, J.J. (2022). La normatividad en el positivismo jurídico interno. A modo de colofón. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, pp. 621-627. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.23>

Licencia:

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© J.J. Moreso

Resumen

Este trabajo cierra la sección sobre el libro *Positivismo Jurídico Interno* de M. Cristina Redondo, conformada por una serie de trabajos que tienen su origen en un seminario que se celebró en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Palabras clave: M. Cristina Redondo; normatividad; positivismo jurídico interno.

Abstract

This work closes the section about the book *Positivismo Jurídico Interno* by M. Cristina Redondo. The section is formed by a series of papers proceeding from a seminar held at the Pompeu Fabra University in Barcelona.

Keywords: M. Cristina Redondo; normativity; internal legal positivism.

The question «What ought I to do?» can be asked and answered where no question of moral obligations comes in the situation at all; and when moral obligation does come into the question, what I am under the obligation to do may not to be what, all things considered, I ought to do.
(WILLIAMS 1981, 124-125).

(I)

En los meses anteriores a esta pandemia que, entre muchas otras graves consecuencias, ha modificado las pautas de nuestras actividades académicas, tuvo lugar un seminario de varias sesiones sobre el relevante libro de Cristina Redondo (2018), a iniciativa de Alba Lojo, doctoranda del grupo *Law & Philosophy* de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Una decena de miembros del grupo participamos en dichas sesiones, y diversos miembros del grupo generosamente aceptaron presentar cada uno de los capítulos. Después de las sesiones, la asignación de los capítulos quedó de la siguiente forma: El primero, Alberto Carrio, profesor en nuestra Universidad; el segundo, la propia Alba Lojo; el tercero, Sebastián Agüero, doctor en la Universidad Pompeu Fabra, y ahora profesor en la Universidad Austral de Chile; el cuarto, Osvaldo de la Fuente, doctorando chileno del grupo y el quinto, y último, Lorena Ramírez, profesora también en nuestra Universidad.

Fueron largas sesiones en las que intentamos, en primer lugar, comprender adecuadamente las tesis centrales del libro y, a continuación, evaluarlas, plantear objeciones y discutir las. Estaba previsto celebrar como final del seminario un *Colloquium* con la autora, que aceptó muy amablemente la invitación. La pandemia se cruzó en nuestro camino y, lamentablemente, el evento hubo de celebrarse en su forma on-line, como un *webinar*, a cuyo formato frío e impersonal nos hemos ido acostumbrando.

El libro cuenta afortunadamente con otros foros de discusión. Así, la sección *Symposium*, que le dedicó la Revista *Revus*, bajo el impulso de uno de sus editores, Andrej Kristan, y pulcramente editada por Paula Gaido (2020), con las relevantes contribuciones de Jorge L. Rodríguez, Santiago Legarre, Rodrigo E. Sánchez Brígido, María Gabriela Scataglini y Ezequiel Monti. También tengo noticia de que Sebastián Agüero hospedó un debate en su Universidad Austral de Chile.

En este número de *Doxa*, contando como siempre con la complicidad y amabilidad de su director, Manuel Atienza, los participantes en el seminario de Barcelona han dado forma escrita y articulada a sus presentaciones, bajo la cuidadosa y generosa dirección, como editora, de Alba Lojo. Lo han hecho de un modo especialmente perspicuo que permitirá, de buen seguro, la respuesta escrita de Cristina más adelante, sólo tendrá que dar forma a las notas que le sirvieron para su brillante y aguda réplica a todas las objeciones en el *webinar* del que hablaba.

Creo que carece de sentido que en este ensayo de conclusión entre a debatir con dichas contribuciones. Baste decir aquí que las consideraciones acerca de la ontología de las entidades abstractas o ideales de Alberto son oportunas, que las propuestas de Alba sobre cómo enfrentarse con la paradoja *kripkensteniana* del seguimiento de reglas sugieren vías a explorar, que la defensa de Sebastián de la posición de Bulygin habría –estoy seguro– complacido a Eugenio, que la reconstrucción de Osvaldo de las ideas de Atria para salir al paso de las objeciones de Cristina están bien articuladas y que las dudas que Lorena plantea acerca de las prácticas sociales, la noción de aceptación y el punto de vista interno están muy bien fundadas.

En este colofón intentaré capturar las dos tesis que me parecen cruciales del positivismo jurídico interno de la autora y plantear algunas dudas acerca del alcance de dichas tesis y de su adecuación.

(II)

Las dos tesis son, respectivamente, la tesis de que la naturaleza del derecho es de carácter *ideal o abstracto* y la tesis de que el derecho tiene carácter *práctico*, que es un fenómeno *normativo*. Se trata de dos tesis ampliamente compartidas.

Comencemos con la primera. Según esta tesis, los contenidos del derecho no han de ser identificados ni con los actos de creación o eliminación de prescripciones, ni con los actos de seguimiento u observancia de las normas, ni con ningún otro fenómeno ubicado en la red causal de las conexiones sociales. Los contenidos del derecho, las normas jurídicas, son entidades ideales o abstractas. En la formulación del último Kelsen (1979, p. 22) la validez de una norma jurídica es su específica existencia *ideal* (*‘Diese ‘Geltung’ einer Norm ist ihre spezifische, ideelle Existenz’*).

Solamente aquellos que proponen una *naturalización* de la teoría del derecho, como es el caso paradigmático de Leiter (2007), se oponen a esta tesis. Leiter considera que esta es la mejor forma de comprender el *background* filosófico del realismo jurídico americano y otros consideran que también lo es del realismo jurídico escandinavo o del realismo jurídico *genovés*, tan cercano a Cristina. Pero esta intrincada cuestión debe ser dejada para otra ocasión¹.

Tal vez la objeción más importante que los defensores de las entidades abstractas (en filosofía de las matemáticas, en filosofía del lenguaje, en filosofía de la modalidad, en metaética) es lo que se conoce como el problema de Benacerraf, por el nombre del filósofo que lo planteó prístinamente (Benacerraf, 1973). El problema es muy simple, los que postulan la existencia de entidades ideales o abstractas (números, significados, mundos posibles, normas y similares) presuponen que estas entidades no tienen una

1. Aunque sé que mis amigos Marco Brigaglia y Bruno Celano, especialmente atentos a los desarrollos recientes de las ciencias cognitivas, están llevando a cabo un proyecto en este sentido precisamente (Brigaglia, Celano, 2017). Estaremos atentos.

ubicación espacio-temporal, pero los seres humanos que reflexionamos sobre ellas estamos espacio-temporalmente situados. Entonces, es necesario construir un puente que nos permita acceder a estas entidades. Y el modo de construir este puente dista de estar claro en nuestras reflexiones filosóficas.

Sin embargo, aún reconociendo la relevancia de la cuestión, se trata de una pregunta última a la que no es razonable exigir a Cristina ni a nadie una respuesta. Yo mismo me inclino por una posición anti-naturalista como la de Cristina y confío en que es posible sostener algo como lo que Parfit (2011) denominó un *cognoscitivismo normativo no-naturalista y no-metafísico*. En el sentido de que es posible preservar nuestra concepción naturalista del universo, acorde con los conocimientos científicos de los que disponemos, y otorgar sentido a nuestro discurso sobre los conjuntos, los significados, los futuros no realizados o la corrección –moral, jurídica– de las acciones humanas.

(III)

Vayamos entonces a la segunda tesis, la tesis del carácter práctico del derecho. La posición de Cristina sobre esta tesis constituye el núcleo de su contribución, pertenece a la esencia de lo que denomina positivismo jurídico interno.

Para la autora, las normas jurídicas son normas *genuinas*, pero de un modo muy especial. En la literatura metaética suele distinguirse en los últimos tiempos, entre una normatividad *formal* y una normatividad *robusta* (por ejemplo, Finlay, 2019). Cristina parece asumir que las normas jurídicas solo poseen normatividad en el sentido formal. Cristina afirma (Redondo, 2018, p.125):

[...]si el carácter práctico del derecho puede atribuirse sólo en la medida en que éste constituye una razón sustantiva y objetiva, el positivismo tendría que admitir que el derecho, tal como esta teoría lo identifica, no tiene necesariamente carácter práctico. Si una teoría positivista incluye la tesis de que el derecho consiste en un conjunto de reglas con carácter práctico, dicho carácter práctico no puede ser entendido en estos términos puesto que entraría en contradicción con su propia tesis según la cual del hecho que algo sea una regla jurídica no se sigue que ella merezca ser obedecida.

Sin embargo, me parece que el modo en el que Cristina preserva el carácter práctico del derecho es algo pírrico. Exige solamente que los contenidos del derecho sean reconocidos como normas lógicamente inderrotables y se usen como premisas en los razonamientos formales usados para dirimir los casos a los que se aplican. Ahora bien, en este sentido también las reglas, por ejemplo, del ajedrez tienen carácter práctico. La regla que establece que el alfil debe ser movido en diagonal² no tiene excepciones y el árbitro de un torneo de ajedrez la tomará como premisa de su razonamiento si se produce una duda acerca de un movimiento del alfil por parte de un jugador. Las reglas

2. Ignoremos ahora la posibilidad de comprender las reglas del ajedrez como reglas constitutivas y no regulativas.

del ajedrez no suministran razones sustantivas para actuar, sólo suministran razones formales, razones hipotéticas, algo como «Si quieres jugar el ajedrez, debes mover el alfil en diagonal». Si esta es toda la normatividad que los contenidos jurídicos pueden ofrecer, entonces la normatividad del derecho queda devaluada.

Monti (2020) ha argumentado de este modo y ha sometido a una evaluación detallada y crítica la posición de Cristina. Comparto la crítica de Monti ampliamente, en especial estoy de acuerdo con lo que afirma para concluir su contribución (Monti, 2019, 154): «la pretensión del derecho de que las reglas sean razones en sentido formal no podría explicar adecuadamente la pretensión del derecho de que somos responsables los unos a los otros para actuar como requieren». Por dicha razón, no reiteraré aquí sus argumentos.

No obstante, la conclusión de que Cristina rechaza la idea de que las normas jurídicas nos provean de razones robustas, genuinas, para actuar me deja algo perplejo e insatisfecho. Y, de hecho, Cristina afirma por ejemplo (Redondo, 135):

El positivismo no niega que las reglas del derecho puedan constituir, objetivamente, razones sustantivas para la acción, i.e. independientemente de las creencias y de la aceptación de los individuos. Esto dependerá de que concurran las condiciones que en una teoría de las razones para la acción se exijan para que una consideración tenga ese carácter.

Pero, ¿cuál es esa teoría? En su magnífico libro sobre las razones para la acción tampoco nos la ofreció, aunque había elementos dispersos, como materiales para su construcción (Redondo, 1996). Esta cuestión es muy relevante, tal vez si dispusiéramos de dicha teoría seríamos capaces de responder las preguntas que Monti (2020), y yo mismo, nos hacemos ante la normatividad formal que Cristina predica del derecho. Tal vez dicha normatividad combinada con otros elementos estaría en condiciones de activar razones *genuinas* para la acción.

En el pasaje antes citado en el cual Cristina rechazaba el carácter práctico del derecho en sentido robusto, añade la siguiente enigmática nota (Redondo, 2018, p. 125 nota 132):

Esto no significa que el positivismo esté constreñido a renunciar a la tesis según la cual el derecho constituye razones para la acción, independientemente de aquello que es moralmente correcto hacer. Esta idea requeriría una discusión de la tesis de la unidad del razonamiento práctico tal como usualmente se entiende, y que no se puede llevar a cabo en este contexto.

En Redondo (1996), la autora había defendido la tesis de la fragmentación del razonamiento práctico. Creo que la mejor forma de comprender a Redondo en este punto es, por así decirlo, *à la Williams*. En la cita que encabeza este colofón, Williams sostiene claramente que las razones morales no agotan el ámbito de lo que debemos hacer, de cómo debemos vivir, un ámbito que Williams pensaba que era el ámbito *ético*, que él distinguía claramente del moral. Es la tesis central de su conocido libro Williams (1985), cuyo último capítulo, el décimo, lleva por título «Morality, the Peculiar Institution» y «the peculiar institution» era el modo cauto en el que los sudistas en los Estados Unidos

llamaban a la esclavitud. Es más, en un libro publicado póstumamente (Williams, 2005), el autor claramente argumenta sus poderosas objeciones a lo que denomina, en el capítulo primero, el *moralismo político*, es decir, el punto de vista según el cual la moral tiene prioridad sobre la política. Le parece a Williams que este es un extremo reduccionista, que comparten el utilitarismo y el kantianismo, por ejemplo, y que impide a la filosofía contemporánea una adecuada concepción del ámbito práctico. En el ámbito práctico, según Williams, rige la conocida máxima del Fausto de Goethe: «Im Anfang war die Tat», y así precisamente se titula el libro de 2005, *In the beginning was the deed*.³

No es este el lugar para analizar esta concepción, que a mi me deja perplejo e insatisfecho; sin embargo, creo que Redondo tiene algo así en mente, es decir que el derecho suministra razones para actuar, independientes de la moralidad, cuando adecuadamente se anuda con otros elementos en el ámbito de la política. Sería iluminador para todos nosotros si Cristina nos desvelara cómo ella cree que esta malla de razones para la acción está trazada.

(V)

Sólo me queda felicitar me por esta publicación y agradecer de nuevo a todos los que la han hecho posible, en especial a su inductora y cooperadora necesaria, Alba Lojo, y a Cristina Redondo, sin la cual este viaje no habría ni siquiera comenzado. Y termino con una sugerencia, mucho más tentativa todavía que las anteriores. Se trata de la idea de que tras todas (o casi) las diversas defensas del positivismo jurídico, late algo como el positivismo jurídico *normativo o ético*. Esta es una idea que se usa para interpretar a los positivistas de Jeremy Bentham a H.L.A. Hart, su idea de que el positivismo está en condiciones de garantizar que nuestros conflictos van a dirimirse con pautas públicas, determinadas y generales. Este es el modo que, finalmente, Dworkin (2006, pp. 172-173) propuso comprender a Hart:

Legality promotes accuracy if official facts are more likely to be wise or just if they are governed by established standards than if they represent merely the contemporary judgment of some official what would be just or wise.

¿Es razonable considerar que también así debe comprenderse el *positivismo jurídico interno* defendido por Cristina Redondo?

REFERENCIAS

BENACERRAF, Paul (1973). «Mathematical Truth». *The Journal of Philosophy*, 70: 661-679.

3. Como una curiosidad, la primera vez que Williams usó la expresión de Goethe fue como título de su contribución en homenaje a Carlos S. Nino por su fallecimiento en la Universidad de Yale, precisamente para criticar el moralismo político de Nino. Vd. Williams (1999).

- BRIGAGLIA, Marco; CELANO, Bruno (2017). «Rivoluzione cognitivista e teorie del diritto: un programma di ricerca». *Diritto e Questioni Pubbliche*, XVII: 523-535.
- DWORKIN, Ronald (2006). «Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy». En R. Dworkin, *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, cap. 6.
- FINLAY, Stephen (2019). «Defining Normativity». En D. Plunkett, S. Shapiro, K. Toh (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 62-104.
- GAIDO, Paula (ed.) (2020). «Symposium on Internal Legal Positivism». *Revus*, 42: 79-154.
- KELSEN, Hans (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz-Verlag.
- LEITER, Brian (2007). *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- MONTI, Ezequiel (2020). «Redondo sobre la normatividad del derecho». *Revus*, 42: 137-154.
- PARFIT, Derek (2011). *On What Matters. Volume Two*. Oxford: Oxford University Press.
- REDONDO, M. Cristina (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2018). *Positivismo Jurídico «interno»*. Ljubljana: Klub Revus.
- WILLIAMS, Bernard (1981). «Practical Necessity». En B. Williams, *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press, 124-131.
- (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Fontana Press.
- (1999). «In the Beginning Was the Deed». En H. Hongju Koh, R. C. Slye (eds.). *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven, Conn: Yale University Press, cap. 3.
- (2005). *In the Beginning Was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument*, G. Hawthorn ed. Princeton, NJ: Princeton University Press.

